

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO, DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

LA APORTACIÓN

DE LOS AGUSTINOS JURISTAS DE EL ESCORIAL

A LA CIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA

Presentada por:

Juan Ramón Rodríguez Llamosí

Directora:

Dra. D^a M^a Ángeles Cuadrado Ruiz, Profesora Titular de Derecho penal

Tutora:

Dra. D^a Josefa Dolores Ruiz Resa, Profesora Titular de Filosofía del Derecho

Granada, 2018

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Juan Ramón Rodríguez Llamosí
ISBN: 978-84-9163-981-7
URI: <http://hdl.handle.net/10481/53596>

**LA APORTACIÓN DE LOS AGUSTINOS JURISTAS
DE EL ESCORIAL A LA CIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA**

Tesis doctoral presentada por Juan Ramón Rodríguez Llamosí bajo la dirección de la Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Granada Dra. D^a M^a Ángeles Cuadrado Ruiz para la obtención del Título de Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada.

En GRANADA a uno de julio de dos mil dieciocho.

A la memoria de mi padre

“Pregunta a la hermosura de la tierra, pregunta a la hermosura del mar, pregunta a la hermosura del aire dilatado y difuso, pregunta a la hermosura del cielo, pregunta al giro ordenado de los astros; pregunta al sol, que ilumina el día con fulgor; pregunta a la luna, que mitiga con su resplandor la oscuridad de la noche que sigue al día; pregunta a los animales que se mueven en el agua, que pueblan la tierra y vuelan en el aire; a las almas ocultas, a los cuerpos manifiestos; a los seres visibles que necesitan quien los gobierne, y a los invisibles, que los gobiernan. Pregúntales. Todos te responderán: «Mira, somos bellos». Su hermosura es su confesión”.

San Agustín, Sermón 241,2

**LA APORTACIÓN DE LOS AGUSTINOS JURISTAS DE EL ESCORIAL
A LA CIENCIA JURÍDICA ESPAÑOLA**

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	19
ABREVIATURAS.....	21
ORIGEN DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
HIPÓTESIS Y JUSTIFICACIÓN.....	27
OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	29
INTRODUCCIÓN.....	31
1. Los Estudios Superiores de El Escorial. Aspectos administrativos.....	35
1.1. Orígenes de la enseñanza del Derecho en El Escorial.....	35
1.2. Contexto histórico.....	36
1.3. Puesta en marcha del Centro universitario y vicisitudes.....	38
2. La enseñanza del Derecho en los Estudios Superiores de El Escorial. Principios metodológicos y humanistas. Nombres destacados.....	49
2.1. Humanismo cristiano.....	49
2.2. Favorecimiento de los espacios humanísticos y estéticos de creación.....	55
2.3. Agustinos juristas de El Escorial. Nombres para la ciencia jurídica.....	59

PRIMERA PARTE. LA APORTACIÓN DEL P. JERÓNIMO MONTES LUENGOS (1865-1932) A LA CIENCIA JURÍDICA PENAL ESPAÑOLA.....65

CAPÍTULO PRIMERO. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO, IDEOLÓGICO Y JURÍDICO DEL P. JERÓNIMO MONTES LUENGOS.....69

1.1. Contexto histórico-político.....69

1.2. Contexto ideológico.....74

1.3. Contexto jurídico. La disciplina de Derecho penal y los maestros coetáneos al P. Montes.....79

CAPÍTULO SEGUNDO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL DEL P. JERÓNIMO MONTES. PERSONALIDAD.....91

2.1. Trayectoria biográfica e intelectual.....91

2.2. Personalidad.....94

CAPÍTULO TERCERO. LA APORTACIÓN DEL P. JERÓNIMO MONTES A LA CIENCIA JURÍDICA PENAL ESPAÑOLA.....97

3.1. Aportaciones en el terreno doctrinal.....97

3.1.1. Los principios del Derecho penal según los escritores del siglo XVI.....97

3.1.2. Tratado de Derecho penal español.....106

3.1.3. La pena de muerte y el derecho de indulto.....157

3.2. Aportaciones a la investigación histórico-penal.....177

3.2.1. Los precursores de la ciencia penal en España.....177

3.2.2. El crimen de herejía.....207

3.2.3. Otras aportaciones a la investigación histórico-penal.....221

TOMA DE POSTURA.....225

SEGUNDA PARTE. LA APORTACIÓN DEL P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ (1898-1992) A LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.....	229
CAPÍTULO CUARTO. EL ARABISMO ESPAÑOL. SU DIMENSIÓN JURÍDICA.....	233
4.1. Formación y desarrollo del Derecho musulmán.....	234
4.2. Los estudios sobre el Derecho musulmán.....	253
4.3. El arabismo español. Su dimensión jurídica.....	258
CAPÍTULO QUINTO. EL P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ. BREVE BIOGRAFÍA. PERSONALIDAD Y LÍNEA DOCTRINAL DE SUS INVESTIGACIONES.....	281
5.1. Breve trayectoria biográfica e intelectual.....	281
5.2. Personalidad.....	286
5.3. Línea doctrinal de sus investigaciones.....	290
CAPÍTULO SEXTO. LA APORTACIÓN DEL P. LÓPEZ ORTIZ A LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.....	301
6.1. El Tratado sobre Derecho musulmán.....	301
6.2. La literatura jurídica musulmana y sus jurisprudencias.....	319
6.3. Influencias del P. José López Ortiz.....	337
TOMA DE POSTURA.....	343

TERCERA PARTE. LA APORTACIÓN DEL P. GABRIEL DEL ESTAL (1917-2008) AL DERECHO POLÍTICO.....	347
CAPÍTULO SÉPTIMO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD.....	351
7.1. Breve reseña biográfica.....	351
7.2. Pensamiento. Los tres vuelos del Águila de El Escorial.....	354
7.2.1. El humanismo agustiniano.....	354
7.2.2. La autenticidad de la piedra escurialense.....	363
7.2.3. La realidad social y política de su tiempo.....	365
7.3.- Personalidad.....	369
7.3.1. El P. Gabriel del Estal, maestro agustino.....	369
7.3.2. El P. Gabriel del Estal, político de raza.....	372
7.3.3. El P. Gabriel del Estal, poeta sublime.....	375
CAPÍTULO OCTAVO. APORTACIONES AL DERECHO POLITICO.....	379
8. 1. La realidad del Derecho político.....	379
8. 2. El derecho a la vida, la institución familiar y el problema de la educación...387	387
8. 3. La Monarquía: el Rey, sagrado e inviolable.....	403
8. 4. El Cristianismo frente al Marxismo.....	410
8. 5. La idea de la Justicia.....	418
TOMA DE POSTURA.....	445

CUARTA PARTE. LA APORTACIÓN DEL P. AVELINO FOLGADO FERNÁNDEZ (1917-2013) AL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	449
CAPÍTULO NOVENO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD.....	453
9.1. Breve reseña biográfica.....	453
9.2. Línea doctrinal de sus investigaciones.....	455
9.3. Personalidad.....	457
CAPÍTULO DÉCIMO. APORTACIÓN AL DERECHO CIVIL. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DEL DERECHO SUBJETIVO.....	461
10. 1. El problema acerca del Derecho subjetivo.....	461
10. 2. El origen del concepto de Derecho subjetivo.....	464
10.2.1. Discusiones doctrinales.....	464
10.2.2. La tesis del P. Avelino Folgado.....	466
10.2.2.1. La controversia franciscana sobre la pobreza.....	467
10.2.2.2. Guillermo de Occam.....	474
10.2.2.3. La formulación de los teólogos de los siglos XIV Y XV.....	478
10.2.2.4. La Escuela teológica española del siglo XVI.....	482
TOMA DE POSTURA.....	487

QUINTA PARTE. LA APORTACIÓN DEL P. PROMETEO CEREZO DE DIEGO (1938) AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	489
CAPÍTULO UNDÉCIMO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD.....	493
11.1. Breve reseña biográfica.....	493
11.2. Trayectoria intelectual.....	496
11.3. Personalidad.....	498
CAPÍTULO DUODÉCIMO. APORTACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	501
12.1. El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.....	501
12.1.1. Naturaleza del Instituto.....	501
12.1.2. Congresos organizados por el P. Prometeo Cerezo de Diego.....	504
12.1.3. Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho internacional.....	509
12. 2. Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes.....	510
12.2.1. El marco jurídico de la Conquista de América.....	510
12.2.2. Las tesis de los escolásticos.....	521
12.2.3. La posición de Alonso de Veracruz sobre la Conquista de América....	529
12.3. La Escuela escurialense de Derecho internacional.....	547
12.3.1. Su creación.....	547
12.3.2. Características de la escuela.....	547
12.3.3. Miembros destacados.....	548
TOMA DE POSTURA.....	555

CONCLUSIONES.....559

BIBLIOGRAFIA.....581

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quiero expresar mi profundo agradecimiento a la Directora de esta tesis, la profesora Dra. Dña. M^a. de los Ángeles Cuadrado Ruiz, que asumió la dirección de la misma con entusiasmo, por su valiosa ayuda y sugerencias realizadas en la realización de la misma, el tiempo que me ha dedicado y el respeto que siempre ha mostrado hacia mi espacio como investigador.

En el plano académico, tampoco puedo dejar de mostrar mi agradecimiento al P. Javier Campos y Fernández de Sevilla, bibliotecario de la Biblioteca del Real Colegio Universitario “Escorial-María Cristina” de San Lorenzo de El Escorial, por permitirme el acceso a cuantos manuscritos y documentos se conservan en la misma sobre el contenido de esta tesis.

También, mi agradecimiento hacia el P. Prometeo Cerezo de Diego, que tuvo la amabilidad de leer la tesis completa, una vez finalizada, y corregir erratas ortográficas o de redacción.

Y, por último, a mis hijos, por las risas en el jardín de casa con las que dibujaron en mi pensamiento muchas sonrisas que hicieron mas livianas la soledad, el esfuerzo, la tensión y la seriedad que un trabajo como éste exige.

A todos, con profundo respeto y cariño, gracias.

ABREVIATURAS

AAVV: Autores varios

CC: Código civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

Cfr.: Confrontar

Cord. (s).: Coordinador (es)

CSIC: Centro Sociológico de Investigaciones Científicas

Dir. (s).: Director (es)

Ed (s).; Editor (es)

Etc.: Etcétera

Id.: el mismo (abreviatura)

Ídem: El mismo

Ibídem: En el mismo lugar

INE: Instituto Nacional de Estadística

Núm.: Número

Op. cit.: Obra citada

P.: Página

PP.: Páginas

SS.: Siguietes

T.: tomo

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia

Vid.: Véase

Vol.: Volumen

ORIGEN DE LA INVESTIGACIÓN

El 26 de abril del año 1336, el joven Petrarca, que tenía entonces la edad de 32 años, subió a la cima del monte *Ventoux* en la Provenza francesa y, desde allí, contempló una imagen que le dejó extasiado. Llevaba bajo el brazo un libro que le había regalado un monje agustino, lo abrió al azar y allí leyó este párrafo:

“Viajan los hombres por admirar las alturas de los montes, y las ingentes olas del mar, y las anchurosas corrientes de los ríos, y la inmensidad del océano, y el giro de los astros, y se olvidan de sí mismos”.

El texto pertenece al último párrafo con el que San Agustín concluye el capítulo VIII del Libro X de *Las Confesiones*, y su contenido impactó de tal manera a Petrarca que emprendió el descenso de la montaña en un profundo silencio. De noche, en su celda, escribió una emotiva carta al monje agustino que le había regalado el libro, en la que presentaba la ascensión a la montaña como una verdadera alegoría de la vida humana.

Han transcurrido más de veinticinco años desde que superamos las oposiciones para el ingreso en la Carrera Judicial, una vez finalizados los estudios de licenciatura en la carrera de Derecho cursados en los Estudios Superiores de El Escorial (diplomatura) y en la Universidad Complutense de Madrid (licenciatura) y, del mismo modo que Petrarca, podemos contemplar desde la cima de los años lo vivido y aprehendido, con agradecimiento y admiración por los docentes y por los lugares conocidos y con sobrecogimiento ante el paso veloz de la vida, lo que nos provoca un movimiento

interior que va desde el sentido visual hasta el corazón, desde la percepción hasta la reflexión, desde el hecho hasta la memoria.

Subir a la cima de tantos años de estudio, de aprendizaje y de formación jurídica implica incrementar la capacidad visual y temporal para poder recordar, examinar y analizar de forma mucho más detenida lo aprendido. Lo vivido enseña que no son ya los ojos los que miran, sino el corazón el que percibe una realidad diferente a la que aquellos vieron, una realidad que apunta hacia la reflexión, la crítica, la investigación. Es la añoranza del pasado, la reflexión de lo vivido, la memoria de lo aprendido.

A lo largo de todos estos años de vida consagrada al Derecho, en su más pura esencia, hemos visto las dificultades de la trayectoria, hemos sufrido las pérdidas de la vida, y hemos querido lo favorable y lo adverso como algo inevitable del devenir divino de la existencia e iniciamos el descenso en silencio profundo y soledad circunstancial, sin juventud pero con madurez, con pasos más lentos pero más seguros.

La tesis doctoral que ahora presentamos se titula: *“La aportación de los agustinos juristas de El Escorial a la Ciencia jurídica española”*. Se trata de un modesto estudio de las obras de quienes fueron maestros inolvidables en nuestra formación jurídica y en la de tantos y tantos juristas que pasaron por sus aulas. No pretende ser una alegoría de la vida humana, aunque en ella se hable de personas. Tampoco quiere presentar la historia de la enseñanza del Derecho en los Estudios Superiores del Escorial como una ascensión a una montaña, aunque se narren hechos y fechas que marcan los pasos de una escalada.

Decía el P. Francisco Javier Campos y Fernández de Sevilla, entonces Rector, con ocasión de la celebración del centenario de los Estudios Superiores de El Escorial:

“Llegar a una celebración centenaria es motivo de orgullo para la institución que respalda esa obra secular; para los hombres y mujeres que vivimos el cumpleaños, debe significar, además, una reflexión. ¿Qué hemos sido? ¿Qué queremos ser?”¹.

Partiendo de ese centenario, esta investigación sólo intenta conocer lo que “*hemos sido*”, esto es, aquellas aportaciones realizadas por los sabios maestros agustinos juristas de El Escorial a la Ciencia jurídica española. Quiere ser una breve introducción al conocimiento del alma jurídica de quienes hicieron posible durante más de cien años que la enseñanza del Derecho en El Escorial fuera, no sólo una forma de trabajar, sino de vida humana. En definitiva, no olvidar quiénes somos, de dónde venimos y a dónde vamos.

Como Petrarca, al expresar sus emociones en aquella carta, nos corresponde ahora a nosotros tomar la pluma para escribir no sólo de lo de ayer, sino de lo de hoy, porque pasado y presente forman parte de ese tiempo en el que, como decía Heráclito, todo fluye (*panta rei*), y dejar que la tinta discurra por el cauce blanco del papel con amor, pero sin apasionamiento, escrutando las aportaciones a la ciencia jurídica española de aquellos sabios e inolvidables maestros agustinos juristas que tanto hicieron en el silencio del monacato. Y es que las vidas de todos y cada uno de ellos, moradores en la casa-madre de los Estudios Superiores de El Escorial, alma mater de granito con

¹ CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “María Cristina, ayer y mañana”, en VARIOS, (Ed. F. J. Campos y Fernández de Sevilla), *Cien años de estudios universitarios*, San Lorenzo del Escorial 1992, p. 23.

corazón armónico de orden, de silencio, de esfuerzo, se han hecho historia personal propia.

Esta investigación no tiene un destinatario concreto. Está escrita con un ojo mirando al pasado y el otro al horizonte; con una mano puesta sobre los textos de los maestros y la otra asida a la sotana de los recuerdos como el niño que se agarra fuerte a la falda de su madre; con un oído puesto sobre la vida, que velozmente huye, y, el otro, escuchando el corazón del pasado que late bajo la piel de aquel joven que fuimos, educado en las doctrinas jurídicas, en las ideas humanistas de aquellos sabios agustinos juristas que fueron nuestros maestros.

HIPÓTESIS Y JUSTIFICACIÓN

Hasta la fecha, nunca se ha realizado un estudio completo sobre la importancia que las obras de los agustinos juristas del Escorial han supuesto para la Ciencia jurídica española, a pesar de la trascendencia de sus personas, anónimos hoy en día, y a pesar de la profundidad de sus trabajos, el calado científico de sus obras, la seriedad y el rigor empleado en las mismas.

No exageramos al afirmar que la primera generación de agustinos juristas escurialenses y sus inmediatos sucesores presentan la suficiente validez jurídica objetiva y científica como para merecer su reseña en monografías jurídicas o históricas. Quizá es culpa de los tiempos que vivimos el hecho de que no se valore y estudie seria y suficientemente sus obras como merecen. Quizá por haber pertenecido a una institución religiosa. En cualquier caso, no son excusas. Creemos que merecen un estudio profundo, desde la modestia de los conocimientos, que desempolva sus obras y analice las aportaciones que cada uno ha realizado a la Ciencia jurídica española.

La Historia del Derecho sigue pasando desapercibida en muchos escenarios jurídicos y, aunque se han adelantado durante los últimos años trabajos importantes en esta materia, todavía hay mucho por hacer. Esta tesis pretende rescatar del olvido la obra de estos insignes agustinos juristas y analizar cuáles han sido las aportaciones que cada uno ha realizado a la Ciencia jurídica española y el modo en que ésta se ha enriquecido de su labor. Es un hecho innegable que nuestro Derecho se va construyendo día a día sobre el empedrado que pusieron otros juristas, no siempre debidamente reconocidos, pero cuya obra merece ser recuperada de la cantera del Derecho que

guarda intactos los tesoros de la Ciencia jurídica, para poder poner de relieve cuáles son los yacimientos en los que el Derecho actual se asienta.

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

El principal objetivo de nuestra investigación es analizar la importancia que las obras de los referidos agustinos juristas de El Escorial han tenido para la Ciencia jurídica española y sistematizar las aportaciones realizadas por cada uno de ellos mediante un estudio de la situación actual del Derecho. Quisiéramos rescatar del olvido el nombre de tan insignes juristas que fueron maestros de alumnos de prestigio en todos los ámbitos; permitir un conocimiento más cercano de sus obras; hacer justicia con sus vidas consagradas al estudio del Derecho; y, en definitiva, esbozar un referente para futuras investigaciones.

Para la realización de la tesis hemos recopilado las obras de los agustinos juristas más destacados y revisado todos los números de las revistas de Derecho, Historia, Ciencias sociales, Filosofía y Teología que han editado hasta la fecha los agustinos en El Escorial (*Religión y Cultura, La Ciudad de Dios, Revista Agustiniiana, Anuario Jurídico y Económico Escorialense*). Se han examinado bases de datos de editoriales y bibliotecas, se ha recabado información sobre los autores en los que se centra la investigación y se ha analizado la actual legislación vigente así como los trabajos especializados y las monografías doctrinales escritas en las que se reflejan ideas o aportaciones que hayan realizado los mismos en cada una de las materias propias de su especialización para poder llegar a una síntesis de sus principales aportaciones a la Ciencia jurídica española.

Por último, durante la defensa de nuestro plan de investigación se hicieron dos sugerencias muy importantes por parte de los miembros del Tribunal que calificaron la

misma, las cuales no pasamos por alto: el aspecto administrativo de formación y puesta en funcionamiento del Centro Universitario de El Escorial, que nos fue sugerido por la profesora Doctora Doña Francisca Leonor Villalba Pérez; y el aspecto humanístico de la enseñanza del Derecho en los Estudios Superiores del Escorial, sugerido por el Catedrático Don Manuel Salguero Salguero. Es este el momento de abordarlas. Y, por estas razones, a ambos aspectos nos referimos a continuación en primer lugar.

INTRODUCCIÓN



1. Los Estudios Superiores de El Escorial. Aspectos administrativos.

1.1. Orígenes de la enseñanza del Derecho en El Escorial

El 20 de diciembre del año 1892, los agustinos, tras siete años de estancia en el Monasterio de El Escorial, del que se hicieron cargo el 1 de julio de 1885, y con la aprobación y protección de la Reina regente Doña María Cristina de Habsburgo Lorena², pusieron en marcha en el edificio llamado de *La Compañía*³, que había sido un antiguo almacén y hospedería de los monjes jerónimos, los Estudios Superiores de El Escorial tomando el nombre de la Reina regente María Cristina de Habsburgo Lorena por ser la que impulsó y patrocinó la fundación, pasando a llamarse también Real Colegio Universitario “*María Cristina*”.

Mediante Reglamento del año 1892, se facultó al centro universitario para impartir, entre otras, las asignaturas correspondientes a la Facultad de Derecho hasta la licenciatura universitaria, ejercer la laboriosidad científica y practicar las virtudes cristianas que establecía la Reina fundadora como garantía de acierto en los profesores universitarios⁴.

² Sobre la Regencia pueden verse: VARIOS, “*Doña María Cristina de Habsburgo-Lorena. Estudios sobre la regencia (1885-1902)*” en VARIOS, (Ed. F. Javier Campos y Fernández de Sevilla) *Cien años de estudios universitarios*, San Lorenzo de El Escorial 1992.

³ El edificio herreriano de *La Compañía* del siglo XVI (1589-1596), fue construido por el arquitecto Francisco de Mora, discípulo y sucesor de Juan de Herrera, con destino a casa de servicios auxiliares del Real Monasterio de El Escorial.

⁴ Sobre la Historia del Centro universitario puede verse: DÍFERNAN, B., *Historia del Real Colegio de Estudios Superiores Universidad María Cristina de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial, 1960; VARIOS (Ed. J. Rodríguez Díez), *Los agustinos en el Monasterio del Escorial (1885-1985)*, San Lorenzo de El Escorial 1985; DEL ESTAL, G., *Nuevo Escorial Universitario*, San Lorenzo del Escorial 1986; VARIOS (Ed. F. Javier Campos y Fernández de Sevilla), *Cien años de Estudios Universitarios*, San Lorenzo del Escorial 1992; VARIOS (Ed. G. González del Estal), *Provincia Agustiniense Matritense. Cien años de historia (1895-1995)*, San Lorenzo del Escorial 1996; RODRÍGUEZ DÍEZ, J., *El Real Colegio de Estudios Superiores de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1992; Idem, J., *Más de Cien años de Estudios Superiores de El Escorial (Órganos de Gobierno, Profesores, Alumnos)*, San Lorenzo de El Escorial 1998.

Importa conocer brevemente el contexto histórico en el que se pone en marcha el centro universitario de los Estudios Superiores de El Escorial antes de señalar las distintas vicisitudes administrativas que fueron necesarias para su definitiva puesta en funcionamiento, porque éstas ayudarán a comprender mejor los aspectos administrativos.

1.2. Contexto histórico

Los años previos al nacimiento de los Estudios Superiores de El Escorial son años en los que soplan los vientos regeneracionistas del proyecto liberal de la “*Restauración*” de 1875 que surgió en España después de más de sesenta años de pronunciamientos anticonstitucionales y actitudes contrarias a cualquier modo estable de convivencia ciudadana, proyecto para el que era necesario conciliar grupos rivales y tener mucha fe⁵. No en vano, Ortega y Gasset llegaría a definir la Restauración de este modo:

*“Corrupción organizada que culmina con la detención de la vida nacional, pues es un panorama de fantasmas, y Cánovas, el gran empresario de la fantasmagoría”*⁶.

Algo visto de manera muy diferente, en cambio, por Gregorio Marañón quien diría que:

⁵ VICENS VIVES, J., *Aproximación a la Historia de España*, Barcelona, 1972, p. 166.

⁶ ORTEGA Y GASSET, J., “Vieja y nueva política”, en *Obras Completas*, I, Revista de Occidente, Madrid 1950, pp. 279-282.

“Una de las grandes épocas del genio español es la que nace con la Restauración y se hincha como una ola magnífica, alcanzando su plenitud en la Generación del 98 y en las que viven el primer tercio de nuestra centuria; es ésta una época de esplendor del alma española; época que por moverse en un clima de libertad no puede designarse con otro signo que el del liberalismo, con vocación de aventura salvadora frente a los nubarrones del Desastre”⁷.

A pesar de las dispares versiones de los intelectuales, la situación política y social apuntaba a un regeneracionismo de la vida nacional con la restauración de una dinastía destronada y el olvido de las razones y causas que habían llevado al destronamiento isabelino. Quizás, por eso, el entonces Príncipe de Asturias e inminente rey Alfonso XII publicaría el día 1 de diciembre de 1874 el Manifiesto de Sandhurst, cuyo propósito era: *“nunca dejar de ser buen español, buen católico, hombre de siglo y verdaderamente liberal”*.

En noviembre del año 1885, moría inesperadamente el joven rey Alfonso XII con lo que el sistema de la Restauración experimentó una conmoción y los sectores carlistas e integralistas ejercieron una presión para derribar el sistema constitucional, lo que motivó la intervención del Papa León XIII recomendando a los católicos la aceptación de la regencia de la Reina María Cristina. Lo que de hecho así ocurrió.

En medio de esta atmósfera política, la Reina María Cristina, trayendo su experiencia de Europa, fundó en el Monasterio de El Escorial, en el edificio llamado de

⁷ MARAÑÓN, G., *Ensayos liberales*, Buenos Aires 1946, p. 146.

La Compañía, que habían utilizado los monjes jerónimos como almacén y hospedería, los Estudios Superiores de El Escorial.

1.3. Puesta en marcha del Centro universitario y vicisitudes.

Para poder encauzar la nueva andadura académica universitaria encomendada por la Reina regente, se llevaron a cabo las reformas necesarias de estructura y acondicionamiento de aulas en el espacio utilizado; se nombró al P. Manuel Díez González con carácter provisional para el cargo de Rector⁸; y se escogió a un pequeño grupo de religiosos jóvenes, dotados de capacidad intelectual y serenidad de espíritu, con una media de 35 años, que llevados de su ímpetu juvenil y del entusiasmo, se lanzaron a la formación de la juventud universitaria como complemento de los fines fijados por la Reina. Y, así, con las obras en marcha, y con mucha improvisación, y no escasos temores, los Estudios Superiores de El Escorial iniciaron tímidamente su andadura.

Aunque en el Proyecto de Bases de 1892 entre la Intendencia de la Real Casa y los Agustinos se admitía la posibilidad de impartir programas oficiales de la Facultad de Derecho, Facultad de Filosofía y Letras y Preparatorios para Academias Militares, de Medicina y Farmacia, e inicialmente aquellos se llevaron a cabo, no es sino la carrera de Derecho la que, desde el comienzo, tuvo una dedicación especial, habiendo sido la única

⁸ El nombramiento provisional lo fue hasta el nombramiento oficial definitivo el 26 de septiembre de 1894 del P. Francisco Javier Valdés y Noriega, quien había sido nombrado vicerrector y venía siendo hasta la fecha Director del Colegio Alfonso XII. El P. Valdés había nacido en Pola de Laviana (Asturias) en 1851. Ingresó en la orden de San Agustín en 1867, profesando en el monasterio de Valladolid. Estudió filosofía y teología. Destinado en 1874 a las Islas Filipinas, se ordena sacerdote en Manila en 1874. Destinado de nuevo a España es nombrado primer director del Colegio Alfonso XII y posteriormente de los Estudios Superiores del Escorial. En 1898 fue preconizado obispo de Puerto Rico. Perdidas estas colonias recibió el nombramiento de obispo de Jaca, siendo trasladado a la muerte del P. Cámara a la diócesis de Salamanca en 1905 hasta su fallecimiento en 1913.

Facultad que ha resistido el paso de los años y las vicisitudes de la historia dejando una larga lista de juristas y políticos que han pasado por sus aulas, bien en la discencia o en la docencia⁹.

Las clases comenzaron en octubre de 1892 con el curso preparatorio de Derecho con 22 alumnos inscritos. Al año siguiente, también en octubre, se hizo la apertura académica formal con los cursos preparatorio y primero de Derecho, hasta completar, progresivamente, la Licenciatura con sus cuatro cursos específicos, aumentando el número de alumnos a medida que aumentaban los cursos¹⁰. De los sesenta alumnos de promedio que hubo durante los diez primeros años se pasó a los cien entre 1920-1929 y a los 125 en la siguiente década¹¹.

En un principio, se trataba de estudios universitarios de carácter privado, de modo que los estudiantes debían examinarse en la Universidad estatal (Universidad Central de Madrid, hoy Universidad Complutense) para que sus estudios pudieran tener validez académica oficial, pero el prestigio de sus profesores, la formación alcanzada por los alumnos y el talante agustiniano de la institución, de signo humanístico y liberal, pronto hicieron del Centro un lugar de gran fama en los medios públicos, políticos e intelectuales.

Además del carácter privado, se trataba de un Centro de élite. “*Un colegio de linajes*”, como lo llamaría el P. Gabriel del Estal, carácter que irá perdiendo poco a poco, a medida que vayan pasando los años y, especialmente, después de la Guerra

⁹ Posteriormente se ampliaron a las Ciencias Económicas y Empresariales y actualmente ofrece un título propio en Quiropráctica.

¹⁰ DEL ESTAL, G., *Op. cit.*, pp. 26-27.

¹¹ MEDIAVILLA, B., “Casas de la provincia matritense en España”, en *Provincia Agustiniana Matritense. Cien Años de Historia (1895-1995)*, San Lorenzo de El Escorial 1996, pp. 327-328.

civil, en beneficio de una apertura demográfica a todas las clases sociales y a todos los rangos de la sociedad¹².

En el año 1933, como consecuencia de la Ley de 2 de junio sobre Confesiones y Congregaciones religiosas promulgada por el Gobierno republicano, en la que se prohíbe el ejercicio de la docencia a las Congregaciones religiosas, los Estudios Superiores de El Escorial cerraron sus puertas y se trasladaron hasta el año 1936 a la calle Princesa, 21 de Madrid (entonces calle Blasco Ibáñez, 23) como residencia universitaria en la que sus profesores, todos ellos religiosos, debían camuflarse de seculares. Durante este periodo de tiempo, ordenado por la autoridad civil se instaló en los locales de los Estudios Superiores de El Escorial un Instituto nacional de Segunda Enseñanza, bajo la dirección de Don Rubén Landa, con el nombre de *Liga de Bondad Juan Herrera*¹³.

La Guerra civil, de modo violento y dramático, irrumpió en la vida comunitaria. Todos los religiosos agustinos que ocupaban las casas de El Escorial fueron conducidos presos a Madrid. De los ciento seis que partieron de El Escorial, sesenta y tres murieron asesinados en Paracuellos del Jarama, entre los cuales se encontraban algunos religiosos juristas que habían sido profesores en El Escorial impartiendo asignaturas de Derecho como el P. Esteban García Suárez, el P. Hexiquio Pajares, el P. Gerardo Gil, o el P. Benito Alcalde: semillas iniciales en la ciencia jurídica que no llegaron a florecer¹⁴.

¹² DEL ESTAL, G. *Op. cit.*, pp. 85-86.

¹³ MEDIAVILLA, B., *Op. cit.*, p. 327.

¹⁴ Sobre el tema puede verse: LLAMAS, J., *Mártires agustinos de El Escorial*, Real Monasterio de El Escorial 1949; VICUÑA, C., *Mártires agustinos de El Escorial*, El Escorial 1943.

Tras la finalización de la Guerra civil, los agustinos regresaron a El Escorial y, sin tiempo para sanar las heridas del alma causadas por las pérdidas de tantos agustinos mártires, procedieron a reparar las aulas, a preparar un nuevo profesorado, ya que la mayor parte de ellos había muerto durante la contienda, y a reiniciar la misión universitaria.

Con espíritu renovado, y con el afán agustiniano de superar las adversidades, abrieron nuevamente sus puertas el 10 de enero del año 1945 con el primer curso de Derecho¹⁵, ampliándose estos estudios en 1959 con los de Ciencias Económicas y Empresariales según el Plan de estudios vigente y con duración de tres años, pues la autorización abarcaba solo las disciplinas básicas del primer ciclo¹⁶.

Siendo Prior Provincial de los agustinos el P. Gabriel del Estal, y con el fin de dotar de rango universitario a los Estudios Superiores de El Escorial, de conformidad con el Convenio de 5 de abril de 1962 firmado entre la Santa Sede y el Gobierno, se iniciaron los primeros pasos para valorar la viabilidad del proyecto como Universidad de la Iglesia. A la vista de la favorable acogida de las autoridades civiles, académicas y eclesiásticas responsables, el P. del Estal solicitó una entrevista con el Jefe del Estado, Francisco Franco Bahamonde, que tuvo lugar en el Palacio del Pardo el día 2 de diciembre del año 1964, y en ella éste acogió el proyecto que le presentó el Prior Provincial, dando su visto bueno.

¹⁵ La reapertura de los Estudios Superiores en esa fecha viene motivada por la publicación de la Ley de Ordenación de la Universidad Española de 29 de julio de 1943, complementada con la Orden Ministerial de 13 de julio de 1944, por la que los Estudios Superiores del Escorial son reconocidos oficialmente y adscritos a la Universidad de Madrid, aunque las pruebas académicas y concesión de títulos estaban sometidos al Estado.

¹⁶ MEDIAVILLA, B., *Op. cit.*, p. 331.

Preparados los documentos necesarios para su presentación en el Consejo de Ministros a celebrar el día 5 de abril de 1968, el titular de Educación encargado de presentarlo no asistió a la sesión por encontrarse en situación de ministro dimitido, y el nuevo ministro paralizó toda actuación en este sentido porque anunció una reforma de toda la enseñanza estatal lo que dio al traste con el proyecto de los agustinos¹⁷.

El 28 de mayo de 1969, el director general de Enseñanza Superior e Investigación convocó al P. Provincial a una reunión en la que, en nombre del nuevo ministro, le invitó a acogerse a la ordenación del Decreto de 27 de marzo de 1969 sobre ordenación de Colegios Universitarios adscritos, y a abandonar el proyecto de reconocimiento de Universidad de la Iglesia para los Estudios Superiores de El Escorial. Dicha propuesta fue votada por el claustro de profesores que tomó la decisión de acogerse a la nueva vía ofrecida, aunque sin abandonar la anterior tramitación¹⁸, la cual nunca llegaría a hacerse realidad.

Con la Ley General de Educación y de financiamiento de la Reforma educativa de 4 de agosto de 1970, complementada con el Decreto sobre Colegios Universitarios de 21 de julio de 1972, siendo ahora Rector de los Estudios Superiores del Escorial el P. Gabriel del Estal, se dirigió por oficio al Ministro de Educación y Ciencia solicitando el reconocimiento oficial del centro como Colegio Universitario adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, solicitud que fue concedida por Orden Ministerial de 26 de julio de 1971 para impartir las enseñanzas correspondientes al primer ciclo de la licenciatura en Derecho con duración de tres años gozando de una mayor autonomía, en

¹⁷ *Ibidem*, p. 332.

¹⁸ *Ibidem*, p. 333.

cuanto a docencia, evaluación y calificación de los alumnos, si bien bajo la supervisión de la citada Universidad Complutense.

Con la firma de dos convenios con la Universidad Complutense (de fecha 15 de diciembre de 1987 y 29 de julio de 1992) los Estudios Superiores de El Escorial se transformaron en un Centro de Enseñanza Superior adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, lo que conllevó la autorización para impartir las enseñanzas correspondientes al primero y segundo ciclo de la Licenciatura de las facultades de Derecho y de Administración y Dirección de Empresas.

El día 19 de junio de 1999 los Ministros Europeos de Educación de la Unión Europea firmaron en Bolonia una Declaración conjunta para reformar las estructuras de los sistemas de educación superior y adaptar y unificar los criterios educativos en todos los centros europeos a fin de que todos puedan ser medidos por los mismos parámetros educativos y con fecha tope del año 2010¹⁹.

Este plan, conocido como “*Plan Bolonia*”, supondrá la culminación de una etapa y la apertura a un nuevo tiempo, que es el hoy, el presente. Se trata de una profunda reorientación y reestructuración de su modelo inicial. Y esto afecta a España,

¹⁹ El llamado *Plan Bolonia* permite unificar la valoración del alumno. Para ello se divide la enseñanza superior en tres niveles: grado, máster y doctorado. El grado, cuyo diseño queda en manos de cada universidad, tiene una duración de cuatro años, 240 créditos y sustituye a las antiguas diplomaturas y licenciaturas. El máster, en cambio, supone una especialización en un ámbito determinado o multidisciplinar, tiene una duración de un año (60 créditos) o dos (120 créditos). Y el doctorado se configura como el último escalón académico, al cual se accede a través de un máster específico y su duración es de cuatro años de promedio. La forma de medir el trabajo es los European Credit Transfer System (ETCS), que son los nuevos créditos con los que se regulan los estudios y con los que se computan no sólo las horas de clase, sino también el trabajo del alumno fuera del aula, que además pasa de ser un agente pasivo a uno activo, quien ha de contribuir mediante la asistencia a clase y la realización de trabajos a su propio aprendizaje.

pues dicho plan fue firmado por ella y, por consiguiente, también a los Estudios Superiores de El Escorial.

Naturalmente, esta nueva situación demandaba en El Escorial una serie de reformas académicas y estructurales acordes a la nueva realidad. Fruto de esa adaptación a los tiempos son la ampliación a otras ramas del saber, que tanto la sociedad como la empresa demandan. Y se conciertan los siguientes convenios²⁰:

1.- Convenio de cooperación concertado entre los Estudios Superiores de El Escorial y la Escuela Europea de Administración de Empresas, con sede en París y delegación en Madrid, firmado el día 26 de noviembre de 1987, y mediante el cual aquellos alumnos de “*María Cristina*” que hayan cursado el primer ciclo de Derecho o Ciencias Empresariales, podrán cursar tres años en países de la Unión Europea, previa superación de una prueba de selección, recibiendo a su finalización el título de Máster Business Administration.

2.- Convenio universitario de cooperación concertado entre los Estudios Superiores de El Escorial y la St. Thomas University el 24 de octubre de 1988, mediante el cual aquellos alumnos que hayan superado los dos primeros años de estudios universitarios pueden cursar estudios en St. Thomas de Miami (Florida), recibiendo a su finalización el título de Bachelor Business Administration.

3.- Acuerdo de intercambio de estudiantes concertado el día 1 de abril de 1989 entre los Estudios Superiores de El Escorial y San Diego State University de California, mediante el cual aquellos estudiantes que hayan concluido en “*María Cristina*” el

²⁰ MEDIAVILLA, B., *Op. cit.*, pp. 338-341.

primer ciclo de CCEE pueden cursar estudios en San Diego y acceder al Bachelor Business Administration o Bachelor Internacional Commerce.

4.- Convenio con la facultad Politécnica de Münster concertado el día 7 de octubre de 1994 entre los Estudios Superiores de El Escorial por el que se puede obtener el título Fachbereich Wirtschaft.

5.- Instituto Escorialense de Economía Internacional, creado el año 1988 para la investigación y difusión de estudios que tengan relación con el ámbito de las CCEE.

6.- Instituto Escorialense de Investigaciones Históricas y Artísticas. Fue creado el 30 de octubre de 1991 para la investigación y difusión de estudios que tengan relación con el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial en sus aspectos religiosos, artísticos, científicos, económicos, culturales y jurídicos. Su director es el P. Fco. Javier Campos y Fernández de Sevilla y ha cumplido 25 años de trayectoria y un gran éxito.

7.- Departamento de Informática creado en agosto de 1980 para impartir cursos de programación, habiéndose firmado en el año 1988 un acuerdo con el Instituto de Informática jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas, fruto del cual se consiguió un convenio con la prestigiosa editorial jurídica Aranzadi por el que ésta pone a su disposición del centro sus bases de datos y su correspondiente actualización.

Al margen de dichos Convenios, con el P. Fco. Javier Campos y Fernández de Sevilla, Rector durante los años 1990 a 1998, la Universidad de El Escorial toma conciencia de lo que se avecina y de que, frente a los avatares culturales e históricos, no

es posible detenerse y opta por reformas estructurares de gran calado para adaptarse al nuevo Plan y a los nuevos tiempos que corren.

Dichas reformas supusieron un cambio integral de las estructuras internas y, en especial, una modernización del Centro universitario mediante la reforma de las habitaciones de los alumnos incorporando aseos completos, mejora de tejados, modernización de la Biblioteca, que fue ampliada con una gran Sala de Lectura, apertura de nuevas aulas, creación de una nueva Aula Magna con 426 butacas y pabellón de servicio polivalente para cinco aulas, edificio con espacios disponibles para seminarios y despachos de tutorías del profesorado y polideportivo en la montera del nuevo edificio, así como transformación de los patios, todo ello para transformar los viejos Estudios Superiores de El Escorial en un campus académico moderno, avanzado y con vocación de futuro.

Ni que decir tiene que las reformas estructurales fueron emprendidas con previsión y gran acierto por el P. Javier Campos para introducir los Estudios Superiores de El Escorial en el siglo XXI. De hecho, el número creciente de alumnos que durante los años de su rectorado pasaron por las aulas da buena prueba del éxito de su trabajo.

Durante este periodo, los alumnos viven con mayor comodidad, con más libertad, finalizan su carrera completamente, y viajan más al extranjero. Se trata de un nuevo tipo de alumnos más recreativo que intelectual, con una dedicación mayor a actividades extraordinarias, abandonando la profesionalidad universitaria de exigencia con uno mismo y de inquietud por el futuro a seguir, en pos de una mayor formación cultural y de distracciones y diversiones.

Estamos ante la generación de la técnica, de los móviles, de Internet, de la informática... Es evidente que saltan al alumno nuevas distracciones que provocan una mayor preocupación por los medios electrónicos e informáticos y menos estima por los contenidos. Es también la generación del culto a la imagen, de la estética, de la moda, de los motores... Aquel trajeado alumno de antaño ha dado paso a jóvenes al volante de modernos coches, amantes de la velocidad y el vértigo, que el Centro universitario, con tan importantes reformas, supo atraerlos hacia sí.

Desde el plan Bolonia han transcurrido casi veinte años. ¿Qué se puede subrayar de este nuevo período? En una mirada retrospectiva hay que felicitar al P. Fco. Javier Campos y a su equipo directivo por su esfuerzo, desvelos y dedicación, pero las cosas no han seguido como debieran y se han ido quedando en el camino muchas ilusiones.

Es cierto que, actualmente, el interés de los jóvenes por cursar estudios de Derecho ha ido decayendo²¹. También es una realidad que el índice de natalidad es más bajo que en otros años y que la creación de nuevas Universidades con Facultades de Derecho más modernas han atraído a un importante número de alumnos restándoselos a El Escorial²², pero no nos tapemos los ojos. Atrás quedaron los años en que los sueños

²¹ Según el INE, en 1999 había en España 171.191 estudiantes matriculados en las facultades de Derecho de nuestras Universidades (*Estadística de la Enseñanza Superior en España. Curso 1999-2000*), y, diez años después, en el curso 2009-2010, su número se había reducido casi a la mitad, 89.555 alumnos matriculados (*Estadística de la Enseñanza Superior en España. Curso 2009-2010*).

²² Según el INE, Estadística de la Enseñanza Universitaria en España. Curso 2009-2010 (fecha de publicación: 31.5.2011) frente a las 44 facultades de Derecho de Alemania, las 58 de Italia y las 68 de Francia, España cuenta con 73 facultades de Derecho, incluyendo los centros privados y adscritos a una Universidad como los 6 de la Universidad Complutense de Madrid (Colegio Universitario Cardenal Cisneros, Centro Universitario Villanueva, Instituto de Estudios Bursátiles, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Real Centro Universitario Escorial-María Cristina y la propia UCM), los 2 de la Universidad de Cádiz (sedes de la Facultad de Derecho en Jerez de la Frontera y Algeciras) o los 2 de la Universidad Cardenal Herrera-CEU (sedes de la Facultad de Derecho, Empresa y Políticas en Valencia y Elche).

se cumplieron. Los malabarismos que hicieron el P. Campos y su equipo por llevar a “*María Cristina*” al mejor de los puertos dieron sus frutos algunos años²³.

Los Estudios Superiores de El Escorial tienen un pasado en la enseñanza del Derecho. Un pasado de prestigio, de tradición, de formación y el pasado es historia; y la historia no se puede negar ni remplazar a cualquier precio porque se deja de tener futuro. Nada hay más peligroso para una institución, como para cualquier ser humano, que apartarse de su pasado, de ese largo cauce por el que discurre la vida. Las instituciones, como las personas, mueren cuando se abandonan, cuando renuncian a vivir, porque renuncian a tener un futuro.

Los Estudios Superiores de El Escorial deben seguir asumiendo su línea fundacional de enseñanza jurídica y educación cristiana según el pensamiento cristiano y humanista de san Agustín. “*María Cristina*” debe retomar el vuelo, abierta a la formación jurídica y humanística, con alta divulgación y estricta investigación. Urge evocar el talante jurídico, tradicional, espiritual de aquella primera época, cuando los Estudios Superiores de El Escorial, con mayores dificultades que ahora, ensayaban su propio modelo, su propia orientación, su camino. Volver a conocer su orientación, ver los modelos adoptados por las Universidades europeas, y recuperar el rigor científico, técnico y metodológico para poder volver a ser.

²³ Si se miran las estadísticas se comprueban los 600 alumnos de media matriculados en Derecho en los cursos 90 a 98 en que fue rector el P. Campos, con totales anuales de 1227 alumnos matriculados en el centro en el curso 94/95; 1249 alumnos en el curso 95/96; y de 1246 en el curso 96/97.

2. La enseñanza del Derecho en los Estudios Superiores de El Escorial. Principios metodológicos y humanistas. Nombres destacados.

2.1. Humanismo cristiano.

Los Estudios Superiores de El Escorial, creados con la Restauración, nacieron en un clima de posibilismo y de apertura. Es lógico que los ideales educativos de la enseñanza del Derecho estén presididos por estos caracteres. Los agustinos, comprometidos con el catolicismo liberal, llevaron a cabo un proyecto de educación jurídica admitiendo la existencia de un catolicismo pluriforme en el que pueden coexistir diferentes tendencias.

Aquel modelo educativo, a más de cien años de distancia, nos ofrece calidades y se muestra acreedor de una evaluación positiva como un logro de equilibrio en medio de una situación histórica difícil. En un clima de confrontación política surgieron las primeras generaciones de alumnos de Derecho y su destacado prestigio nos muestra que la metodología empleada en su educación tuvo resultados eficaces.

Un primer criterio metodológico empleado en la enseñanza del Derecho en los Estudios Superiores de El Escorial es el humanismo cristiano que implica, siguiendo las huellas de san Agustín, un profundo amor a *“la verdad cuya voz no calla”*, la contemplación de aquélla desde el interior del hombre, la admiración del orden, y el ánimo abierto y dialogante, como parte del humanismo integral propiciado desde las aulas.

Precisamente, porque se enseña Derecho y se cultivan las ciencias jurídicas y los métodos jurídicos con sus teorías divergentes, se es consciente de las limitaciones humanas y se aboga por la necesidad de respetar los diferentes criterios en la búsqueda de la verdad, por eso los agustinos juristas de El Escorial enseñan la compatibilidad de *iure* y de *facto* entre fe religiosa y compromiso humano. Muestran el talante humanista y el talante cristiano de San Agustín.

La vida de San Agustín es la vida de un hombre controvertido, inquieto, en busca de la verdad y, al fin, entregado sin reservas a Dios. San Agustín, es un hombre con vocación de místico, pero un hombre. Y esta doble vocación humana y religiosa marcará no sólo a los maestros religiosos sino a los alumnos de la Universidad. Los profesores supieron transmitir el humanismo cristiano y su experiencia de hombres de fe a los alumnos. Y éstos supieron que el mensaje cristiano vivifica la vida y, por tanto, edifica el interior del hombre.

Cuando San Agustín diseña en *La Ciudad de Dios* su concepción de la Historia, enseña que el curso de los hechos tiene su sentido al que hay que adaptarse. La ciudad del hombre se construye a la luz de la eterna *Ciudad de Dios* debiendo en todo momento adecuarse al fluir del tiempo y a las circunstancias sociales, rechazando cualquier retroceso, y buscando siempre el progreso conforme al curso histórico de los acontecimientos, pero con miras de futuro. Y este sentido es el que se ha contemplado en la evolución de los Estudios Superiores de El Escorial.

Es cierto que el escenario cultural actual y el ritmo trepidante de nuestra vida exigen mucha mayor atención. Pocos momentos han presenciado un correr tan deprisa

como el tiempo presente, pero es preciso conectar con el tiempo y el espacio en el que vivimos si se quiere avanzar. Proyectar ilusionadamente hacia el futuro no significa olvidar el pasado, sino conocer el presente. Decía el P. Gabriel del Estal en su proyecto de *Nuevo Escorial Universitario*:

*“Los nuevos estudios universitarios del Escorial llevan este acento en los objetivos que se le abren al paso con incitación alentadora. Son unos objetivos retadores. Sin tardanza, pronto, con imaginación y con realismo, sabiendo estar en el tiempo, El Escorial debe dar la respuesta”*²⁴.

Por eso, añadiré más adelante:

*“El futuro, más allá de nuestros días, del novísimo Escorial universitario, se presenta como un desafío al tiempo y a la imaginación”*²⁵.

Continúa el P. Gabriel del Estal en sus *“perspectivas de futuro, con la ley en la mano y con los pies en la tierra”* en el memorando que escribió con motivo de los cien años de los agustinos en el Escorial que, con la entonces reciente Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983, el horizonte de fidelidad que dibujaba la citada reforma y la autonomía universitaria que se abría constitucionalmente permitía una proyección optimista de posibilidades en ascenso y podría hacer *“del Escorial un pequeño Oxford o una pequeña Heidelberg”*. Y añadía que había que estar al día. Mantener la dignidad decorosa que correspondía a *“María Cristina”*, señalaba, no es empresa de mucho coste, sino de compromisos serios. No solo instalaciones adecuadas,

²⁴ DEL ESTAL, G., *Op. cit.*, p. 75.

²⁵ *Ibidem*, p. 77.

sino personal idóneo, de reconocido valor, con titulaciones académicas acreditadas y solvencia científica²⁶.

Ya entonces el P. del Estal advertía que, en la adaptación a los tiempos futuros, a “*María Cristina*” le cabían tres posibilidades: una pesimista, otra conformista y la tercera optimista. La primera es cierre “*o confesión de incapacidades para responder en serio a las exigencias de hoy*”²⁷. La segunda es continuar sin aspiraciones. Y la tercera, es valerse de los medios disponibles, legales y reales, para pasar al segundo y tercer ciclo de licenciatura y doctorado, ya con los cinco o siete cursos de carrera en funciones, para ampliar y mejorar los espacios escolares de docencia y discencia, o para ascender incluso al rango de auténtica Universidad. Y añadía:

*“No basta la voluntad. Se necesitan medios. Con estas dos palancas puede moverse el mundo. Nunca se ha hecho historia sin un buen punto de apoyo. Y si El Escorial y San Agustín andan en el juego, ese punto debe tener una consistencia de la más probada y la más rigurosa fiabilidad”*²⁸.

La presencia e influencia de san Agustín en los Estudios Superiores de El Escorial explica el equilibrio entre las ciencias jurídicas y la fe cristiana. De San Agustín los profesores y los alumnos de los Estudios Superiores de El Escorial reciben una ética y una intimidad cristianas. Cristianos para la vida, juristas con inspiración cristiana para el mundo.

²⁶ *Ibidem*, p. 92.

²⁷ *Ibidem*, p. 93.

²⁸ *Ibidem*, p. 94.

Desde el primer Rector, P. Francisco Valdés, nombrado el 26 de septiembre de 1894, hasta el actual P. Marceliano Arranz, han transcurrido más de cien años y por el rectorado se han sucedido casi una treintena de Rectores, todos agustinos, algunos con repetición de mandato de hasta dos y tres veces, habiendo destacado por su importante labor realizada para el Centro de manera especial el P. Teodoro Rodríguez (1903-1908; 1910-1916); P. Marcelino Arnáiz (1908-1910; 1916-1920; 1928-1930); P. Isidoro Martín (1920-1927; 1930-1933); P. Felipe Fernández (1933-1936; 1945-1949); P. Gabriel del Estal (1955-1958; 1970-1972; 1974; 1980-1982); P. Avelino Folgado (1967-1970; 1972-1974); P. Segundo Folgado (1974-1976; 1977-1978; 1982-1984); y P. Fco. Javier Campos y Fernández de Sevilla (1990-1998).

No menos importantes han sido tampoco los Decanos de la Facultad de Derecho. De acuerdo con el Decreto 1244/1973 sobre Adaptación del Colegio Universitario María Cristina a las previsiones del Decreto 2551/1972 sobre Colegios Universitarios, en el Real Colegio Universitario María Cristina, entre los órganos de Gobierno y dirección figura el cargo de Decano, habiéndolo sido el P. Honorato Largo Treceño (1973-1974); P. César González Fernández (1974-1975); P. Avelino Folgado Fernández (1975-1984); P. Paulino Lobato Quijano (1984-1986); P. Prometeo Cerezo de Diego (1986-2006); D. Alfredo Muñoz García y, actualmente, D. Francisco José Zamora García.

En cuanto al profesorado, omitiré listas de profesores, que por su extensión harían desproporcionada esta tesis doctoral, pero debe hacerse un bosquejo de la vida y la obra de aquellos agustinos juristas de El Escorial cuyo saber jurídico merece un análisis riguroso y certero valorando lo que han aportado a la Ciencia jurídica española.

Así, merece destacar que, desde que los Estudios Superiores del Escorial abrieron sus puertas, han pasado por sus aulas profesores que han alcanzado un nombre y prestigio en la ciencia jurídica española tan importantes como el P. Jerónimo Montes Luengo, penalista inolvidable en la ciencia penal española; el P. José López Ortiz, ilustre jurista, catedrático de Historia del Derecho y Arzobispo; el P. Ambrosio Garrido y Siero, sabio profesor universitario escurialense; el P. Hexiquio Pajares y Liébana, profundo conocedor del Derecho Político; el P. Benito Alcalde González, especialista en Economía y Hacienda pública, exactitud y minuciosidad en la docencia y en el trato; el P. Esteban García Suárez, una joven promesa truncada; el P. José María López Riocerezo y el P. Paulino Lobato Quijano, sucesores del P. Montes en la cátedra de Derecho penal; el P. Gabriel del Estal, un sabio jurista agustino; el P. Avelino Folgado, un gran civilista con una importante aportación al concepto del Derecho subjetivo; el P. Prometeo Cerezo de Diego, profesor titular de Derecho Internacional público en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e infatigable viajero que ha recorrido más de medio mundo organizando Congresos Internacionales y llegando a ocupar incluso importantes cargos en Institutos de carácter internacional; el P. Felipe Fernández; el P. Bonifacio Difernán; el P. Andrés García Codesal, el P. Honorato Largo²⁹; y una larga lista de seculares y laicos, cuya capacidad y mérito han sido puestas mediante su esfuerzo, sus enseñanzas, sus publicaciones al servicio de la docencia en El Escorial.

²⁹ Sobre la biografía y bibliografía de los agustinos de El Escorial puede consultarse: GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial. Catálogo bibliográfico y artístico*, San Lorenzo de El Escorial 1996. Dicha obra constituye el más completo catálogo de la producción literaria, bibliográfica y artística realizada por los agustinos de la Provincia Agustiniense Matritense, conocidos como agustinos de El Escorial, en los cien años de su historia, es decir, desde 1895 hasta 1995. Posteriormente el autor llevó a cabo en 2006 una segunda edición para realizar “adiciones y retoques” y corregir algunos errores del primer volumen.

Con semejantes maestros era impensable que no salieran alumnos tan destacados en diferentes ramas del saber y de la política. Y es que los Estudios Superiores de El Escorial han dado a España en el campo del Derecho hombres eminentes formados en sus aulas. Aquí las listas son interminables. Por citar a los más destacados señalaré a Manuel Azaña³⁰, Manuel Argüelles³¹, Alejandro Arizcun (Notario), Gabriel Pastor-Díaz Galcerán (abogado y secretario de S.A.R. don Fernando), José España Serra (conde de España), José Yanguas Messía (Vizconde de Santa Clara de Avedillo), Rafael Sánchez Mazas, Dámaso Alonso, Dionisio Ridruejo, Moreno Torroba, Sánchez Tejerina, Eduardo Aunós, Alberto Alcocer, Juan Ignacio Luca de Tena, Fernández Montes, Julián Zuazo, Román Escotado, y el actual Presidente del Gobierno Pedro Sánchez, junto a otros muchos más alumnos situados en el Poder judicial, la política, la abogacía, la empresa, la Administración pública, etc.

2.2. Favorecimiento de los espacios humanísticos y estéticos de creación artística.

El segundo criterio metodológico aplicado por los agustinos juristas de El Escorial en la enseñanza del Derecho es el favorecimiento de los espacios humanísticos y estéticos de creación literaria, escénica y artística.

³⁰ Ministro de la Guerra y Presidente de la República y del Gobierno tras la caída de Alfonso XIII. Conocida es la novela histórica *El jardín de los frailes*, escrita en 1926, donde Manuel Azaña relata sus días en El Escorial, *El jardín de los frailes*, Madrid 1988, pp. 23-24 y 76-77, respectivamente.

³¹ Resulta anecdótico y se ha citado en diversos lugares que el 27 de enero de 1921 se celebró un homenaje en el Hotel Ritz de Madrid ofrecido a los 18 alumnos de María Cristina que formaban en las Cortes la llamada “*minoría escurialense*” compuesta de diecisiete diputados y un senador, así como el Ministro de Hacienda Manuel Argüelles y Argüelles, que había sido precisamente el primer alumno matriculado en los Estudios Superiores de Derecho justamente el año mismo de su creación.

Los agustinos tienen su corazón abierto a la belleza, especialmente a la literaria, mostrando su pasión por la publicación de ensayos literarios, en prosa y en verso. Es característico de todos ellos el bagaje considerable de sabiduría y cultura que vierten con un exhaustivo aparato documental, con agudeza de análisis y elegancia estilística.

Con títulos que aúnan el saber jurídico y agustiniano con brillante estilo desde la afirmación de la fe cristiana, se une una producción literaria abundante, con interesantes trabajos de crítica e investigación literaria, así como creaciones narrativas y líricas con voluntad de estilo. La docencia del Derecho se compagina con la imagen del humanista literato. Al docente agustino le preocupa el movimiento humano vivo. Su mirada es amplia. No conocemos ningún agustino que no haya cultivado esta pasión, bien en forma de poemas, de narraciones, o de ensayos sabrosos.

La dedicación al saber académico y literario no queda ahí. Los agustinos dejan sentir el aliento de su inspiración y apoyo sobre los entusiasmos juveniles. De este modo se favorece las publicaciones del colegio universitario como *Nueva Etapa*, antes *El Colegial*, cuyo primer número se publicó de forma manuscrita en diciembre de 1897. En 1926 su nombre fue cambiado por el de *Ensayos*, pero se trata de mutaciones accidentales de imagen y, a pesar de los distintos nombres, signo de vida y de juventud, la esencia es la misma³².

Por sus páginas han pasado redactores y directores como Yanguas Messía, Sánchez Mazas, Dámaso Alonso, Dionisio Ridruejo, Moreno Torroba, Sánchez

³² MEDIAVILLA, B., *Op. cit.*, p. 328.

Tejerina, Eduardo Aunós, Luca de Tena, Fernández Montes, Julián Zuazo, Román Escotado, y un largo etcétera.

Fruto de ese favorecimiento de la creación cultural, es también el *Anuario Jurídico Escorialense* (si bien, al introducirse la licenciatura en Ciencias Económicas y Empresariales, amplió su título al de *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* para dar igualdad nominativa a las dos facultades existentes, incluyendo una tercera sección de Historia y Sociología), que el profesorado inició en el año 1960 con las aportaciones jurídicas conectadas al quehacer docente e investigador del centro escorialense con los mas diversos estudios sobre Derecho porque, como escribe el P. Javier Campos:

“Todo centro universitario se debe asentar sobre la vida de estudio porque los laboratorios, los archivos y las bibliotecas de los campus son el lugar idóneo para el desarrollo de la investigación; allí se prepara adecuadamente el terreno para probar una teoría, experimentar un método, profundizar en el conocimiento del ayer y sus relaciones, diseñar hipótesis y modelos, etc. Un centro universitario en el que no se investigue pierde categoría y se rebaja hasta niveles de academia”³³.

Del *Anuario* han sido Directores los P. Bonifacio Dífernan, P. José María López Riocerezo, P. Segundo Folgado Flórez, P. Octavio Uña Juárez, y P. Fco.-Javier Campos y Fernández de Sevilla³⁴. Y su recorrido durante más de 50 años con 50 volúmenes con

³³ CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. “Estudios y publicaciones”, en *Provincia Agustiniense Matritense, Cien Años de Historia* (1895-1995), San Lorenzo de El Escorial 1996, p. 422.

³⁴ Sobre la colaboración en esta dos revistas, así como en la también agustiniana *La Ciudad de Dios* puede verse la siguiente bibliografía: MUIÑOS SÁENZ, C., “*La labor científica y literaria de los agustinos escorialenses*”, en *Los Agustinos y el Real Monasterio de San Lorenzo del Escorial*, Madrid 1910; ZARCO CUEVAS, J., *Escritores agustinos del Escorial* (1885-1916), Madrid 1917; LÓPEZ

las inquietudes jurídicas, económicas e históricas de quienes en ellos han publicado no deja indiferente a quien los examine porque no se trata de una labor esporádica sino el resultado de un compromiso con la investigación y el saber mantenido durante años con tanto empeño.

No puede tampoco olvidarse otra serie de actividades impulsadas desde la comunidad religiosa de agustinos. Así, a partir de 1956, se comienzan a celebrar Cursos de verano sobre los temas más diversos y ciclos de conferencias; también cabe mencionar las representaciones teatrales y las veladas literarias; la revista hablada *Avance* con conferencias de las más destacadas personalidades; y las actividades culturales como la Solemne apertura del curso, la festividad de la Conversión de San Agustín, el Paso del Ecuador y el fin de Carrera, con las consiguientes imposiciones de Becas y entrega de medallón a los señores recién licenciados. Y en todos los casos se imparten lecciones magistrales.

El deporte también es esencial en la educación. “*Mens sana in corpore sano*”, decían los clásicos. Y los agustinos favorecen también dichas actividades, por eso en el curso 1902-1903 se introdujo el fútbol, destacando entre sus futbolistas Santiago Bernabeu, que se practicaba en la Lonja del Monasterio hasta el 26 de abril de 1917, onomástica del entonces P. Rector, en que se inauguró el nuevo campo de fútbol, emplazado en la Herrería³⁵, aunque se fomenta la práctica de todo tipo de deportes

RIOCEREZO, J. M., “Labor jurídico-cultural de la Universidad escurialense en la Comunidad Agustiniense en el Monasterio de El Escorial”, El Escorial 1964, pp. 131-166; FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” de El Escorial”, en *Anuario Jurídico Escurialense*, 17-18 (1985-1986), pp. 363-502. Corregido y aumentado en *Real Colegio de Estudios Superiores de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1992, pp. 475-657; GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos del Escorial. Catalogo Bibliográfico y Artístico*, San Lorenzo del Escorial 1996, que acumula las anteriores y añade otras bibliografías y artículos.

³⁵ MEDIAVILLA, B., *Op. cit.*, p. 329.

como el tenis o el frontón, en el que el P. Prometeo se reveló como un excelente jugador en campeonatos con alumnos. Y buena muestra de esta preocupación por el deporte es el magnífico Polideportivo realizado bajo el rectorado del P. Javier Campos.

Por último, el 5 de mayo de 1920, fiesta del Patrón San Agustín y bodas de Plata de la Institución universitaria se creó la Asociación de Antiguos Alumnos del Real Colegio de Estudios Superiores de María Cristina de El Escorial, siendo Rector el P. Marcelino Arnáiz con el fin de:

“Dar carácter permanente y estrechar las relaciones entre los antiguos alumnos y de estos con el Colegio, procurando que la asociación llegue a servir de sostén y apoyo en caso necesario, no solo del asociado sino también de los hijos de los antiguos alumnos”³⁶.

Esta Asociación anualmente sale al encuentro de los antiguos alumnos que acuden a celebrar sus bodas de bronce, plata y oro.

2.3. Agustinos juristas de El Escorial. Nombres para la ciencia jurídica

De aquel grupo de agustinos que abrieron las puertas de los Estudios Superiores de El Escorial para impartir la docencia jurídica merecerían destacarse para la Historia del Derecho el nombre de cinco, cuyos trabajos realizados en el silencio del monacato han supuesto una importante aportación a la Ciencia jurídica española por la solvencia y prestigio de sus obras. Sin embargo, aun no habiendo sido debidamente reconocidos al haber quedado relegados al olvido, merecen destacarse (por año de nacimiento):

³⁶ Art. 2 del Reglamento de 5 de mayo de 1920.

1. P. Jerónimo Montes Luengos (1865-1932)

Agustino, doctor en derecho y profesor de Derecho penal. Se puede afirmar, sin caer en la exageración, que el Derecho penal no se puede escribir sin su nombre. Sus aportaciones a la Ciencia jurídica penal pasan por haber sentado las bases del derecho de indulto; la sistematización de los precursores de la Ciencia penal en España, los estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito; y, la elaboración de un tratado de Derecho penal que aportó a la Ciencia jurídica conceptos procedentes de la filosofía cristiana en un momento en que, en nuestro país, el cual se había lamentado repetidas veces la escasez de tratados doctrinales completos de Derecho penal al resultar anticuada la obra de Luis Silvela e inadecuada para los fines didácticos la de Valdés Rubio, y no contándose para la enseñanza del Derecho penal más que con el Curso de Derecho penal de Rovira Carrero.

2. P. José López Ortíz (1898-1992)

Agustino. Catedrático por oposición de Historia del Derecho en la Universidad de Santiago; Catedrático numerario por concurso de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico en la Universidad Central (hoy Complutense de Madrid); Publicista e historiador medievalista y arabista; Obispo de Tuy y Vicario General Castrense y Arzobispo de Grado. Sus principales investigaciones versan sobre el pensamiento y los sistemas jurídicos hispano-musulmanes. El Derecho islámico, que fue su especialidad, no había sido hasta entonces objeto de atención sistemática por los arabistas españoles y

gracias a él se convirtió en un área de especial interés, a la que contribuyó con estudios monográficos y de síntesis que siguen manteniendo su importancia.

3. P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)

Agustino, doctor de Derecho, Rector de los Estudios Superiores del Escorial y Prior provincial de la Orden agustiniana. El capítulo que absorbió la mayor parte de su actividad fue el docente de Ciencias políticas y sociales. La singularidad de su obra reside en la incorporación de una Teoría Constitucional del Estado a la que dedicó una importante monografía que sigue siendo referente entre los constitucionalistas al establecer los fundamentos históricos y doctrinales de la Monarquía, su institución básica, fuente misma de la existencia de la materia como disciplina académica. Difícilmente puede hablarse del sistema constitucional vigente sin referirse a su estudio en el que estableció los estadios anteriores de una institución de la que el modelo actual es consecuencia y con más esencias comunes de las que pueda parecer en una primera impresión. Aportación la suya que dio luz a un tema que va camino de convertirse en irresoluble en la España actual: la relación entre Monarquía y reino.

4. P. Avelino Folgado Fernández (1917-2013)

Agustino. Doctor en Derecho, fue discípulo del ilustre civilista Federico de Castro y Bravo. Rector de los Estudios Superiores del Escorial y profesor de Derecho civil. Es sabido que el Derecho no es sólo un conjunto de normas. En el Derecho distinguimos entre el Derecho objetivo, como norma, como ley, que impone una serie de deberes jurídicos y reconoce facultades. Y el Derecho subjetivo, que son las

facultades que reconoce al sujeto la ley de hacer o no hacer, de exigir que otro haga o no haga. El P. Avelino para responder a la pregunta que se hicieron los juristas acerca de la naturaleza de esos Derechos subjetivos acerca de si estos son una realidad con consistencia propia más allá de las normas jurídicas positivas o son las normas jurídicas reconocimiento de derechos subjetivos o, si por el contrario, carecen de entidad propia a causa de una reducción de lo jurídico a lo normativo, sistematizó la evolución histórica del concepto del Derecho subjetivo con el estudio especial en los teólogos-juristas del siglo XVI , lo que supuso una auténtica teoría del Derecho subjetivo que sirvió de base y fundamento para dicho concepto tras la ruptura que supone el individualismo de la Modernidad.

5. P. Prometeo Cerezo de Diego (1938)

Agustino. Licenciado en Ciencias Políticas (sección de Estudios internacionales) y doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Decano de Derecho del Real centro universitario “*María Cristina*” de El Escorial; Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y Vicepresidente de la International Law Association (sección española). Académico de número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, con sede en Lima. Director del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Su excelente relación con los embajadores de Iberoamérica y su estudio de Fray Alonso de Veracruz, le han supuesto ser un referente en el marco del Derecho de Gentes.

En la presente investigación sistematizaremos las aportaciones de los citados agustinos al Derecho Penal, a la Historia del Derecho, al Derecho Político y Constitucional, al Derecho Civil y al Derecho Internacional Público.

PRIMERA PARTE

LA APORTACIÓN DEL P. JERÓNIMO MONTES LUENGOS (1865-1932)

A LA CIENCIA JURÍDICA PENAL ESPAÑOLA



CAPÍTULO PRIMERO. CONTEXTO HISTÓRICO-POLÍTICO, IDEOLÓGICO Y JURÍDICO DEL P. JERÓNIMO MONTES LUENGOS

El Derecho penal es un fenómeno histórico-político, ideológico y jurídico. Nace en unas circunstancias históricas y sociales concretas en las que se desarrolla en función de intereses ideológicos y mediante una forma jurídica. Por eso, es preciso echar una mirada breve a toda esa base histórico-política, ideológica y jurídica para conocer ese contexto en el que el P. Montes vive y elabora su pensamiento jurídico.

1.1. Contexto histórico-político

El P. Montes vivió en la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX (1865-1932). Nos referimos a un periodo de tiempo caracterizado por una gran agitación intelectual así como por una convulsa situación social y política entre absolutismo y liberalismo que se fueron turnando en el poder bajo el mandato de Fernando VII.

Tras la regencia de Espartero y la elevación al trono de Isabel II en 1843 vino un periodo de tranquilidad, normalidad y unidad. Fue una etapa de centralización administrativa e institucionalización jurídica. Se creó el Banco de España, la Guardia civil y la red de ferrocarriles, pero bajo estos proyectos surgía una burguesía junto a la clase proletaria cuyos objetivos no coincidían, lo que dio lugar a nuevos enfrentamientos sociales y luchas políticas que culminaron en la Revolución de 1868, llamada la Gloriosa, capitaneada por el general Serrano que concluyó con el derrocamiento de Isabel II y su exilio en París.

El famoso sexenio revolucionario (1868-1874) propició un auge del espíritu liberal emanado desde las Cortes de Cádiz de 1808 que el P. Montes vivió en plena infancia y que dejó en él una huella importante. En ese periodo apareció la Constitución de 1869, se estableció el sufragio universal, la libertad de cultos, la libertad de asociación, etc. Fue el fruto definitivo del liberalismo que perduraría, con altos y bajos, hasta 1936, cuatro años después de la muerte del P. Montes. Aunque el General Serrano trató de instaurar la Monarquía de Amadeo de Saboya fracasó, dando lugar a la Primera República, de carácter federal, con cuatro Presidentes en un año, lo que trajo desórdenes, malestar social y caos generalizado, acompañados de dos guerras civiles: la carlista y la cantonal.

Tras el fracaso del sexenio revolucionario, la burguesía progresista en el Poder no consiguió resolver los problemas acuciantes de España. La República no logró ser reconocida en el mundo; España estaba dividida por la segunda guerra carlista; y Cuba reclamaba su independencia. Todo esto influyó de modo negativo en el P. Montes que sentía el desmoronamiento de la grandeza de España durante siglos, lo que le llevó a adoptar una actitud de rechazo ante la injusticia y una clara defensa del patriotismo.

A fin de poner término al estado anárquico existente, el General Pavía dio un golpe de Estado el día 3 de enero de 1874, lo que produjo aquello que Ortega y Gasset denominó “*la desesperación*” en política³⁷, que trajo revueltas, tumultos y la inseguridad hasta la llegada de Antonio Cánovas del Castillo que fue recibida como una

³⁷ Citando a Aristóteles, Ortega y Gasset recordaba la necesidad de buscar una fórmula de equilibrio político que eliminase los excesos y fuera capaz de acabar con esa inestabilidad. Vid. ORTEGA Y GASSET, J., “Una interpretación de la Historia Universal”, en *Obras Completas*, t. IX, Madrid 1989, pp. 29-30.

auténtica salvación para nuestro país y la Restauración de la Monarquía borbónica en la persona de don Alfonso XII, apodado “*el Pacificador*”, y que traerá a España medio siglo de paz y una Constitución, la de 30 de junio de 1876, fruto de la concordia política, donde queda plasmado el pensamiento canovista, y se asegura todo un sistema de libertades y de garantías en sus 89 artículos divididos en trece títulos, que logrará frenar la situación.

Sin embargo, la pérdida de nuestras colonias en 1898 y los atentados terroristas de carácter marcadamente anarquista que tenían una mezcla de venganza y simbolismo, y que no fueron actos aislados, sino que tenían una marcada connotación política y social y unos destinatarios perfectamente escogidos, trajeron, de nuevo, *esa desesperanza generalizada*, de ahí que la dictadura del General Primo de Rivera, apareciera como algo inevitable, provocando la crisis dinástica y la Segunda República³⁸.

Así, el atentado contra el general Martínez Campos el 24 de septiembre de 1893, fue un ataque contra el Estado y el militarismo. Las bombas lanzadas a las once de la noche del día 7 de noviembre de 1893 durante la representación del segundo acto de la ópera “*Guillermo Tell*”, fue un acto contra la burguesía³⁹, cuya autoría nadie dudó⁴⁰,

³⁸ AVILÉS, J. y HERRERÍN, Á. (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: Anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Siglo XXI, Madrid 2008. ÁLVAREZ JUNCO, J., *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, Siglo XXI, Madrid 1976. NÚÑEZ FLORENCIO, R., *El terrorismo anarquista, 1888-1904*, Siglo XXI, Madrid 1983. GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La razón de la fuerza. Orden Público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, Madrid 1998.

³⁹ La bomba causó 20 muertos y 27 heridos. Estas cifras aparecen en la causa judicial como 20 asesinatos consumados y 27 frustrados. Vid. Archivo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

⁴⁰ El propio general Martínez Campos, en un telegrama dirigido al ministro de la Guerra esa misma noche afirmó que, aunque “*no estaba en el teatro y los anarquistas cumplen sus promesas*”, pedía la promulgación de leyes represivas. Telegrama del general en Jefe del 4º Cuerpo del Ejército al Ministro de la Guerra, 7 de noviembre de 1893, Archivo del Instituto de Historia y Cultura Militar, legajo 157. A raíz del mismo, el Ejecutivo suprimió inmediatamente las garantías constitucionales en Barcelona.

suprimiendo el Ejecutivo inmediatamente las garantías constitucionales en la ciudad de Barcelona; la bomba que estalló sobre las nueve de la noche del día 7 de junio de 1896 en la calle Cambis Nous, también en Barcelona, durante la celebración de la procesión del Corpus de la Iglesia de Santa María del Mar tenía como destinatario la Iglesia Católica⁴¹; y, finalmente, el asesinato ocurrido el día 8 de agosto de 1897 del Presidente del Gobierno Antonio Cánovas del Castillo en Santa Águeda a manos de un anarquista tenía como destinatario el sistema constitucional⁴², pues aparecía la sombra del fin de la Restauración Borbónica y, posiblemente, la desaparición del partido conservador, aunque el sistema continuó trayendo, no en vano, medio siglo de paz para España, uniendo legalidad y legitimidad, hasta el asesinato de José Canalejas y Eduardo Dato⁴³.

De esta manera, podemos resumir la situación histórico-política de la España de 1868. Un momento crítico, lleno de inestabilidad y luchas civiles, pero a la vez cargado de esperanzas que pronto se desvanecieron y se tornarían en desencanto y desesperanza.

Escribía Giner de los Ríos que:

⁴¹ La bomba provocó la muerte de doce personas y más de sesenta heridos. La información fue recogida en los periódicos *Diario de Barcelona* y *La Vanguardia*, Barcelona, entre los días 8 y 16 de junio de 1896.

⁴² Cánovas no sólo era el dirigente del partido conservador y fundador del régimen de la Restauración Borbónica, sino el principal protagonista de la vida política del último tercio del siglo XIX. Su asesinato ocurrió en el balneario guipuzcoano donde estaba reponiéndose de sus dolencias. Estaba acompañado por su esposa, y se había detenido allí de camino a San Sebastián donde iba a reunirse con la Reina Regente. Cánovas acababa de oír misa en la parroquia de Santa Águeda y a la vuelta al balneario estaba leyendo el periódico sentado en un banco en el exterior del balneario cuando a la una del mediodía se le acercó un individuo y le disparó tres veces, provocándole la muerte.

⁴³ GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Cánovas, un hombre para nuestro tiempo*, Madrid 1989, pp. 67-72; ÁLVAREZ CONDE, E., "El pensamiento político canovista", en *Revista de Estudios Políticos*, 1977, pp. 280-281; PEREZ GALDOS, B., *Cánovas. Episodios Nacionales*, Madrid 1973, pp. 160-161; YLLÁN CALDERÓN, E., *Cánovas, entre la Historia y la Política*, Madrid 1985, pp. 143-144; TUSSELL, J., "Cánovas y la Restauración", en *Claves de Razón Práctica*, (76), 1997, pp. 50-51; DARDÉ, C., "Un siglo de interpretaciones (En el Centenario de la muerte de Cánovas)", en *Revista de Occidente*, (198), 1997, pp. 88-104; FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Cánovas. Su vida y su política*, Madrid 1972, p. 18; MARQUÉS DE LEMA, *Cánovas o el hombre de Estado*, Madrid 1931, p. 155; BENOIST, Ch, *Cánovas y su tiempo. La Restauración renovadora*, Madrid, 1931; COMELLAS GARCÍA-LLERA, J. L., *Cánovas del Castillo*, Barcelona 1997; MATEO AVILÉS, E., *Cánovas del Castillo*. Málaga 2000.

“En pocos periodos de nuestra vida contemporánea habrá hecho alimentar la juventud tan consoladoras esperanzas como durante los últimos diez años que precedieron a la revolución de septiembre. Cayó el antiguo régimen. Se proyectaron las bases de una renovación total. Se abrieron todos los espíritus..., y los hombres nuevos, surgiendo al cabo de la honrada penumbra de ostracismo o viviendo a la clara luz del día...borraron por el pronto hasta la dolorosa memoria de los que parecían haberse llevado consigo y para siempre el germen de todas las corrupciones que envenenaban la Sociedad y el Estado. Pasó el primer momento del noble y puro entusiasmo y llegó la hora de condensar reflexivamente el clamor unánime de la nación. ¿Qué hicieron esos hombres nuevos? ¿Qué ha hecho esa juventud? ¿Qué ha hecho? Respondan por nosotros el desencanto del espíritu público, el indiferente apartamiento de todas las clases, la sorda desesperación de todos los oprimidos, la hostilidad creciente de todos los instintos generosos”⁴⁴.

En medio de esta situación histórica y política, nació a la vida universitaria y académica el P. Jerónimo Montes. Por si fuera poco, téngase en cuenta no sólo el rechazo del novato adolescente en una disciplina tan controvertida como la ciencia jurídico penal en un contexto como el descrito, sino además su carácter de religioso, vocación mal vista en determinados sectores laicistas de la sociedad. Téngase también en cuenta que en la propia Constitución de 30 de junio de 1876 el artículo relativo a la Iglesia Católica no estuvo exento de polémica. Y aunque, debido al consenso conseguido entre Cánovas y Sagasta, quedó establecida en el texto constitucional la

⁴⁴ GINER DE LOS RÍOS, F., “La juventud y el movimiento social”, en *Ensayos sobre Educación*, Buenos Aires 1945, pp. 76-77.

confesionalidad del Estado, sin embargo, se reconoce también una gran tolerancia respecto a las demás religiones que pudieran existir en el Estado español, así como una cierta libertad de conciencia.

1.2. Contexto ideológico

No menos importante resulta conocer el contexto ideológico en el que el P. Jerónimo Montes va a exponer sus teorías, pues la situación de los intelectuales en España en los años de vida del agustino no fue menos conflictiva que la política. De hecho, desde que Felipe II prohibió por Real Decreto de 1559 a los españoles estudiar en el extranjero, a excepción de las Universidades católicas de Bolonia, Nápoles, Roma y Lisboa, tuvieron que pasar tres siglos hasta que el ministro Pedro Gómez de la Serna, impulsó la creación de la Facultad de Jurisprudencia y pensionó a un filósofo, jurista y pedagogo español llamado Julián Sanz del Río (1814-1869)⁴⁵, para que fuese a estudiar a la Universidad alemana de Heidelberg.

A su regreso de Alemania, en 1845 y, especialmente, al verse ocupando la cátedra de Historia de la Filosofía en la Universidad Central (1854), Sanz del Río

⁴⁵ Sanz del Río, que -como también les ocurriría luego a dos de sus seguidores, Giner de los Ríos y Cossío- daba preferencia al magisterio oral y era reticente a publicar sus propios estudios, dejó una obra (libros, artículos, traducciones) tan diversa como dispersa. Al margen de la traducción española de los manuales del Krausismo y algunos libros, pocos, publicados durante su vida, la mayoría de su legado se encuentra, no sin dificultad, en las ediciones llevadas a la imprenta por algunos discípulos y testamentarios, entre ellas conviene enumerar los siguientes títulos: *Lecciones para el sistema de filosofía analítica de Krause* (1850); *Sistema de filosofía; Metafísica. Primera parte, análisis* (1860); *El Ideal de la Humanidad para la vida* (primera edición en 1860 y segunda en 1871); *Doctrina de Lógica* (1863); *Programas de Psicología, Lógica y Ética; Lecciones sobre el sistema de la Filosofía* (1868); *Sistema de filosofía; Metafísica. Segunda parte, síntesis* (1874); *Análisis del pensamiento racional* (1877); *Filosofía de la muerte* (1877). Cabe señalar que muchas de sus obras inéditas pudieron ver la luz, precisamente, en el Boletín de la Institución Libre de Enseñanza. Vid. ALBARES, R., *Centro de Estudios de Castilla-La Mancha*, ed. Julián Sanz del Río, Ciudad Real 2012; CASALDUERO, J. *Vida y obra de Galdós*, Madrid 1974; JIMÉNEZ LANDI, A., *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente: Los orígenes de la Institución*, Barcelona 1996, Ministerio de Cultura. Universidad de Barcelona; MACHIN ROMERO, A., *Julián Sanz del Río: Heterodoxo por necesidad*. Asociación Cultural "Soria Edita", Soria 2007; ABELLÁN, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*. Madrid 1988.

introdujo en España el llamado “*movimiento krausista*” que dividirá en dos bandos a los intelectuales españoles. Su labor pedagógica fue decisiva en la evolución del pensamiento español y en la superación del sistema de enseñanza monopolizado en España por la Iglesia católica desde el siglo XVI, lo que le llevó a ser considerado como una amenaza al monopolio docente de la Iglesia católica y “*hereje recalcitrante*”, siendo objeto de una larga persecución que terminó con un expediente sancionador y su expulsión de la cátedra en 1867, lo que originó una reacción de repulsa contra los estamentos gubernamentales docentes entre sus discípulos y otros destacados krausistas como Joaquín Costa, Pi i Margall, Rafael María de Labra, Ángel Fernández de los Ríos, Emilio Castelar, Nicolás Salmerón y Adolfo Camús.

Con el triunfo de la “*Gloriosa*”, el 19 de octubre de 1868, Sanz del Río fue repuesto en su cátedra y propuesto como Rector de la Universidad madrileña, cargo que no aceptó, pero sí el nombramiento como decano de la Facultad de Filosofía de la Universidad Central, tomando posesión el 1 de noviembre y renunciando un mes más tarde por motivos de salud.

Como profesor de Filosofía del Derecho, Sanz del Río ejerció entre sus alumnos tal admiración que les llevaría a poner en marcha un movimiento ideológico intelectual sin precedentes, y que culminaría con una gran reforma en la educación, además de otros cambios relativos a la sociedad y a la política, y la creación de la *Institución Libre de Enseñanza* en 1876.

Fue maestro de Francisco Giner de los Ríos (1839-1915) que fue la cabeza visible y operante del krausismo en España y quien, con la *Institución Libre de*

Enseñanza, a partir de 1876, ofreció acogimiento a aquella vieja herencia e inició el proceso de “*europización*” de España, frente al que hubo de alzarse el de su “*españolización*”, impulsado y sostenido por un maestro de Letras llamado Menéndez Pelayo (1856-1912).

Finalizaba así, hacia 1850, tras tres siglos de monopolio eclesiástico en la distribución y explotación de la educación y la cultura en España, la inquebrantable integridad intelectual, fruto del análisis y desarrollo de la curiosidad filosófica y científica, la triste hazaña de Felipe II -“*monstruosamente criminal*” en opinión de los observadores internacionales, por los perseguidos y ajusticiados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición-, de librar a España de la Europa herejía.

Con Sanz del Río, la Iglesia católica se encontró en una situación parecida a la que se encontró con el renacentista Galileo Galilei. Si el pecado de éste fue afirmar que el Sol no gira alrededor de la Tierra, sino al contrario; el de Sanz del Río fue despertar el espíritu crítico del alumno lejos de la política y la religión y agudizar “*la sensibilidad moral con respecto a la vida del pensamiento y a toda función pública*” (ser honestos para ser libres) a partir de los postulados de la filosofía krausista.

Es así como irrumpió en nuestro país un grupo de personalidades que trajeron una filosofía propia. Estos señores fueron los krausistas y su maestro único, maestro de todos: Sanz del Río. Anota Valentí Camp que:

“Fueron alumnos de Sanz del Río, en su primera época, entre otras personalidades distinguidas, Luis María Pascual, ex ministro del Partido

Moderado; Agustín Pascual González (introducción de la Ciencia Forestal en España); Manuel Ruíz de Quevedo, con los demás concurrentes a la tertulia filosófica, y Fernando de Castro, ya profesor en la Facultad de Letras de Madrid. Después desfilaron por la cátedra de Sanz del Río, entre otros, los políticos Francisco de Paula Canalejas, Emilio Castelar, el pedagogo Juan Fernández Ferraz, o los profesores Miguel Morata Sagrario y Francisco Fernández y González (que después fue rector de la Universidad de Madrid). En la década de 1860 a 1870, fueron discípulos de Sanz del Río, Federico de Castro, Mamés Esperabé Lozano, Juan Uña Gómez, Facundo de los Ríos Portilla, Nicolás Salmerón, Teodoro Sainz Rueda, Segismundo Moret, Antonio González Garbín, Alfonso Moreno Espinosa, Francisco Giner de los Ríos -quizá su principal continuador-, José María Marangues, Gumersindo de Azcárate, Luis Vidart Schuch, Manuel Sales y Ferré, Tomás Tapia, José de Caso y Manuel María del Valle. La mayoría de ellos, hombres que luego ocuparon elevados puestos en el profesorado y en la política, asistieron a la cátedra de Sanz del Río durante varios cursos, sin haber sido en gran parte alumnos oficiales o habiendo ya dejado de serlo”.

Tratadistas y universitarios, seguidores del tradicionalismo penal, se entregaron al empuje y a las perspectivas utópicas de la flamante doctrina, dejándose en buena parte convencer por ella. Hasta tal punto fue así lo prueba el Proyecto Salmerón (1838-1908) de *Código penal* de 16 de agosto de 1873, con pauta correccionalista. Y aún más se significa en este aspecto el *Proyecto de Constitución federal*, presentado a las Cortes el 17 de julio de 1873, obra de Pi y Margall (1824-1901), en el que se reconoce al culpable de un delito cierta prerrogativa curiosa: *su derecho a la pena*. Decía así:

“Toda persona encuentra asegurado el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena” (13 bis).

El Ateneo era un centro de discusión de hombres públicos como Echegaray, Francisco Silvela, Castelar, Donoso Cortés, de diferentes idearios y creencias que se batían con la esgrima de las palabras sobre los difíciles problemas de la ciencia jurídica y, en particular, del Derecho penal que, en aquellos momentos, atravesaba por una crisis profunda debido a que todo se discutía, todo se negaba, todo se quería renovar, sin que hubiera una idea, un concepto compartido, algo común y sólido entre todos, de modo que cada uno tenía su opinión, y cada escuela su teoría que defendía en exceso.

España quedó convertida, de este modo, en el único feudo europeo del krausismo⁴⁶, que hizo zozobrar la serenidad de los espíritus y a la que, hasta el mismo P. Montes hizo frente, cuando llegó a afirmar en una de sus famosas obras:

“La filosofía krausista pasó por aquí causando estragos en las inteligencias, y en pos de ella el correccionalismo penal (...). El correccionalismo ha sido en España el alimento intelectual de varias generaciones de estudiantes de derecho. Esta desgracia bastaría por sí sola

⁴⁶ De hecho en Europa, sin excepción de Alemania, de donde habían partido aquellas teorías divulgadas por RÖDER, K. D. A. (1806-1879), tuvieron escaso eco las mismas y pronto cayeron en el olvido pese a los esfuerzos del filósofo AHRENS, H. (1808-1874). Y aunque se intentó resucitarlas por un grupo de fieles adeptos bajo la guía de Pablo HOHLFELD y Augusto WÜNSCHE, el éxito fue escaso y de corta duración. A este respecto se manifestaba despectivamente Cesáreo RODRÍGUEZ Y GARCIA-LAREDO al decir que: *“apenas tuvo vigencia alguna el krausismo en Alemania; y desde luego, cuando SANZ DEL RIO lo importó a España se consideraba allí como un cadáver sepulto y putrefacto”*. Vid. RODRÍGUEZ Y GARCIA-LAREDO., C., *El “esfuerzo medular” del krausismo frente a la obra gigante de Menéndez Pelayo*, Oviedo 1961, p. 28.

para explicar nuestra penuria científica del último medio siglo, así en Filosofía como en las Ciencias jurídico penales”⁴⁷.

La valentía de estas afirmaciones le llevó a decir a López Riocerezo que:

“Salir a la palestra en aquella época de constante discusión con personajes de esa talla, todos, o en su mayor parte, bien pertrechados de armas para combatir, era indudable manifestación de la seguridad de vencer, o al menos, igualarse al enemigo”⁴⁸.

1.3. Contexto jurídico. La disciplina de Derecho penal y los maestros coetáneos al P. Montes.

Si complicadoera el panorama histórico e ideológico, la pregunta que nos hacemos es necesaria: ¿cuál era la situación del Derecho penal como asignatura en las Universidades españolas durante la época del P. Montes? Creemos que resulta importante conocer este contexto para saber el ámbito en el que el P. Montes desarrolló su labor como docente e investigador.

Desde el siglo XVII, sobre todo en su segunda mitad, predominaban en las Universidades españolas los estudios de Teología y Derecho canónico, con ausencia de la Física, las Matemáticas o las Ciencias naturales y los estudios jurídicos. De hecho, las Universidades que contaban con facultades de Cánones y Leyes habían dispuesto un plan de estudios centrado con exclusividad en el Derecho romano y en el Derecho

⁴⁷ MONTES LUENGO, J., *Derecho Penal español*, vol. I, Madrid 1917, p. 124.

⁴⁸ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, p. 33.

canónico, sin prestar atención al Derecho nacional, para el cual no creaban cátedras por ausencia de recursos, lo que originaba dificultades para el ejercicio de la abogacía pues los bachilleres en Leyes desconocían las normas por las que se regían los Tribunales⁴⁹.

Es, a lo largo del siglo XVIII, cuando los ministros reformistas, conscientes de esta situación, pretenden subsanarla mediante la centralización de los estudios universitarios, uniformando los planes de estudio, respetando la autonomía de las Universidades, imponiendo un libro de texto para cada asignatura y controles en el nombramiento de catedráticos. Y, por lo que se refiere al ámbito de los estudios de Derecho, que es el que aquí nos interesa, se les dio un carácter laico mediante la separación entre las Facultades de Leyes y de Cánones; y de otra parte, se prestó una mayor atención al Derecho nacional enseñándose las Leyes de Toro y la Recopilación, y exigiéndose para el ejercicio de la profesión, además del título de bachiller, las pasantías o prácticas en el despacho de un abogado durante un periodo de cuatro años⁵⁰. Sin embargo, durante el reinado de Carlos III, debido a la propia escasez universitaria, surgieron instituciones extra-universitarias como colegios y academias jurídicas⁵¹.

Durante el siglo XIX se intensifica la preocupación por el Derecho nacional. En 1802 se introdujo un nuevo plan de estudios para las Facultades de Leyes con una

⁴⁹ Sobre esta situación puede verse con mayor amplitud: ÁLVAREZ DE MORALES, A., *La ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Pegaso Madrid 1985, pp. 1-26; PESET REIG, M., “La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 62, 1971, p. 608.

⁵⁰ Vid. con mayor amplitud ÁLVAREZ DE MORALES, A., *Op. cit.*, pp. 69-97. La importancia de la Universidad de Salamanca y los penalistas que impartieron docencia en el siglo XVI fue estudiado por TOMÁS y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, pp. 112-151.

⁵¹ En pocos años en Madrid se crearon un importante número de academias jurídicas: Real Academia de Prácticas de Leyes y de Derecho Público de santa Bárbara (1761), Academia de Jurisprudencia Teórico-Práctica (1775), Academia de Jurisprudencia de Nuestra Señora del Carmen (1779), Academia de Derecho civil y canónico de la purísima Concepción (1780) y la Academia de Derecho de Carlos III (1785). Puede verse ÁLVAREZ MORALES, A., *Op. cit.*, p. 129.

duración de diez años a fin de reducir el número de abogados, considerado excesivo en aquella época, y contar con licenciados que dispusieran de los conocimientos necesarios para ejercer la profesión, imponiéndose el estudio del Derecho penal de *Las Partidas* y de la *Novísima Recopilación*. En 1807 se reformó aquel plan para ampliarlo al estudio de la Historia del Derecho español. Con los Planes de 1820 y 1824 se redujeron los estudios de Leyes a siete años y se incluyó un curso de práctica jurídica para la explicación de la “*teoría del orden judicial, civil y criminal*”, pero no fue hasta el 1 de octubre de 1842 cuando desapareció la facultad de Cánones y se creó la Facultad de Jurisprudencia, donde aparece por primera vez la asignatura de Derecho penal con dos materias de estudio: una, relativa a sus instituciones; y, la otra, a su historia, vinculadas ambas al Derecho civil⁵², hasta el Decreto de 7 de julio de 1944 que estableció un Plan de estudios para la facultad de Derecho en el que la asignatura de Derecho penal aparecía ya desglosada e independiente hasta el Decreto de 11 de agosto de 1953, en el que al Derecho penal (parte general) y al Derecho penal (parte especial) se les dedica un curso completo a cada uno, plan que durará hasta el actual Plan de estudios llamado “*Plan Bolonia*”, que establecerá una tendencia cuatrimestral para esta asignatura.

Sin embargo, esto no pertenece a la historia sino a la actualidad y lo que queremos es reseñar el momento histórico del nacimiento del Derecho penal como asignatura independiente, concretamente en 1842, con objeto de conocer el origen de la disciplina en la que ejercerá su labor el P. Montes y el panorama de los profesores

⁵² El art. 43 estableció dieciocho disciplinas para los estudios de la Facultad de Derecho: literatura latina, literatura española, filosofía; historia de España; prolegómenos de Derecho; historia e instituciones del Derecho romano; instituciones del Derecho civil, penal, mercantil, político y administrativo de España; economía política; historia y ampliación del Derecho civil, penal, y mercantil de España, con el estudio de los códigos y fueros provinciales; instituciones de Derecho canónico; historia de la Iglesia, de sus concilios y colecciones canónicas; disciplina general de la Iglesia, y particular de la de España; teoría y práctica de los procedimientos judiciales; oratoria forense; ampliación del Derecho administrativo en sus diversos ramos; estadística; Derecho internacional común y particular de España; y, legislación comparada.

españoles de Derecho penal durante el siglo XIX para poder destacar la importancia que en dicha disciplina tuvo el P. Jerónimo Montes.

A excepción del listado del Ministerio de Educación y Ciencia con los profesores doctores en Derecho penal, funcionarios o contratados por las Universidades españolas hasta 1986⁵³, un capítulo dedicado a la ciencia penal española moderna de Jiménez de Asúa⁵⁴, el trabajo breve de Antón Oneca⁵⁵, y la visión esquemática de relaciones e influencias de Cuerda Riezu⁵⁶, no existe en el Derecho penal, lamentablemente, un estudio definitivo de carácter amplio y profundo de todos los penalistas que ejercieron la docencia en la Universidad durante el siglo XIX ordenados de manera cronológica según una relación maestro/discípulo a modo de tabla o árbol genealógico que permita localizar fácilmente a un autor y conocer de manera sistemática sus ideas, de dónde procede científicamente y a cuántos discípulos ha formado. Haremos, no obstante, un esquema breve y general de la asignatura de Derecho penal en la Universidad española en la primera mitad del siglo XX, para poder situar en él al P. Montes.

Tras el nacimiento del Derecho penal como asignatura independiente en el año 1842 aparecieron los primeros nombres que formaron la primera generación de

⁵³ Vid. *Recursos humanos en investigación y desarrollo (Universidades y CSIC)*, editado por el MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, Dirección general de Política Científica, Madrid 1986, que contiene un listado de los profesores, funcionarios o contratados por las Universidades españolas hasta esa fecha, pues con posterioridad no existe listado general de doctores en Derecho penal.

⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. II, *Filosofía y Ley penal*, Buenos Aires 1950, pp. 31-139, donde pueden verse las diversas escuelas penales: la escuela clásica, la correccionalista, positiva y neopositivista, positivismo crítico y tendencia política criminal y otras tendencias penales.

⁵⁵ ANTÓN ONECA, J., “La generación española de la política criminal”, en JIMÉNEZ HUERTA, M. (ed.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires 1970, pp. 337-348.

⁵⁶ CUERDA RIEZU, A., “Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43 (1990), pp. 99-115.

penalistas españoles. Es el caso de Luis Silvela (1839-1903), José María Valdés Rubio (1853-1914), Pedro Dorado Montero (1861-1919), P. Jerónimo Montes Luengos (1865-1932), Pedro Isaac Rovira Carrero (1870-1936), Constancio Bernardo de Quirós (1873-1959), Quintiliano Saldaña (1878-1938), Eugenio Cuello Calón (1879-1963), Federico Castejón y Martínez de Arizala (1889-1972), Isaías Sánchez Tejerina (1892-1959); hasta llegar a Luis Jiménez de Asúa (1889-1970), del que fueron discípulos destacados José Arturo Rodríguez Muñoz (1899-1955) y José Antón Oneca (1897-1981).

Esta primera generación de penalistas fueron todos, a excepción del P. Montes, que era doctor, catedráticos de Derecho penal y tuvieron una significativa relevancia en la elaboración de textos penales. Es el caso de Luis Silvela (1839-1903), catedrático de Derecho Penal y Mercantil de la facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, además de académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que fue autor del proyecto de Código Penal en 1884, que presentaría su hermano Francisco Silvela en las Cortes⁵⁷.

Donde el Derecho penal empezó a despertar como disciplina realmente fue con Pedro Dorado Montero (1861-1919), quien introdujo el positivismo jurídico en España frente al iusnaturalismo católico tradicional. Considerado el mayor representante del correccionalismo español y un adelantado de la Criminología radical fundaba el

⁵⁷ Escribió: *La familia foral y la familia castellana*, Madrid 1863; *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1879-1884; y *El Código penal y el sentido común*, Madrid 1886.

Derecho penal como un instrumento de control social de las clases hegemónicas o poderosas para someter y controlar a las desposeídas⁵⁸.

Importante también fue la labor de Quintiliano Saldaña (1878-1938) en la docencia y como vocal permanente de la Comisión general de codificación y director de la Escuela de Criminología de la Universidad de Madrid desde donde dirigió los Comentarios al Código penal de 1870.

Amigo personal del P. Montes fue Eugenio Cuello Calón (1879-1963), catedrático de Derecho penal en las Universidades de Barcelona en 1910 y de la de Madrid en 1940, donde llegaría a ser decano. Fue fundador y director del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, que puede considerarse la Revista más relevante de Derecho penal en España durante todo el siglo XX. Presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona, académico de las Reales Academias de Jurisprudencia y de Ciencias Morales y Políticas, fue nombrado en varias ocasiones Vocal de la Comisión General de Codificación y participó en la Comisión redactora del Código Penal de 1928, caracterizado por un excesivo rigor al prever la pena de muerte para un buen número de delitos. Fue otro de los penalistas representativos del Régimen favorable a la

⁵⁸ P. Dorado Montero desarrolló una intensa teoría doctrinal de entre la que cabría destacar la publicación de obras como: *"Problemas jurídicos contemporáneos"* Madrid 1893, *"Del Derecho Penal represivo al preventivo"*; *"Bases para un nuevo Derecho Penal"*, Barcelona 1902; *Valor social de leyes y autoridades*, Barcelona 1903; *Nuevos derroteros penales*, Pamplona 1905, (reed. 1999); *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid 1905, (reed. 1999, Jiménez Gil, Pamplona); *El derecho y sus sacerdotes* (1910); *La Psicología criminal en nuestro derecho legislativo (La psicología criminal en la legislación española)* (1911); *El Derecho protector de los criminales (I-II)* (1911), reed. 1999, Pamplona, Analecta; *Naturaleza y función del derecho* (obra póstuma, reed. 2006 por Editorial Reus). Sobre su abundante biografía puede verse: ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1950; VALLS, F. J., *La filosofía del derecho de Dorado Montero*, Granada 1971; BLANCO RODRÍGUEZ, J. A., *El pensamiento político de Dorado Montero*, Salamanca 1982; BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, HERNÁNDEZ MONTES, B., *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero: un episodio de la Restauración salmantina*, Salamanca 1984; SÁNCHEZ, G., *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*, Junta de Castilla y León 1990.

pena de muerte⁵⁹, crítico hacia la homosexualidad⁶⁰, que consideraba el Derecho penal autoritario como un instrumento para fortalecer y reforzar la autoridad del Estado a expensas de las garantías individuales que inspiran el Derecho penal liberal⁶¹, lo que le valió severas críticas por parte de sus compañeros⁶².

Catedrático de Sevilla y Magistrado del Tribunal Supremo fue Federico Castejón y Martínez de Arizala (1889-1972), quien participó activamente en el Anteproyecto de Código penal formulado por Falange Española en 1938 de ideología muy próxima a las disposiciones vigentes en la Alemania nazi que, junto al Proyecto del Ministerio de Justicia de 1939, inspiraron el texto definitivo del Código penal de 1944 del que fue también redactor⁶³, y que se caracterizó por su severidad sustentada en principios netamente autoritarios, con continuas referencias al Cristianismo y al sentido católico de la vida, al estar construido sobre la base del programa político del nacional-catolicismo. El texto llegó a considerar delitos sexuales toda desviación del sentido católico del matrimonio, reincorpora el *uxoricidio por adulterio* e incluso mantiene la pena de muerte incrementándola a gran número de delitos, especialmente los delitos políticos⁶⁴.

⁵⁹ CUELLO CALÓN, E., “Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1953, pp. 493 y ss.

⁶⁰ Idem, “Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1954, pp. 500 y ss.

⁶¹ Idem, “Sobre el Derecho penal de la posguerra”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1954, pp. 240 y ss.

⁶² Jiménez de Asúa le calificó como un “*bienquisto del franquismo*” que “*prestó al franquismo servicios que le eran gratos*”, considerando su obra un conjunto de volúmenes “*que carecen de la estructura de un auténtico Tratado, por su inorgánica factura y por su absoluta falta de originalidad*”. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, T.1, *Op. cit.*, pp. 813 y 824. Aunque es cierta la total adhesión de Cuello Calón al movimiento nacional y su compromiso con el Régimen franquista, no conviene olvidar que Cuello Calón ocupó la Cátedra en la Universidad Central de Madrid cuando Jiménez de Asúa tuvo que dejarla vacante para emprender el exilio, lo que acrecentó su crítica más mordaz hacia su persona y, en especial, hacia su obra.

⁶³ CASTEJÓN, F., *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid 1946, p. 4.

⁶⁴ Luis Jiménez de Asúa criticó su falta de escrúpulos (diputado en la monarquía, aduló la república y, tras el triunfo de Franco, falangista decidido) así como ser un hombre sin talento que formó parte del “*atropellado haz de penalistas*” que llegó a las prensas durante el franquismo “*a pesar de sus muchos años, que le exigían formalidad*”. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, p. 899.

Alumno del P. Montes fue Isaías Sánchez Tejerina (1892-1959), catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, que pronto se olvidó de las enseñanzas de su maestro⁶⁵. Aunque la primera edición de su *Manual de Derecho penal*, en 1937, fundamentaba el Derecho penal en un orden moral impuesto por Dios, sin embargo, en su obra se perciben rasgos autoritarios como su defensa de la pena de muerte, que había sido derogada durante la Segunda República en el Código Penal de 1932, y que él considera insustituible, intimidante y ejemplar: “*no dejando transcurrir demasiado tiempo entre el delito y la ejecución de la pena*”⁶⁶, que amparaba en la legítima defensa (no personal, sino del propio Estado), por lo que recomendaba fusilamientos inmediatos sin posibilidad de recurso ni de indulto, afirmando que:

*“Si un hombre puede dar muerte a otro obrando en propia defensa, ¿cómo vamos a negar al Estado el derecho a defenderse, contra sus enemigos interiores, cuyo peligro actual e inminente está demostrado y sus ataques injustos son ciertos? No habrá más que examinar cuidadosamente este requisito: Necesidad racional de la pena de muerte para defenderse el Estado”*⁶⁷.

También Tejerina se mostró partidario de las penas corporales, fundamentalmente los azotes contra los profesionales del hurto, los borrachos, los

⁶⁵ Era Sánchez Tejerina un reaccionario convencido de la necesidad de un sistema penal autoritario basado en ideas fanáticas y crueles, antiliberales y anti-garantistas. Jiménez de Asúa no sólo lo ignoró en su monumental Tratado, sino que lo colocó dentro del grupo de penalistas más grises pues intelectualmente era poco delicado.

⁶⁶ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, Salamanca 1937, p. 340.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 340.

blasfemos, los autores de actos impúdicos contra la moral y las buenas costumbres⁶⁸. Es más, su lección inaugural del curso académico 1940-1942 de la Universidad de Salamanca se llamó *Oración inaugural* donde señaló que el Alzamiento Nacional Español fue un caso magnífico de legítima defensa en el que los crímenes cometidos por las fuerzas nacionales no podían ser imputados a sus autores, sino a las víctimas que habían provocado la situación e incitado una respuesta desfavorable⁶⁹. Tales manifestaciones le llevaron como recompensa a la Cátedra de la Universidad Central en Madrid que había quedado vacante por el fallecimiento inesperado de Quintiliano Saldaña, donde impartirá su ideología antidemocrática señalando como causas de la criminalidad la irreligión, la política basada en una autoridad débil, la economía socialista y la cultura ya que, a su juicio, el hecho de no saber leer y escribir favorece la aparición del crimen⁷⁰.

La cima máxima de todos los penalistas del siglo XIX y principios del XX se alcanzó sin duda con Luis Jiménez de Asúa (1889-1970). Accedió a la cátedra de Derecho penal de la Universidad Central de Madrid en 1918 cuando contaba con 28 años. Fue su maestro Constancio Bernardo de Quirós (1873-1959)⁷¹. Al margen de su intensa actividad política como diputado en varias legislaturas y como ministro de la República, llegando a ser Presidente de la II República en el exilio, destacó en la elaboración de la Constitución de la II República y en otras importantes leyes de aquel periodo. En materia de Derecho penal, presidió la subcomisión penal de la Comisión jurídica asesora al ser disuelta la Comisión general de codificación, que llevó a la

⁶⁸ *Ibidem*, p. 342.

⁶⁹ *Idem*, I., *Oración inaugural del curso 1940-1941*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1940.

⁷⁰ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, Madrid 1947, pp. 112-117.

⁷¹ En la necrológica escrita por Jiménez de Asúa en la Revista "*Estudios de Derecho Penal y Criminología*", en 1963, dice: "*Fue en España el único maestro mío, digno de tal nombre*".

publicación del Código penal de 1932 que fue el primero en la historia de España en suprimir la pena de muerte, promoviendo una humanización del catálogo de delitos y a la que se abocaron prestigiosos catedráticos del momento como José Antón Oneca (1897-1981) y Juan del Rosal Fernández (1908-1973).

José Antón Oneca (1897-1981) sucedió, con 25 años de edad, al difunto Pedro Dorado Montero. Intervino en la redacción del Código Penal de 1932. Tras una década en la docencia fue designado por la República magistrado del Tribunal Supremo (a los 35 años). Fue hecho prisionero por el bando nacional durante la Guerra civil, sufriendo un largo periodo de reclusión, y tras salir, no sólo no regresaría a la Judicatura, sino que le costó recuperar su Cátedra, que obtuvo en Salamanca en 1941 y en la de Madrid en 1961. Dirigió la revista penal más relevante del momento, el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, de la que fue expulsado.

Por su parte, Juan del Rosal Fernández (1908-1973), era partidario de un Derecho penal de autor al que le caben todas las penas posibles, incluida la pena de muerte, pues consideraba el Estado como un medio instrumental para la realización de la idea española, y para ello el Derecho penal debía plantearse la responsabilidad de la persona humana frente al superior concepto político de la Comunidad, y la separación de esta persona humana de la Comunidad cuando se pruebe su obstinación de no convivir en esta Comunidad, con penas que irían desde la pérdida de la vida hasta sus derechos⁷².

⁷² DEL ROSAL, J., *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid 1942, pp. 269-280.

La prolífica literatura de Jiménez de Asúa culminó con los siete tomos de su famoso *Tratado de Derecho penal*, que quedó inconcluso, lo que no le desmerece el valor de ser uno de los mejores textos penales. Por el conjunto de su obra fue considerado el máximo penalista español de todos los tiempos pues asumió la teoría jurídica del delito que supone el eje central de la moderna ciencia jurídico-penal.

Destacó como hombre de principios, por lo que fue beligerante con las dictaduras de Primo de Rivera y la de Franco, lo que le llevó al exilio por el único cargo de haber apoyado activamente a Miguel de Unamuno en un proceso abierto por combatir la dictadura, lo que no le impidió difundir la teoría del delito y los principios de un Derecho penal garantista y democrático⁷³.

En este contexto jurídico, destacó el P. Jerónimo Montes como un penalista humano y cuya actitud y pensamiento podríamos calificar de *cientifismo prudente*, apartándose de los excesos de la escuela positivista sobre la peligrosidad sin delito. En su obra lo que late fundamentalmente es la influencia de los grandes maestros teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII que pretendían buscar una explicación al delito dentro de una concepción ética, teológica y antropológica. Es por ello, que el P. Montes se interesó más por el aspecto humano y no cientifista ni positivo del Derecho penal.

Decía el P. López Riocerezo que el P. Montes tuvo que luchar en aquellos primeros años del presente siglo en medio de un ambiente nada fácil, no solo por el

⁷³ Sobre la abundante bibliografía de Jiménez de Asúa, vid. MUÑOZ CONDE, F. J., “Don Luis Jiménez de Asúa y las modernas tendencias en la ciencia del derecho penal” y DE RIVACOBAS Y RIVACOBAS, M., “El derecho penal en el mundo hispánico antes y después de Jiménez de Asúa”, ambos en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (núm. extra 11), *Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa* (1986), pp. 467-482 y 263-278, respectivamente.

contexto histórico e ideológico, sino por las figuras de gran relieve que destacaban dentro del campo penal español:

“Sin olvidar el sectarismo de aquellos momentos nada propicios para un debutante profeso en una Orden religiosa que tendría que habérselas con figuras y personajes de tan elevada talla”⁷⁴.

⁷⁴ *Ibíd*em, p. 5.

CAPÍTULO SEGUNDO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL DEL P. JERÓNIMO MONTES. PERSONALIDAD.

2.1. Trayectoria biográfica e intelectual

El P. Jerónimo Montes Luengos nació en Matanza (León) el día 30 de septiembre de 1865⁷⁵.

Ingresó de novicio en el Colegio de los Agustinos Filipinos de Valladolid donde profesó de votos simples el día 16 de octubre de 1883 y de solemnes en La Vid (Burgos) tres años después, siendo ordenado presbítero el 28 de diciembre de 1889.

Finalizada su carrera eclesiástica en El Escorial, cursó la de Derecho en la Universidad de Valladolid obteniendo la licenciatura en 1893 y doctorándose posteriormente en Derecho en la Universidad Central de Madrid con una tesis titulada

⁷⁵ Para una mayor amplitud sobre su biografía vid.: CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, Fco. J., “Jerónimo Montes Luengos” en *Diccionario biográfico español*, t. XXV, Real Academia de la Historia, Madrid 2012, pp. 602-603; DEL ESTAL, G., “El Padre Jerónimo Montes en la penología española, por el Padre José María López Riocerezo”. Recensión, en *La Ciudad de Dios*, 1952, p. 412-416; FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M. “Penalistas ilustres”, en *Nueva Etapa*, 1-I-1912, 3; GARCÍA SUÁREZ, E. “Labor jurídico-penal del Padre Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, 9 (1930), 9 pp. 211-234; GARCÍA SUÁREZ, E. “Labor jurídico penal del Padre Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, 1932, pp. 21-55; GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores agustinos de El Escorial*, Madrid 1996, pp. 735-44; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “Necrología del P. Jerónimo Montes”, en *Revista de Derecho Público*, 1932, p. 9; LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Labor jurídico penal del P. Agustino Jerónimo Montes en la Historia del Derecho Penal Español*, Madrid 1952, p. 13; MANRIQUE, A. “Montes, Jerónimo”, en *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*. Madrid 1972-1975, Vol. III, pp. 1725 y ss; MARTÍNEZ GARCÍA, F. “El Derecho Penal del P. Montes”, en *La Ciudad de Dios*, 1918, pp. 449-464; MARTÍNEZ GARCÍA, F. “Nota necrológica”, en *Religión y Cultura*, 1932, pp. 143 y ss.; MONASTERIO, I. *Místicos agustinos españoles*. El Escorial 1929, Vol. II, pp. 318-324; RODRÍGUEZ LLAMOSI, J. R., “El P. Jerónimo Montes. Un penalista inolvidable en la ciencia penal española” en *La Ciudad de Dios*, vol. 227, núm. 3, 2014, pp. 669-705; SÁNCHEZ TEJERINA, J. “Un gran penalista español: el Padre Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, 1944, pp. 5-15; SANTIAGO VELA, G. “Ensayo de una biblioteca iberoamericana de la Orden de San Agustín. Madrid 1913-1925, Vol. V, pp. 580-585; ZARCO CUEVAS, J. *Escritores agustinos de El Escorial. 1885-1916. Catálogo bio-bibliográfico*. Madrid 1917, pp. 189-199.

“*Los principios del Derecho penal según los escritores del siglo XVI*”; leída en el año 1902⁷⁶ y publicada al año siguiente⁷⁷.

Tras ser nombrado Lector de la Provincia, título que le fue concedido el 20 de julio de 1892, y profesor del Colegio Alfonso XII de El Escorial, se trasladó a los Estudios Superiores de El Escorial donde tuvo su residencia habitual en la que estuvo encargado de la cátedra de Derecho Penal, siendo el primer profesor de la asignatura y del primer claustro de esta Universidad.

En el año 1897 publicó su primera monografía importante con el título *La pena de muerte y el derecho de indulto*⁷⁸.

En 1908 fue nombrado Rector de los Estudios Superiores de El Escorial, cargo al que renunció a los pocos meses “*consciente –dice López Riocerezo- de su carácter en extremo indulgente y bondadoso, ya que enfrascado en los estudios ignoraba las pequeñeces y menesteres de la vida cotidiana*”⁷⁹.

En 1903 fue elegido para ocupar el cargo de Secretario Provincial y Definidor suplente, que pasó a ser efectivo tras la muerte del P. Ildefonso Rodríguez que ocupaba el mismo, cargo para el que fue reelegido en los Capítulos Provinciales celebrados en

⁷⁶ Dicha tesis, manuscrita por el P. Montes, es inédita y actualmente el único ejemplar de la misma se encuentra en el depósito de tesis doctorales procedentes de la Universidad de Madrid que conserva la Universidad Complutense. Consta de 150 hojas. Puede verse nuestro trabajo donde se detalla el hallazgo del citado manuscrito en RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El doctorado del P. Jerónimo Montes Luengos en la Universidad Central de Madrid” en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* 51 (2018).

⁷⁷ MONTES LUENGOS, J., “Los principios del derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI”, en *La Ciudad de Dios* 60 (1903), pp. 557-64; pp. 633-41; 61 (1903), pp. 121-33, pp., 301-09, pp., 364-72, pp., 454-63, pp., 628-39; 62 (1903), pp. 18-28, respectivamente.

⁷⁸ MONTES LUENGOS, J., *La pena de muerte y el Derecho de indulto*, Madrid 1897.

⁷⁹ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, p. 10.

1912 y 1916, siendo designado en 1920 para representar a la Provincia en el Capítulo General de ese mismo año.

En 1909 fue investido Maestro de Sagrada Teología. Ese mismo año fue nombrado ponente en dos secciones para el primer Congreso nacional Penitenciario que se celebró en el mes de mayo Valencia, coincidiendo con la Exposición regional⁸⁰.

En el año 1911 publicó su siguiente obra monumental titulada *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*⁸¹, a la que siguió en el año 1917 su gran tratado de Derecho penal titulado *Derecho penal español*⁸², “consagrado principalmente – en sus propias palabras- a la preparación de mis alumnos del Escorial”⁸³ que, sin embargo, se configuró como una obra ejemplar en el ámbito del Derecho penal y que constituye, el más importante Tratado de Derecho penal de la época llegando a tener la más alta consideración de los que había en España.

Cuando estaba trabajando en una amplia obra que llevaría por título “*Historia de la Ciencia penal española*”, de la que publicó pequeños esbozos en la revista *La Ciudad de Dios* pendientes de su costura final, le sorprendió la muerte el día 22 de junio de 1932, falleciendo a la edad de sesenta y siete años, tras llevar cincuenta años de religioso.

⁸⁰ Por su enorme importancia, la prensa se hizo eco de este acontecimiento. El diario ABC de jueves 18 de febrero de 1909, Edición 1ª, insertó en su p. 11, las bases para este Congreso: “tan amplias como demanda la moderna orientación en los estudios de tal índole, y que al efecto la Comisión organizadora, en la circular de propaganda, anuncia”.

⁸¹ MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid 1911.

⁸² Idem, *Derecho penal español*, 1ª ed. Imprenta del Real Monasterio, Madrid 1917.

⁸³ *Ibidem*, p. 8.

2.2. Personalidad

El P. Jerónimo Montes Luengos fue una persona poco dada a mostrar su intimidad, pero su obra emite los destellos suficientes para poder captar su personalidad. Fue por naturaleza un hombre de corazón lo que determinó su gran generosidad hacia los demás, aunque realmente fue un hombre solitario y silencioso. Se pueden destacar dos rasgos en torno a los cuales se puede vislumbrar la dirección de su mente y su espíritu: su catolicismo y su patriotismo.

El P. Montes era religioso. Este rasgo es la piedra angular de toda su personalidad. Y lo fue de manera activa (comprometido con la realidad política y social) y contemplativa (con miras a la propia salvación individual). Portador del depósito de la fe trató de responder creadoramente a los problemas sociales de su tiempo llegando a enfrentarse con los católicos más ortodoxos y, por supuesto, con los liberales krausistas.

No fue, de hecho, ajeno a los problemas morales y escribió literatura ascética. *Redención moral de la juventud. Ejercicios espirituales y lecturas piadosas para jóvenes universitarios*⁸⁴ son escritos espirituales para que puedan servir de meditación a esos jóvenes alumnos que tanto amaba, para que no perezcan en el naufragio de la juventud y en los que muestra sus dotes de educador y pastoralista.

También era patriota. Lo fue tanto que católico. Y ambos aspectos estaban tan íntimamente unidos en él que era imposible separar el uno del otro. Se sentía español por nacimiento y por convicción, de forma natural e histórica. No sólo nació español

⁸⁴ MONTES LUENGOS, J., *Redención moral de la juventud. Ejercicios espirituales y lecturas piadosas para jóvenes universitarios*, Madrid 1920.

sino que quiso serlo ahondando en la Historia de España, especialmente en las ideas de los escritores teólogos y filósofos de los siglos XVI y XVII, estimulando con sus estudios a conocer y amar nuestra propia historia y las ideas de sus pensadores tradicionales como preámbulo y empuje para encarar los problemas presentes y el futuro.

Su obra narrativa también denota su patriotismo, ese amor por España en todas y cada una de sus facetas: histórica, geográfica, literaria, etc. Y en esas obras narrativas grabará su concepto de patria con novelas histórico-psicológicas que ensalzan las glorias y las infamias de las desdichas coloniales y la psicología del mundo político de aquellos días de abrumadora pesadilla. *El Destino*⁸⁵, novela sobre la guerra de Cuba, que tanta angustia le produjo; *El alma de Don Quijote*⁸⁶ y *La Justicia humana*⁸⁷ sobre la impresión que le produjo al autor verse precisado a prestar auxilios espirituales a tres reos de muerte. Dice el P. López Riocerezo:

*“Nos pinta y describe con profusión de detalles las inútiles heroicidades de nuestro valiente y sufrido ejército por sostener y conservar lo que hijos bastardos y gobiernos indolentes y sin conciencia, vilmente ponían en manos de nuestros enemigos”*⁸⁸.

Las semblanzas que he leído acerca del P. Montes dicen de él que tenía la virtud de los sabios: hablaba poco y meditaba mucho, que era un religioso ejemplar, un trabajador infatigable, perfectamente disciplinado y apartado del mundanal ruido, y que

⁸⁵ MONTES LUENGOS, J., *El destino*, Madrid 1904.

⁸⁶ Idem, *El alma de Don Quijote*, Madrid 1911.

⁸⁷ Idem, *La justicia humana*, Madrid 1901. También vid. en *La Ciudad de Dios*, Vols. XL, L y LI.

⁸⁸ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M. *Op. cit.*, p. 8.

era un hombre de rectitud intachable, con apariencia de rígida e imponente seriedad y carácter fuerte, pero bueno, esencialmente bueno. Defensor de la caridad, el trato humano, el alimento sano y abundante y la higiene en las prisiones y la redención de penas por el trabajo. Le dolía la inmoralidad de ciertas clases sociales y la indiferencia religiosa, que consideraba fuente de la delincuencia. Decía alto y fuerte que existe una causa suficiente para pervertir a los niños que explica el aumento de la delincuencia juvenil: la carencia de sentimientos religiosos. Y propugnaba para combatir la delincuencia una purificación doméstica y social llevando a la escuela, al hogar, a la sociedad una poderosa corriente de religión: el aire oxigenado y puro de la fe⁸⁹.

Todos estos rasgos dan idea de un estilo de vida forjado para el retiro, para el estudio, para la oración y la meditación, y de una inteligencia natural al servicio de los demás.

⁸⁹ SÁNCHEZ TEJERINA, I., “Un gran penalista español: El P. Jerónimo Montes”, en *La Ciudad de Dios*, El Escorial 1944, pp. 5-15; LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Labor jurídico penal del P. agustino Jerónimo Montes en la Historia del Derecho penal español*, Madrid, 1952, pp. 8-13; GONZÁLEZ MANUEL, R., “El P. Jerónimo Montes (1865-1932)”, en *Religión y Cultura*, Madrid 1932, pp. 143-144; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Necrología del P. Montes”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 9, 15 de septiembre de 1932, pp. 257-259.

CAPÍTULO TERCERO. LA APORTACIÓN DEL P. JERÓNIMO MONTES A LA CIENCIA JURÍDICA PENAL ESPAÑOLA

3.1. Aportaciones en el terreno doctrinal

3.1.1. Los principios del Derecho penal según los escritores del siglo XVI

La primera gran aportación del P. Montes al Derecho penal es el estudio relativo a *Los principios generales del Derecho penal según los escritores del siglo XVI*. Dicha obra, que constituyó su tesis doctoral leída en el año 1902, publicada al año siguiente⁹⁰, recopila los principios generales en los cuales se sustenta el Derecho penal según nuestros antiguos tratadistas del siglo XVI. En ella asigna una alta significación a teólogos como Alfonso de Castro, Domingo de Soto o Covarrubias, principalmente, a los que considera iniciadores de la ciencia del Derecho penal.

La tesis fundamental es que, a pesar de que se estudie hoy con más atención los principios de la ciencia penal, siempre se han conocido y han sido apuntados por los más ilustres pensadores de la Iglesia, siendo la moral la base de todas las cuestiones acerca de los delitos y las penas.

Esta tesis convierte al P. Montes en el primer penalista español que realizó un estudio serio de los orígenes del Derecho penal estableciendo los principios generales de esta ciencia jurídica a partir de la aportación de los teólogos del siglo XVI lo que le permitió cuestionar la celebridad de Beccaria y la atribución a éste de la paternidad

⁹⁰ MONTES LUENGOS, J., “Los principios del Derecho penal según los escritores españoles del siglo XVI”, en *La Ciudad de Dios* 60 (1903), pp. 557-564; pp. 633-41; 61 (1903), pp. 121-33; pp. 301-09, pp. 364-72, pp. 454-63, pp. 628-39; 62 (1903). pp 18-28.

intelectual de la ciencia del Derecho penal, al señalar, desde una clara perspectiva escolástica, abundante de críticas hacia las letras ilustradas, la anticipación de determinados pensadores patrios. Así afirmaba el P. Montes que:

“Si no fuera tan absoluto el olvido al que han estado condenadas las obras de nuestros teólogos moralistas, acaso ciertos errores no habrían obtenido carta de naturaleza entre nosotros, ni se tomarían como novedades científicas doctrinas ya expuestas y sabiamente tratadas por ellos. No se habría dicho, por ejemplo, que Beccaria fue el padre de la ciencia penal, ni se atribuiría a Hugo Grocio la formación del Derecho natural y de gentes, ni se daría por nuevas ciertas teorías acerca del Estado, que como tales, se nos presentan, y que se encuentran ya ampliamente expuestas en libros del siglo XVI”.⁹¹

Tesis valiente y digna de todo respeto, no sólo por el rigor de su desarrollo, sino por haber sido mantenida por historiadores tan prestigiosos en la época del P. Montes como Eduardo de Hinojosa, quien señaló:

“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

⁹¹ MONTES LUENGOS, J., “Los principios del Derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI” en *La Ciudad de Dios*, 60 (1903), p. 558.

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”⁹².

Esta fue también la opinión seguida por otros ilustres juristas y penalistas de calado científico que mantuvieron dicho origen con apoyo doctrinal en la tesis sustentada por el P. Montes, a quien, sin embargo, ignoraron en sus monografías arrinconándole en el olvido, como Juan del Rosal, Antón Oneca, Bernaldo de Quirós, Galo Sánchez⁹³, y hasta el mismo Quintiliano Saldaña quien, en 1922, desconociendo que años atrás ya lo había dicho el P. Montes, se atrevió a desmentir *el mito italianísimo del origen del Derecho penal*, afirmando que:

“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.”⁹⁴

⁹² HINOJOSA Y NAVEROS, E. “Influencia que tuvieron en el 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*, t. I, Madrid 1948, pp. 132-133.

⁹³ SÁNCHEZ, G. “Algunas observaciones para la historiografía del Derecho penal”, en CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal, parte general*, Barcelona 1926.

⁹⁴ SALDAÑA, Q, “Prólogo” en *Contribución al estudio de la Escuela penal española* de J. MASAVEU, Madrid 1922, p. XV. También en el “Prólogo”, bellísimo y erudito, que hizo a una de las muchas ediciones castellanas del famoso libro de Cesare Beccaria dijo: “...en esa categoría de libros sonados y eficaces –no de obras maestras- se inscribe su *Tratado De los delitos y de las penas*”. (Madrid 1930).

La historia de la ciencia penal, como decimos, no ha hecho justicia al P. Montes con este breve tratado, omitido por los tratadistas, y que constituye un olvido imperdonable, pues dicha obra es el primer estudio serio sobre el origen de la ciencia del Derecho penal español, que hasta la fecha de realización por el P. Montes no había sido realizada por nadie.

Tampoco la historia moderna y contemporánea ha hecho justicia a dicha obra, que ha sido omitida y olvidada por los penalistas más destacados de nuestra época. En el año 2013, el profesor Rodríguez Molinero, distinguido penalista, reeditó una nueva edición, revisada y reelaborada por el mismo, de su celebrada obra “*Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia penal*”; que había publicado en el año 1959 con motivo de la conmemoración del cuarto centenario de la muerte del ilustre teólogo zamorano Alfonso de Castro, acaecida en 1558, y que tantos aplausos recibió en su día. Sin embargo, en ella omite cualquier referencia a esta obra tan importante del P. Montes⁹⁵. Y lo mismo sucede con el estudio realizado en 1957 por Schaffstein sobre la ciencia europea del Derecho penal en el periodo humanista⁹⁶, al que puede añadirse el trabajo realizado por H. von Weber en 1953 sobre esta misma materia, también publicado en España⁹⁷ y la obra de Tomás y Valiente de 1959 sobre el Derecho penal en la Monarquía absoluta⁹⁸, en los cuales todos ellos omiten citar al P. Montes y, en particular, esta obra de referencia inevitable que fue la primera en trazar el origen del Derecho penal.

⁹⁵ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del derecho penal*, Navarra 2013.

⁹⁶ SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. J.M. Rodríguez Devesa, Madrid 1957.

⁹⁷ VON WEBER, H., “Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán”, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE) XXIII* 1953, pp. 717-735.

⁹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969.

La tesis del P. Montes, a la que queremos hacer justicia en nuestra tesis dándole el lugar que se merece en la historia de la ciencia del Derecho penal, es un breve tratadito, de apenas 150 hojas, pero bello, erudito, sustancioso y de deliciosa lectura que constituye, a nuestro juicio, la más completa aportación al conocimiento del origen del pensamiento jurídico penal. En éste trabajo apunta ya el P. Montes la que será su labor científica posterior en el área penal.

La obra muestra la alta significación de los teólogos del siglo XVI, principalmente de la obra de Alfonso de Castro, al que considera iniciador de la ciencia del Derecho penal, sin omitir otros destacados teólogos, que aportaron sus puntos de vista, como Diego de Covarrubias⁹⁹:

“Antes que naciera Grocio habían escrito sobre Derecho natural e internacional teólogos españoles tan ilustres como Vitoria, Domingo de Soto, Molina y Francisco Suárez; dos siglos antes que Beccaria, y con más fundamento, Alfonso de Castro dedicaba un extenso tratado al estudio de la penalidad, Luis Vives impugnaba con energía la prueba del tormento, y todos los moralistas españoles protestaban contra la crueldad y desproporción de ciertas penas arraigadas en toda Europa por una tradición de muchos siglos. Lo que sucedió es que la voz de estos insignes tratadistas se perdió en el vacío, mientras que la obra de Beccaria tuvo la suerte de llegar a tiempo, en una época de verdadera fiebre reformista, en que leyendas como la del pacto social

⁹⁹ Por cierto, llama la atención la afirmación de RODRÍGUEZ MOLINERO, M, *op. cit.* p 35, cuando califica a Covarrubias como un “*gran civilista, por cierto, pero secundario penalista*”, lo que denota un gran desconocimiento, no sólo de la obra del P. Montes, como ya hemos apuntado, sino de la vida y condición penal de éste, así como de su significación e importancia en el origen del Derecho penal, hecho que nadie discute hoy. Es más, el mismo año de publicación de la obra de Rodríguez Molinero sobre Alfonso de Castro apareció un excelente estudio del penalista y jesuita PEREDA, J, *Covarrubias penalista*, Barcelona 1959, que tampoco es objeto de mención en la reedición del libro de Rodríguez Molinero.

*pasaban por indiscutibles teorías filosóficas, y a pesar de todos sus defectos prosperaban”.*¹⁰⁰

Por eso, el P. Montes critica a la generación contemporánea, que se muestra orgullosa con los adelantos de las ciencias naturales y, sin embargo, manifiesta un desprecio por lo pasado; carece de preparación para estudiar las obras de los grandes filósofos y teólogos antiguos; y, ávida de doctrinas exóticas, que califica de absurdas e ininteligibles, desprecia lo que es de casa, y mira con aversión y desagrado todo libro cargado con el polvo de la antigüedad. Y señala:

*“La generación actual orgullosa con los adelantos y las brillantes conquistas de las ciencias físicas y naturales, manifiesta, por lo general, un supuesto desdén hacia todo lo antiguo; escasa por otra parte de preparación para estudiar las obras de nuestros grandes filósofos y teólogos y ávidas de doctrinas exóticas, más admiradas cuanto más absurdas o más ininteligibles, desprecia todo lo que es de casa y suele mirar con desdén todo libro cargado con el polvo de la antigüedad y cubierto con hojas de apolillado pergamino. Y sin embargo, bajo estas cubiertas y pergamino se hallan expuestas cuestiones y doctrinas que hoy mismo constituirían asuntos de actualidad”*¹⁰¹.

El P. Montes fue consciente de que en muchas de aquellas doctrinas se encuentran materias inútiles, pero hay conceptos luminosos. Sabía que el Derecho penal del siglo XVI era imperfecto, las leyes eran deficientes, las penas estaban inspiradas en la defensa social y eran desproporcionadas y crueles, pero también supo que aquellos

¹⁰⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 559.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 558.

teólogos comprendieron la situación, los defectos y los inconvenientes de la legislación penal. No eran reformistas, pero consiguieron que arraigaran en el Derecho penal viejas doctrinas que sirvieron de fundamento para un nuevo Derecho penal. Protestaron contra el abuso de poder, se declararon a favor del oprimido y proclamaron la corrección del delincuente como fin de la pena y afirmaron los principios de justicia como fundamento del castigo. Y tomó dichos conceptos que sirvieron de base a su tesis.

En un sentido similar, aunque matizando la influencia de la Iglesia en la apertura de aquella etapa humanitaria, se expresaba más tarde Jiménez de Asúa, cuando afirmaba que:

*“Lo cierto es que en tan oscuros y dilatados tiempos, en que el delincuente contaba su vida por noches, no faltaron voces ilustres, abundantes en España, que pedían la humanización de las penas, como Chaves, Sandoval y Cerdán de Tallada, que proclamaban la inutilidad de la pena de muerte, como Fray Martín Sarmiento, y que protestaron de los tormentos, como Juan Luis Vives, Feijóo, Alfonso de Azevedo y Lardizábal. Estos hombres preparaban el terreno para la Filosofía y para el Derecho penal liberal”.*¹⁰²

Tras situar el P. Montes el concepto general de ley, donde analiza la definición de la ley penal y sus características: las condiciones de su rectitud (*recta voluntas*), el sujeto potestativo (*eius qui vicem populi gerit*), la promulgación (*voce aut scripto promulgata*) y la intención de obligar (*cum intentione obligando subditos ad parendum illi*) así como su interpretación, destaca el principio *In poenis benignior est interpretatio*

¹⁰² JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. 1, Buenos Aires 1964, p. 247.

facienda, como corolario del principio de legalidad y la eficacia moral de las leyes penales¹⁰³.

Este problema de la obligatoriedad moral de las leyes penales, así como la cuestión de las leyes meramente penales, que fue una creación pura de Alfonso de Castro, ocuparon el debate jurídico habido entre canonistas y penalistas en el periodo histórico analizado por el P. Montes. No merece la pena dedicar atención a esta cuestión, ampliamente superada en el Derecho penal. Baste señalar, que el P. Montes, con perspicacia aguda, anota la existencia de dicho conflicto para establecer una distinción que es básica y que sirvió de fundamento al Derecho penal entre leyes puramente morales, leyes puramente penales y leyes mixtas y las aplicaciones prácticas de la categoría analizada en el Derecho hispánico de la época así como su influencia en los teólogos y juristas posteriores, especialmente Francisco Suárez.

Aunque el P. Montes aprecia la influencia del Derecho canónico en la eficacia penal de las leyes penales, no por ello deja de apreciar la distinción que ya surgió en el siglo XVI con Alfonso de Castro y Covarrubias entre leyes penales *ferendae sententiae* y leyes penales *latae sententiae* conforme a la cual mientras las primeras requieren una sentencia judicial para ser efectivas; en las segundas, en cambio, la sentencia está ya dada en la misma ley, por lo que surten su eficacia penal desde el momento mismo de la comisión del hecho delictivo, sin que resulte necesaria una sentencia.

Tampoco deja de apuntar el P. Montes, con precisión, las terminologías utilizadas por los autores del siglo XVI, cuando distinguían entre *delito*, *pecado* y *culpa*.

¹⁰³ MONTES LUENGOS, J., “Los principios del derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI”, en *La Ciudad de Dios* 60 (1903), pp. 633-41.

Es aquí donde surge, por primera vez, como apunta el P. Montes, un concepto genérico del delito como el quebranto o la ruptura llevada a cabo por un sujeto en contra del orden establecido (sea divino, natural o humano positivo)¹⁰⁴.

Y lo mismo sucede con el concepto de la pena considerada como un daño o privación de bienes, pero distinguiéndose entre la pena *contracta* (esto es, contraída o concomitante al delito) y la pena *aflicta* (es decir, impuesta por un juez), de donde derivan las distinciones entre pena y culpabilidad: *malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*¹⁰⁵.

Es también objeto de estudio el principio esencial de la proporcionalidad de la pena, cuestión que preocupó mucho al P. Montes acerca de la graduación judicial entre delito y pena; así como el papel desempeñado en la concreción judicial de la pena de la concurrencia de circunstancias agravantes, atenuantes (donde se incluyen algunas tan dispares como la edad, la pobreza, la ausencia de dolo, la costumbre o la incompetencia del juez), y eximentes (como la ignorancia, en cuanto eximente de la pena legal o el carácter oculto y la ocultación del delito, como eximentes de la pena jurídica); así como la justificación y las condiciones de la imposición y aplicación de la pena de muerte que los autores del siglo XVI entroncan con la conocida tesis tomista del miembro corrupto; lo mismo que el delito de herejía, de importancia central en aquellos autores del siglo XVI, que eran teólogos antes que juristas¹⁰⁶. Todas estas tesis dieron forma a un trabajo que fue la semilla de las posteriores y más precisas obras del P. Montes.

¹⁰⁴ MONTES LUENGOS, J., "Los principios del derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI", en *La Ciudad de Dios* 61 (1903), pp. 301-09.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 628-39.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 18-28.

3.1.2.- Tratado de Derecho penal español

La segunda gran aportación doctrinal del P. Montes al Derecho penal es un excelente tratado de Derecho penal titulado: *Derecho penal español*¹⁰⁷, que el P. Montes publicó en el año 1917 y del que diría que estaba “*consagrado principalmente a la preparación de mis alumnos de El Escorial*”¹⁰⁸, pero que se configuró como una obra ejemplar en el ámbito del Derecho penal pues llegó a convertirse en el más importante tratado de esta materia de la época, alcanzando la más alta consideración que había en España, debido a la escasez de tratados en dicha materia, y que contiene importantes aportaciones a la ciencia jurídica española.

3.1.2.1.- Situación académica: escasez e insuficiencia de tratados doctrinales penales.

La publicación en el año 1917 del tratado de *Derecho penal español* del P. Montes llegó en un momento en el que se lamentaba en España la escasez de tratados doctrinales de Derecho penal.

La obra *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España (1879-1884)*, publicada el año 1874 por Luis Silvela (1839-1903), aunque de notable importancia en las cátedras españolas, según la prensa de la época¹⁰⁹, resultaba, sin embargo, anticuada al no incorporar las novedades del nuevo Código Penal de 1884.

Lo mismo sucedía con la obra de su sucesor en la cátedra, José María Valdés Rubio (1853-1914), titulada: *Derecho penal: su filosofía, historia, legislación y*

¹⁰⁷ MONTES LUENGOS, J. *Derecho penal español*, 1ª ed., Madrid, 1917.

¹⁰⁸ *Ibidem*, vol. 1, p. 8.

¹⁰⁹ “Una obra de D. Luis Silvela”, en *El Imparcial* (Madrid), núm. 12980, 24 de mayo de 1903.

jurisprudencia, publicada en 1913, que era a todas luces inadecuada para los fines didácticos y poco recomendable por su carácter farragoso y difuso¹¹⁰.

De modo que, ante este panorama, sólo se contaba para la enseñanza del Derecho penal con el *Curso de Derecho penal* de Pedro Isaac Rovira Carrero (1870-1936) cuyo primer volumen se publicó en 1912 y el segundo se terminó tres años más tarde, en 1916, pero los dos volúmenes tan sólo comprenden la introducción y los problemas de la ley penal, por lo que volvía a ser a todas luces insuficiente.

Aunque en 1926 apareció el *Derecho penal* de Eugenio Cuello Calón (1879-1963), que se adaptó mejor a las necesidades de la enseñanza de esta disciplina, y que resultó ser una obra aceptable por su exposición clara y transparente, sin embargo, a nivel doctrinal se limitaba a exponer los diferentes pareceres de las distintas escuelas sobre cuestiones concretas dejando entrever, en numerosas ocasiones, la preferencia del autor por la escuela positivista, lo que le restaba parcialidad a su exposición.

Finalmente, el *Derecho penal. Contestaciones al Programa para las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y Ministerio Fiscal*, publicado en 1915 por Luis Jiménez de Asúa, no pasó de ser un temario adaptado al programa para aspirantes a la Judicatura sin contenido doctrinal.

Esta escasez de tratados penales provocó la importación de obras extranjeras traducidas al castellano, con gran esfuerzo por parte de nuestros profesores españoles, con lo que se alivió, en parte, la sequía de tratados, pero no se resolvía plenamente el

¹¹⁰ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op cit.*, p. 215.

problema pues dichas obras, pese a las espléndidas traducciones, no resultaban conformes con nuestras tradiciones patrias, al margen de estar plagadas de constantes anotaciones eruditas que entorpecían la lectura y el estudio¹¹¹.

De este modo, se difundieron en las Universidades españolas obras como el *Manual de derecho penal italiano* de 1895 de Enrico Pessina (1828-1916)¹¹², traducido por González del Castillo y adicionado por Aramburu Zuloaga y Cuello Calón; el *Tratado de Derecho penal* alemán de 1881 de Franz Ritter von Liszt (1851-1919)¹¹³, traducido por Quintiliano Saldaña y Jiménez de Asúa; los *Principios de Derecho penal* de Bernardino Alimena (1861-1915)¹¹⁴, formado por dos volúmenes publicados entre 1910-1912, cuyo primer tomo, traducido y anotado por Cuello Calón, trata fundamentalmente de la situación social del individuo antes de cometer un delito¹¹⁵; y el *Programa del curso de Derecho criminal* de Francesco Carrara (1805-1888)¹¹⁶, en diez

¹¹¹ El mismo P. Montes se quejaba de estas reiteradas y farragosas anotaciones en los textos y decía, no exento de toda razón, que fue un defecto muy común de las obras de Derecho, particularmente hasta mediados del siglo XVI, el de apuntalar cada palabra y cada frase, hasta la más trivial, con todo género de autoridades, resultando tal el cúmulo de citas, que hacía difícil averiguar, entre aquel laberinto de abreviaturas y números, cual es el pensamiento del autor, lo que calificaba de pésimo gusto. Y criticaba el que los escritores contemporáneos volvieran a incurrir en él. Vid. MONTES LUENGOS, J., "Introducción al estudio de la ley penal según la doctrina de los moralistas y juristas españoles", en *La Ciudad de Dios*, vol., CXXI (1920), p. 25.

¹¹² Jurista, filósofo y político italiano. Senador del Reino de Italia en el legislativo XIII.

¹¹³ Jurista y político alemán de origen austríaco, conocido por sus aportaciones en el campo del Derecho Penal y del Derecho Internacional Público. Von Liszt integró la corriente "*causalista naturalista*" en la teoría del delito a la que también pertenece Ernst von Beling. Según los causalistas naturalistas, la acción es una causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

¹¹⁴ Abogado y político italiano. Profesor en la Universidad de Cagliari y luego de Módena, donde permaneció durante quince años. Nombrado primer Alcalde Electo de la ciudad de Cosenza, se convirtió en diputado elegido en Cosenza College, pero renunció al cargo a los dos meses tras ser acusado de haber obtenido financiación del Gobierno.

¹¹⁵ Lo que toma en consideración es la Antropología: el hombre que tiene sentimiento de inferioridad de tipo genético-orgánico está condicionado a cometer delitos; y la Sociología criminal: la costumbre y las leyes están implicadas dentro el código positivo, la vulneración de éstas por el individuo se da por la miseria en que se encuentra. De modo que, el individuo comete delitos en función del status que la sociedad le impone: el desempleo, la miseria y la predisposición por falta de frenos inhibitorios para cometerlos.

¹¹⁶ Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Pisa, está considerado el mayor representante de la Escuela clásica del Derecho penal italiano y se distinguió por su oposición a la pena de muerte. Tuvo influencia en la redacción del primer Código Penal italiano y en el posterior Código Penal de 1889, conocido en Italia como Código Zanardelli.

volúmenes, publicado en 1859, que recogía sus once años de experiencia docente, que fue traducido y anotado por Jiménez de Asúa.

Todas estas obras, con sus traducciones y anotaciones excesivas, pero no adaptadas a nuestro Derecho nacional, hicieron necesaria la elaboración de una obra que recogiera precisamente las doctrinas tradicionales de nuestros antiguos tratadistas, pero al mismo tiempo combinara las corrientes modernas de esta disciplina para que fuera una obra fiable, definitiva y suficiente para los estudiosos de la Ciencia penal. Y en este momento de manifiesta depresión del estado de la Ciencia penal en España, el P. Montes se atrevió con una obra monumental y fundamental que es su excelente tratado de Derecho penal español.

3.1.2.2.- Características de la obra

La primera edición del tratado del P. Montes se agotó inmediatamente de modo que el autor publicó, en el año 1929, una segunda edición en la que fijaremos principalmente nuestra atención, en la que corrigió notablemente a la anterior, mejoró la sistemática de la obra, manteniendo inalterables los principios de justicia y de moral que el P. Montes consideraba piedras angulares de un verdadero Derecho Penal, e incorporó las novedades introducidas por el reciente Código de Derecho Penal de 1928¹¹⁷,

¹¹⁷ Entre las novedades de este Código Penal destacaba el hecho de apartarse de la línea clásica y liberal, incorporando el principio de defensa social, lo que suponía la introducción del "*dualismo*" situando junto a las penas, por primera vez, las medidas de seguridad, que restringían la libertad del delincuente en función de su peligrosidad social. Reguló el delito continuado, la tentativa imposible, la consideración del encubrimiento como delito autónomo y la condena condicional. Mantiene la misma estructura en tres libros más un título preliminar dedicado a la ley penal y a su esfera de aplicación. Y en la Parte Especial se tipifican, entre otras nuevas figuras, la difamación, el chantaje y la usura. El nuevo Código penal fue criticado desde sus inicios por el rigor en el castigo al reo y la frecuencia con que se imponía la pena de muerte, llegándose inclusive a relacionar el Código penal de 1928 con la ideología fascista. El Colegio de Abogados de Madrid solicitó en 1930 que se derogara y volviera a ponerse en vigencia el Código Penal de 1870.

promulgado bajo la dictadura de Primo de Rivera, y ordenado por el Ministro de Justicia don Galo Ponte Escarpín, y cuyo redactor principal fue su amigo personal Eugenio Cuello Calón¹¹⁸.

Como características propias de este tratado pueden destacarse en una primera línea su clara exposición que se ajusta a un método sistemático, empleando una erudición selecta con remisión a las fuentes clásicas con un amplio aparato bibliográfico¹¹⁹.

Ya en el *Prólogo* comienza reconociendo la dificultad y laboriosidad que entraña escribir un tratado de estas características debido al número de opiniones y escuelas, lo que había generado mucha confusión, así como por haber incorporado otras ciencias no jurídicas problemas totalmente ajenos al Derecho penal, lo que hacía incluso casi temeraria la realización de tal intento, hasta el punto de que el mismo P. Montes reconoce que : “*apenas se escriben más que monografías o tratados especiales sobre estos asuntos*”¹²⁰.

El tratado recoge las convicciones penales profundas del P. Montes asentadas sobre los principios de la Teología Moral y de la Filosofía cristiana como la libertad humana, la imputabilidad y la responsabilidad moral e incorpora las doctrinas, las opiniones, los sistemas penales, de forma crítica, así como nuestras tradiciones auténticas que el P. Montes conocía bien, pues no hay que olvidar que supo leer y gustar

¹¹⁸ Nacido en 1879 y fallecido en 1963, fue un insigne Catedrático de Derecho penal en Granada, Barcelona y Madrid y primer director del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Amigo personal del P. López Riocerezo a quien, por cierto, éste dedicó una necrológica en la que, sorprendentemente, reproduce las mismas palabras de afecto que había dedicado al insigne maestro y compañero de hábito, el P. Montes, al que llamaba “*anciano niño*”.

¹¹⁹ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, p. 217, quien lo califica de “*excelente*”.

¹²⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol. 1, p. 5.

las obras clásicas de los grandes maestros del pasado a los que conocía y amaba por su patriotismo, pues fue un gran defensor de lo que era puramente español, y de los que tomó su sabiduría a la hora de exponer los principios, las reglas, los contenidos y las definiciones del Derecho penal.

Fundamentalmente, el P. Montes sostiene que la razón del derecho de castigar se encuentra en la tutela jurídica rechazando, por lo tanto, aquellas doctrinas utilitarias que parten de la consideración de la justicia como una idea ajena al fin supremo del bien común. Es, por este motivo, por el que se opone a los positivistas que tratan de defender a la sociedad del delincuente al que consideran como un animal peligroso con el que se puedan emplear cualesquiera medios de investigación¹²¹, y que fueron secundadas por penalistas como Cuello Calón¹²².

Otra de las grandes tesis del P. Montes es la defensa del libre albedrío como base de la imputabilidad; concibe la pena como expiación que ha de cumplir una función retributiva; aborda los problemas, que son tan actuales, como la delincuencia de los menores o las medidas de seguridad; cuestiona la sentencia indeterminada; acepta las novedades, siempre que estén basadas en la justicia y la conveniencia social, por lo que rechaza lo inmoral, injusto y perjudicial; y aborda los problemas que plantea la

¹²¹ Según la Escuela positivista el delincuente es un prisionero de su propia patología (determinismo biológico) o de procesos causales ajenos al mismo (determinismo social): un ser esclavo de su herencia, encerrado en sí, incomunicado de los demás, que mira al pasado y sabe, fatalmente escrito, su futuro: un animal salvaje y peligroso. Dentro de la escuela positivista se dan una serie de clasificaciones para los delincuentes. Estas clasificaciones fueron expuestas por Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, principalmente.

¹²² De hecho, años después de publicar el P. Montes su tratado, el profesor CUELLO CALÓN, al estudiar “*Los nuevos métodos de investigación criminal y los derechos de la persona*” manifestaba que, a pesar de los alegatos en su favor, repugna profundamente la admisión de tales métodos y su adopción como medio de investigación judicial, agregando que el empleo de sustancias narcóticas es incompatible con el espíritu del proceso penal moderno calificando a este procedimiento de alevoso, y afirmaba que el narcoanálisis es un excelente medio de diagnóstico que debe ser admitido en la práctica psiquiátrica, pero nunca como procedimiento de investigación criminal. CUELLO CALÓN, E., “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, II, fase I*, enero-abril 1949, pp. 43-49.

Antropología criminal y la Sociología criminal donde, según Sánchez Tejerina: “establece principios que, de haberse tenido en cuenta por gobernantes y legisladores, habrían sin duda evitado las sangrientas luchas habidas entre los españoles”¹²³.

Al contenido de estas grandes tesis que son aportaciones a la ciencia jurídica penal dedicaremos seguidamente nuestra atención, profundizando en los conceptos tratados y en qué medida suponen una aportación al Derecho penal.

3.1.2.3.- Aportaciones al Derecho penal

3.1.2.3.1.- Las bases de orden moral de la Ciencia penal.

En el primer volumen del tratado *Derecho penal español*, el P. Montes expone una cuestión sumamente interesante: cuáles son los principios básicos de orden moral precisos para acometer el estudio de la Ciencia jurídica penal. Considera que la Ciencia penal tiene un fundamento en estas bases, pero comienza lamentándose:

*“Es un hecho, desgraciadamente, la falta general de preparación en estas cuestiones, y nadie puede negar la necesidad de sentar bien las bases de nuestra ciencia y fijar los conceptos de constante aplicación como son los de orden moral, orden jurídico, conciencia, libertad, imputabilidad, responsabilidad, culpa, sanción, etc.”*¹²⁴

¹²³ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Op. cit.*, p. 13.

¹²⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, Prólogo, 1ª ed., p. 8.

Estos conceptos morales (conciencia, libertad, imputabilidad, responsabilidad, culpa, sanción, etc.) a los que alude el P. Montes tienen, a su juicio una importante trascendencia jurídica en la Ciencia penal. Por eso, hace un interesante resumen de la moral cristiana, que considera la moral de toda sana filosofía, al mismo tiempo que del sentido común según los datos de la experiencia psicológica y la experiencia externa. Señala la diferencia entre el modo de ser y obrar del hombre y los demás seres de la naturaleza. Apunta que éstos se rigen por leyes físicas, de acuerdo con su naturaleza física; y, en cambio, aquellos, por las leyes morales, de acuerdo con la suya propia. Y distingue que las leyes por las cuales se rigen los seres físicos son mecánicas, fatales, necesarias, y, por consiguiente, *necesariamente* se cumplen; mientras que las leyes reguladoras de la conducta humana son morales, y esto quiere decir que el hombre, dado que es un ser dotado de libertad, puede ajustar su conducta a ellas o, por el contrario, quebrantarlas¹²⁵.

a.- Primera base: La ley moral.

Para el P. Montes, la base de la conducta humana es la ley moral. Pero, ¿qué entiende el P. Montes por ley moral? La ley moral sería, a juicio del ilustre agustino, aquella norma directiva de la conducta humana, a la cual estamos obligados *-no forzados-* a someternos y que se caracteriza por¹²⁶:

- Ser *esencial* en cuanto a la naturaleza racional del hombre y *necesaria* en cuanto a su existencia, pero *contingente* en su cumplimiento;

¹²⁵ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol. I, p. 16.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 17.

- Tener una realidad objetiva: no es producto de la razón ni de la evolución. La razón conoce la verdad, pero no la crea;

- Carecer de evolución. Puede evolucionar el conocimiento de la misma y lo que tiene de contingente en su aplicación y cumplimiento; y

- Fundarse en la naturaleza esencial de las cosas, pero su origen se encuentra en Dios, legislador supremo y autor de la criatura racional¹²⁷.

b.- Segunda base: La retórica del libre albedrío.

Como consecuencia de la determinación de la ley moral como la base de orden moral de la Ciencia penal, el P. Montes expone el concepto de acto humano, dedicando su estudio a uno de sus elementos esenciales del acto humano: la libertad, de la que depende la existencia, no ya del orden moral, sino del propio Derecho penal, y que el P. Montes considera piedra angular.

Las escuelas contemporáneas al P. Montes, en concreto los deterministas y, en particular, los del sector jurídico (con Von Listzt a la cabeza), despreciaban la libertad porque para ellos la imputabilidad y responsabilidad, que el P. Montes considera consecuencias naturales e inmediatas del libre albedrío, carecen de valor ya que niegan la libertad humana pues consideran que el criminal: unas veces, nace; otras, es fatal

¹²⁷ Aunque el P. Montes recoge, al hilo de la definición y caracterización de la ley moral, las orientaciones de la moral racionalista y utilitarista que pretenden encontrar el origen del deber a espaldas del legislador divino, demostrando la puerilidad de ese intento, nada expone sobre los sistemas de moral llamados impropriamente científicos, como la moral sin obligación ni sanción, de Guyau; la moral del superhombre, de Nietzsche; o, la moral sociológica, de Comte y Durkheim. Si bien, podría considerarse que en ellos la moral desaparece y se funde en las leyes de la naturaleza física. Podríamos decir que son sistemas de moral sin moralidad. Vid. ARNAIZ, M., *El espíritu matemático de la Filosofía moderna.*, San Lorenzo de El Escorial 1923, pp. 91 y ss.

producto del medio ambiente; y, otras, de la reacción inevitable y absolutamente determinada de cada organismo humano ante los avatares de la vida, no habiendo moralmente reproche alguno en ello.

El P. Montes analiza las objeciones que los criminólogos deterministas oponen a la libertad y les reprocha que:

“Si la libertad es una ilusión, la responsabilidad y la culpa, la justicia y la iniquidad, la honradez y el crimen son otras tantas ilusiones; e ilusiones serán del mismo modo la indignación que nos producen ciertos actos y la admiración o aprobación que nos producen otros, e ilusiones tantos otros sentimientos morales profundamente arraigados en el corazón de la humanidad. ¿Y podrá ser pura ilusión lo que sirve de base a todo esto, que es real y sensible?”¹²⁸.

El error de los penalistas deterministas, siguiendo a Comte, procede de no admitir más ciencia que la de los hechos físicos, pero los hechos externos sin un hecho de conciencia no tienen ningún valor. De hecho, las ciencias psicológicas y las morales así como las físicas se basan en la conciencia. Ambas, como hechos de conciencia, reflejan la verdad de los objetos. Por eso, resulta más fácil convertir la realidad fenoménica en consciente que en objetiva. La conciencia sería, de esta manera, un postulado del conocimiento, cuya negación supone la ruina total de la ciencia¹²⁹.

¹²⁸ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, 2ª ed., vol. 1, p. 39.

¹²⁹ ARNAIZ, M., *Los fenómenos psicológicos. Cuestiones de Psicología contemporánea*, Madrid 1903, pp. 11 y ss. Del mismo autor, *Las metáforas en las ciencias del espíritu*, Madrid 1908, pp. 113 y ss.

El origen de este error, de esta falsa hipótesis del positivismo, está en suponer que en el hombre no hay más que materia, que todas sus facultades son orgánicas, fisiológicas y, por consiguiente, que se encuentra sometido, sin remedio, a leyes físicas, necesarias, fatales. Sin embargo, el conocimiento humano, aunque por la constitución material del hombre, precise de la materia para su ejercicio, está muy por encima de ella. Y en este sentido, la libertad no es una ilusión. Si fuera una ilusión, lo mismo cabría decir de la responsabilidad y la culpa, de la honradez y el crimen, de la justicia y la iniquidad; también serían pura ilusión la indignación que nos producen ciertos actos y la admiración que nos causan otros; e ilusiones serían los sentimientos morales arraigados en el corazón de la humanidad¹³⁰. Por eso, advierte el P. Montes que:

“La duda acerca del libre albedrío - y más aún la negación del mismo - conduce necesariamente a la duda universal, al escepticismo y a la negación de toda ciencia. Si dudamos de una verdad que tan patente se manifiesta en la conciencia de todos los hombres; si cabe la posibilidad de una ilusión del sentido íntimo -menos falible que los sentidos externos- en el hecho de nuestra libertad, tan claro como el de nuestra propia existencia, en un hecho constantemente repetido y constantemente comprobado, ¿en que otra verdad podremos creer con alguna seguridad?”¹³¹.

Indudablemente, en nuestras resoluciones pueden influir en ocasiones causas concretas determinadas, sobre todo las relativas a la idiosincrasia de cada individuo, pero hay que afirmar con el P. Montes que ejecutamos actos, cuyo motivo nos es perfectamente conocido y, a la vez, sabemos que no hay otros, o si los hay, se prescinde

¹³⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol. 1, p. 39.

¹³¹ *Ibidem*, p. 39.

de ellos. De este modo, tenemos conciencia clara de que la voluntad puede sobreponerse a los motivos conocidos que nos inducen a obrar, pero también sobreponerse a los que desconocemos, cualesquiera que sean¹³².

Es más, si se pretende anular la libertad humana basándose en multitud de causas antropológicas, físicas y sociales que pueden concurrir con la voluntad a la producción del delito, se está acumulando sobre las acciones de cada individuo todas las causas imaginables que pueden influir omitiendo la fuerza de resistencia de esa facultad, con lo cual se puede mostrar la inexistencia de la libertad como la imposibilidad de la vida, pero esto mismo lo combate el P. Montes:

“Si acumulamos sobre todos y cada uno de los seres vivientes todas las causas internas y externas capaces de producir la muerte, y por otra parte, prescindimos de la fuerza de resistencia de cada ser contra aquellas causas, todos los factores que las neutralizan, todos los medios de desvirtuarlas o evitarlas, la conclusión lógica será la imposibilidad de la vida. Pero la vida es un hecho a pesar de todas las causas capaces de aniquilarla, como es un hecho la libertad humana, a pesar de todas las causas que pueden influir en las determinaciones de la voluntad”¹³³.

Por tanto no hay, a juicio del P. Montes, ni una sola objeción de las que más comúnmente suelen oponer los criminólogos deterministas a la libertad que permita dudar de su existencia y, aunque la hubiera, sería producto de la ignorancia humana, pues la libertad es, a su juicio, un hecho evidente.

¹³² *Ibidem*, p. 37.

¹³³ *Ibidem*, pp. 38-39.

c.- Tercera base. La culpa moral.

Tras examinar la libertad que es la base de la imputabilidad y la responsabilidad, pues son consecuencias naturales de aquella, se ocupa el P. Montes de la culpa moral en sus diversas formas, y vuelve contra el concepto determinista de von Liszt para terminar con una síntesis acerca de la sanción y del arrepentimiento, cuyo valor varía según se trate del orden moral o jurídico. Ambos ordenes se diferencian en que la moral tiene un radio mucho más amplio: regula todos los actos humanos, tanto internos como externos; el derecho, en cambio, solo puede comprender los actos externos, y no todos, sino únicamente los que se refieren a aquellas relaciones sociales que se consideran necesarias para la convivencia humana. *“Podríamos decir –afirma el sabio jurista agustino- que son dos ramas que reciben la savia del mismo tronco”*¹³⁴.

3.1.2.3.2.- La formación del concepto de Derecho penal

Tras analizar el P. Montes las bases de orden moral que fundamentan y sostienen el Derecho penal, distingue entre la perturbación civil de la penal, lo cual tiene importancia a la hora de fijar el contenido de ésta rama jurídica, cuya misión, para el P. Montes, consiste en:

*“Amparar el orden jurídico, amenazando con un mal a los que traten de perturbarle, y haciendo sufrir el mal, contenido en la amenaza, a los transgresores”*¹³⁵.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 75.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 76.

En la definición están contenidos los tres elementos esenciales a juicio del agustino del Derecho penal: el delincuente, el delito y la pena, aunque la definición entra en contacto con la escuela de la defensa social para la que el Derecho penal opera como mecanismo de defensa frente al trasgresor.

Por eso, el P. Montes rechaza las opiniones de quienes arbitrariamente, restringen o amplían el contenido del Derecho penal, afirmando que está integrado por el delito y la pena simplemente porque, a su juicio, como el delito no se da sin delincuente, ni aquel es producto exclusivo de la voluntad de éste, resulta imprescindible el auxilio de las ciencias que estudian al hombre en su dimensión física, moral y social.

Parte el P. Montes para estudiar la formación y desarrollo de la ciencia penal de los precedentes de los pueblos de la antigüedad; se detiene en el influjo del Evangelio y la filosofía cristiana en la elaboración de la ciencia jurídico-penal en la que ha contribuido, a su juicio: la Iglesia Católica mediante las decisiones de los Concilios; las instituciones benéficas; los héroes de la caridad que consagraron su vida a los más desfavorecidos, entre los que se incluyen los delincuentes y encarcelados; las obras de los Santos Padres de la Iglesia, teólogos, moralistas y cristianos; los libros penitenciales; y, el Derecho canónico.

Tras este precedente, que considera la base en la formación del Derecho penal, estudia las escuelas del Derecho penal, principalmente, la escuela clásica y la

positivista. Veamos cuál era la situación en España y dónde se puede encasillar al P. Montes, a pesar de que él era reacio a ser clasificado en ninguna escuela.

a.- La escuela clásica

Se centra el P. Montes en la influencia que en dicha disciplina ha tenido el marqués de Beccaria quien, con 25 años de edad, escribió *Dei delitti e delle pene* que publicó de forma anónima en julio de 1764 para no sacrificar su tranquilidad y la de su familia, pues sometía a una crítica severa el Derecho penal existente al defender una concepción compasiva y sentimental del delincuente llegando a enaltecer la personalidad de los malhechores en nombre de la dignidad humana frente a la supremacía de la autoridad encargada de cuidar el cumplimiento de las leyes, e instaba a la supresión de ciertas penas, como la pena de muerte y la disminución de todas, lo que le valió que dicha obra fuera condenada tres veces por la Inquisición de Roma y prohibida en España por edicto de 20 de junio de 1777, hasta el extremo de que en España, sus primeras traducciones se realizaron de forma anónima al haber sido atacado por la Inquisición, siendo en 1821 traducida por Juan Rivera y en 1879 por Pascual Vicent.

Fueron muchas las controversias que aquella obra originó en las Universidades pues produjo un gran movimiento científico, llegando a provocar incluso reformas radicales en la legislación de varios Estados. Entre estas críticas se sitúa la del P. Montes quien lo considera un libro carente de originalidad y de escaso valor científico pues considera que se inspira en la endeble y fantástica teoría del contrato social de Rousseau y el individualismo de los enciclopedistas que prepararon la Revolución

francesa. Sin embargo, no es de extrañar la favorable acogida de esta obra pues el ambiente de la época era propicio a toda clase de reformas. De hecho, los seguidores de Becarría como Romagnosi y Carrara dedicaron sus esfuerzos a robustecer los argumentos del maestro y con sus aportaciones llegaron a completar el excelente monumento jurídico del Derecho penal que se llama la *escuela clásica italiana*, que pese a los ataques de sus adversarios continúa en pie.

Esta escuela penal clásica había surgido de las teorías de los filósofos de los siglos XVII y XVIII. El fundador fue, como hemos apuntado, César Beccaria y destacaron, en Italia, Rossi y Carrara, máximo exponente de esta doctrina; en Francia, Ortolán y Chauveau, Helie; y en España, Cuello Calón.

Sustancialmente consideraban que la pena es la necesidad que tiene la sociedad de castigar al delincuente o infractor cuya imputabilidad se basa en el libre albedrío humano y la culpabilidad moral. El hombre es un ser inteligente y libre de escoger entre el bien y el mal, entre realizar la acción prohibida o respetar la prohibición. Si, a pesar de esta libertad de que está dotado, ha escogido el mal perturbando libremente el orden jurídico, es justo que se le retribuya con otro mal, que se le castigue con la pena. Por lo tanto, el derecho de castigar, la razón por la cual se retribuye con un mal (que es la pena) al individuo que ha perturbado el orden jurídico, es un medio de la tutela jurídica del Estado. Sin embargo, la pena debía guardar proporcionalidad con el delito, por eso defendían el trato humanitario de los procesados, excluyendo las penas corporales e infamantes, así como la eliminación de torturas y otros sistemas rudos de castigo.

La doctrina de esta escuela tan importante para el Derecho penal significó una reacción y lucha contra la barbarie de los siglos precedentes y sus principios se aplicaron en los Códigos penales promulgados después de la Revolución Francesa.

b.- La escuela positivista

Como reacción contra la escuela clásica surgió la escuela positivista, cuyo origen está en los estudios realizados por Lombroso sobre el delito, pero singularmente sobre el criminal, negando el libre albedrío y considerando que el criminal es arrastrado al delito fatalmente, siendo además un sujeto fácilmente identificable por su anatomía física y biológica y, por lo tanto, el delito no encierra culpabilidad porque no es más que el resultado de la combinación de las anomalías orgánicas y biológicas del delincuente, con las circunstancias sociales y, por consiguiente, como el crimen no implica la idea de culpa es inconcebible la pena como castigo y el Derecho penal debe ser represivo y apoyarse en la defensa social con los mismos medios que emplea contra los locos o los animales peligrosos.

Con intentos conciliadores entre la escuela clásica y la positivista, nació en Italia la llamada “tercera escuela” o positivismo crítico” que pretendía reducir el derecho penal a la idea de defensa social y cuyos planteamientos entroncan con la Sociología criminal, que combate la teoría de Lombroso y considera el Derecho penal como Sociología criminal adaptada a las necesidades de la idea de justicia. Sus representantes más destacados fueron Alimena y Carnevale. Esta dirección aboga por la independencia del Derecho penal frente a otras disciplinas como la Biología y la Sociología, dando una mayor importancia a los factores antropológicos y sociológicos del delito

preocupándose por las medidas de seguridad, el tratamiento especial de los menores delincuentes, la condena condicional, el perdón en los delitos.

c.- La situación en España: posición del P. Montes.

Por lo que se refiere a España, a pesar de contar con una tradición y materiales suficientes, se tardó en entrar en el movimiento de reforma. Hubo esfuerzos aislados como el de Lardizabal que, con su *Discurso sobre las penas...*¹³⁶, trató de la humanización de las prácticas penales en uso sin lograr despertar afición a estos estudios ni siquiera a formar escuela. Más éxito tuvo Pacheco que expuso en el Ateneo de Madrid las ideas de Rossi y sus trabajos arraigaron hasta el punto de informar los principios del Código Penal de 1848, pero la filosofía krausista, que fue importada por Sanz del Río, trajo a España el correccionalismo que, al decir del P. Montes: “*apenas ha tenido prosélitos más que en los pueblos de mayor penuria intelectual*”.

Esta situación dio lugar a un desconcierto de las escuelas penales: la escuela clásica, la correccionalista, positiva y neopositiva, el positivismo crítico y la tendencia política criminal. La escuela penal española procedía del correccionalismo alemán y, posteriormente, vendría la influencia de la escuela técnico-jurídica con Mezger¹³⁷.

Desde el siglo XIX, las corrientes penalistas, tanto las correccionalistas, como Roedor en Alemania, o los positivistas italianos, Garofalo o Enrico Ferri, o en España,

¹³⁶ LARDIZABAL URIBE, M., *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid 1782.

¹³⁷ MUÑOZ CONDE, F. J., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia 2000.

Dorado Montero, seguidor de Lombroso, habían propugnado la aplicación de medidas de seguridad preventivas para reducir la comisión de delitos y la posible delincuencia¹³⁸.

Con la llegada de los totalitarismos, se prescindió de las limitaciones del principio de legalidad para el ejercicio de su desmesurado poder, aprovechando esa indeterminación en la tipificación de los delitos, en su valoración y en las penas aplicables¹³⁹. De hecho, Ferri fue senador fascista y Mezger un jurista nazi. Las dos décadas que hubo entre 1920 y 1940 supusieron una prueba crítica en la construcción de la ciencia del derecho penal.

El P. Montes, firme defensor de lo suyo, de la tradición y los valores heredados criticaba que autores españoles, destacados y amigos, se apartaran de la tradición y de la escuela clásica:

“En los momentos actuales, preciso es confesar que nuestro nivel moral ha descendido, pero en el orden intelectual España puede figurar sin desdoro en el movimiento científico de los estudios penales. Los nombres de Quintiliano Saldaña, Jiménez de Asúa, Cuello Calón y otros varios –sin contar más que los que viven- son demasiado conocidos dentro y fuera de España para que me detenga a demostrar su significación como penalistas y criminólogos. Pero es un dolor –y lo consigno con honda pena, porque todos me honran con su amistad- que muchos de ellos, arrastrados por la corriente o por una moda que, en realidad, significa un retroceso de muchos siglos, o ataviados con un

¹³⁸ PESET, M. y PESET, R., “Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del siglo XIX: Pedro Dorado Montero”, en *Almena*, núm. 2 (1963), pp. 65-126.

¹³⁹ MARTÍN, S., “Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)”, en *Quaderni fiorentini*, XXXVI (2007), pp. 502-609.

positivismo o semipositivismo postizo que se les cae de los hombros, se hayan apartado tanto de nuestras tradiciones científicas, y hasta de la ley moral en que están fundadas, y no alcancen a ver horizontes más amplios y más bellos que los que puede ofrecerles la “defensa social” y la lucha contra el crimen, con todos sus antecedentes y consecuencias”¹⁴⁰.

Era contrario el P. Montes a ser encasillado en ninguna escuela. Decía:

“La obra que emprendemos no pertenece a ninguna escuela determinada, de esas que actualmente se disputan el campo del Derecho penal y que hoy nacen, mañana se abandonan y al día siguiente mueren. Sin dejar de admitir todas las verdades comprobadas, vengan de donde vinieren –que si son verdades no han de oponerse a los principios de la ciencia-, su contenido sustancial se funda en doctrinas viejas, más o menos ilustradas y completadas por investigaciones nuevas, en doctrinas que no son de ésta o aquella escuela, sino patrimonio de la conciencia de la humanidad y base de las legislaciones antiguas y modernas”¹⁴¹.

No obstante, la opinión del P. Montes y su negativa a ser encasillado en alguna escuela, es evidente que se le puede situar en la escuela clásica como principal representante de la misma en España y de la que formarían parte penalistas españoles tan destacados como Isaías Sánchez Tejerina, Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz y, entre los más recientes, Puig Peña, Ferrer Sama y Juan del Rosal.

¹⁴⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 178-179.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 7-8.

3.1.2.3.3.- La razón del derecho de penar.

Si el Derecho penal debe su formación a unas bases de orden moral, el P. Montes se cuestiona: ¿Cuál es la razón del derecho de castigar?

Varias han sido las teorías ideadas por filósofos y penalistas tratando de responder a esta pregunta. El P. Montes las clasifica en teorías absolutas, relativas y mixtas y, atendiendo al principio teleológico de la pena distingue tres sistemas: represivo, preventivo y ecléctico, que se corresponden con cada una de aquellas. Dejando de lado las absolutas, que resultan, a juicio del P. Montes, inaceptables como base de la penalidad y cuya expresión más típica se encuentra en la justicia absoluta de Kant, se centra en la teoría de la defensa social, a la que dedica dos largos capítulos, siguiendo a los penalistas contemporáneos a su tiempo.

a.- La teoría de la defensa social

El P. Montes criticó que una doctrina como la de la defensa social basada en hipótesis absurdas, suposiciones arbitrarias, sin valor científico ni filosófico, y práctica habitual de los animales pudiera ser fundamento de la justicia punitiva¹⁴².

Y es que, ciertamente, al amparo de esta teoría pueden cometerse verdaderas atrocidades. De hecho, si se prescinde de la justicia, si no se tiene en consideración la culpabilidad y basta el hecho mismo del ataque para justificar la defensa, no habría

¹⁴² De hecho, en la teoría del naturalismo biológico puro de Ferri y Garófalo, una de las variadas formas que adopta dicha teoría, el hombre no es nada, no representa nada, es una célula del organismo social, un animal dañino, un microbio, y cuando su existencia se juzgue perjudicial nadie dudará en exterminarlo.

diferencia entre el loco, el cuerdo y el bruto. Tampoco tendrían explicación las causas de inimputabilidad, de atenuación y de justificación. La libertad es negada y negada ésta se cae en el determinismo más absoluto, se impone la fuerza y resulta imposible saber qué medios defensivos son lícitos y cuáles son ilícitos, qué penas son legítimas y cuales son injustas. Hasta se ignora, incluso, quién pone los límites a los que, teniendo la fuerza, se imponen sobre los demás.

Esta fórmula *maldita*, como la llamaba Carrara, justificaría las mayores aberraciones de la historia como los asesinatos en masa ordenados por el poder público para producir terror; el exterminio de los enemigos de un régimen político, aunque sean los mejores, porque representan un peligro; la degollación de los niños de Judea decretada por Herodes; los innumerables suplicios inventados por los Césares y Jueces romanos contra los mártires del Cristianismo; las horrendas crueldades de la revolución francesa y del bolcheviquismo ruso... La defensa social sería incluso perfecta para hacer desaparecer a seres inútiles en la sociedad como los vagabundos, los enfermos incurables, los que carecen de medios de vida, los delincuentes y aquellos que representan una carga para la sociedad. Si se establece como norma suprema de la penalidad la defensa social no hay razón alguna para rechazar estos atropellos contra la dignidad humana, por absurdos e injustos que parezcan¹⁴³.

Frente a esta teoría de la defensa social reaccionaron algunos de sus mismos partidarios. El mismo Antón Oneca decía que:

¹⁴³ Por esta vía se justificaría la esterilización de los disminuidos psíquicos, la eutanasia, etc.

“Los despotismos han invocado siempre la defensa social para justificar su existencia y poner la represión al servicio de su conservación en el poder. Ya decía Rossi que con la defensa social, sería lícito al poder ejecutivo en un momento dado llegar a los excesos y arbitrios más pavorosos, y añade Vidal que la defensa social, con la máscara de la razón de Estado, puede hacer lícito todo sacrificio del individuo a la colectividad”¹⁴⁴.

El problema más importante que provocó *la teoría de la defensa social* entre sus seguidores fue la identificación de la misma con *la teoría de la tutela jurídica*, a pesar de expresar ideas completamente distintas. El P. Montes, percibe este error y salió al paso realizando una valiosa consideración a la Ciencia penal que puede ser tomada en cuenta hasta en nuestros días cuando afirmó:

“La defensa social puede ejercitarse contra todo lo que perjudica, proceda de seres responsables o irresponsables, de personas o de cosas. Las prescripciones gubernativas encaminadas a la extirpación de una epidemia o a evitar su propagación; las leyes relativas a la custodia de locos peligrosos y tantas otras análogas, son defensa social, esto es, defensa de intereses sociales o particulares en peligro; pero no son tutela jurídica o defensa del derecho. La defensa del derecho sólo puede ejercitarse contra los que le atacan, o en general, contra los que no cumplen, contra los actos humanos, pues solamente ellos pueden constituir un ataque al derecho, y solamente contra ellos puede ser defendido. La confusión entre defensa jurídica y defensa social nace de un error acerca del concepto del delito y de todo el derecho penal. Concebidos uno y otro

¹⁴⁴ ANTÓN ONECA, J. *Los antecedentes del nuevo Código penal*, Barcelona 1929, pp. 14 y 15.

bajo su aspecto material, esto es, como lesión de intereses o bienes jurídicos el primero, y como protección de esos intereses el segundo, todo entra en el concepto de defensa social, y por lo menos objetivamente, podría verse un delito en el daño producido en los sembrados por la langosta, y una pena en su extirpación, volviendo así a los buenos tiempos en que se sometía a los animales dañinos a un juicio criminal. Por otra parte, la defensa del derecho sólo puede ser realizada por medios jurídicos –y la pena es uno de ellos-, pues lo antijurídico, más que defensa sería violación del derecho, mientras se dan casos en que un medio antijurídico es perfectamente apto para la defensa de determinados intereses protegidos por el derecho”¹⁴⁵.

Fueron estas razones las que llevaron al mismo Antón Oncea a reconocer que, si se opta por la tutela jurídica, no ha de ser privándola de su contenido, al afirmar que:

“Hay razones para restaurar la fórmula de la tutela jurídica, en cuanto implica una limitación a la autoridad en el respeto a los derechos individuales, opone una norma de justicia a las convenciones políticas del momento y evita el peligro de que el Derecho sea sacrificado con el pretexto de salvar a la sociedad. La tutela jurídica contiene a la defensa social, dándole límites...”¹⁴⁶.

Las críticas a la teoría de la defensa social son igualmente aplicables a toda doctrina utilitaria y pragmatista, pues tanto aquella como éstas son incapaces de dar una razón de peso que sirva de fundamento racional al derecho de castigar. El pragmatismo

¹⁴⁵ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, Vol 1, pp. 159 y 160.

¹⁴⁶ ANTÓN ONECA, J., *Op. cit.*, p. 46.

juzga las cosas por sus resultados y, si en otros aspectos de la vida es absurdo, en mayor grado lo es en el orden penal. Decía Antón Oneca que:

“Todos los errores judiciales conscientes, desde las condenas de Sócrates y Cristo, se han realizado con miras a la eficacia. El tormento se justificaba por sus resultados probatorios y los partidarios de él criticaban casos en que gracias al bárbaro suplicio, se logró el descubrimiento de la verdad. He aquí la refutación pragmática del propio pragmatismo”¹⁴⁷.

b.- El correccionalismo y las teorías deterministas.

Lo mismo le ocurre al correccionalismo que el P. Montes critica por no tener tampoco tierra firme en que asentarlos y aunque tiene un lado humanitario y cristiano, no es suficiente para fundamentar el derecho de castigar al conducir a consecuencias inadmisibles. La corrección del delincuente es un fin de la pena que debe procurarse en pro del criminal mismo y de la sociedad, pero es absurdo convertir ese fin en razón última y básica de la justicia punitiva, lo mismo que un desorden jurídico y moral subordinar a la corrección del reo todos los intereses individuales y sociales necesitados de protección jurídica. Sin embargo, esta escuela, al llamar la atención de los penalistas hacia el delincuente ha contribuido a la individualización del tratamiento penal¹⁴⁸.

Y a los mismos resultados que el correccionalismo conducen aquellas otras doctrinas que, al aplicar los principios del determinismo y negar la libertad, afirman que

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁸ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol. I, pp. 131 y ss.

no puede hablarse de culpa, ni de imputabilidad, ni responsabilidad moral, ni de pena en su sentido propio. Por eso el P. Montes las critica también al afirmar que:

“Tan culpable es el criminal de ser criminal, como el loco de ser loco; tan responsable es aquél como éste de sus actos; ambos son lo que son y obran como obran independientemente de su voluntad”¹⁴⁹.

La crítica del P. Montes va dirigida contra Dorado Montero, cuya doctrina es: *“un injerto del positivismo determinista sobre el patrón de la escuela correccionalista”¹⁵⁰*, porque supone la desaparición del Derecho penal al suprimir el delincuente, el delito y la pena, para sustituirlos por el enfermo, el tratamiento curativo y el asilo. Y, por lo tanto, habría que suprimir también los tribunales de justicia, así como los códigos penales y reemplazarlos por jurados de médicos. El mismo Antón Oneca había dicho a este respecto que:

“La misión de la justicia penal del porvenir parece ha de ser completamente análoga a la que desempeñan los médicos: curar las enfermedades presentes, y sobre todo, prevenir las posibles enfermedades futuras, mediante un estudio atento de las causas que las producen y de los oportunos medios para neutralizar su acción”¹⁵¹.

El P. Montes, con cierta ironía, criticaba la concepción de Dorado Montero afirmando que, ni es de este mundo, ni se ha elaborado para la humanidad actual, y añadía con mucha acidez:

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 142.

¹⁵¹ ANTÓN ONECA, J., *Estudios de Derecho penal preventivo*, pp. 145-147.

“Quizá pueda serlo en lo futuro; allá cuando las leyes de la inteligencia humana se inviertan, y la humanidad cambie radicalmente de ideas, de sentimientos y de naturaleza; cuando los hombres se convenzan de que el crimen no supone culpa y el delincuente es solamente un desgraciado; cuando la madre misma del hijo asesinado deponga todo sentimiento de indignación contra el asesino y le colme de caricias y atenciones; cuando, en fin, los mismos criminales sepan que la pena es un bien apetecible, y que la justicia penal es para ellos una institución buena, amable, tutelar, que les ha de conducir, no a la cárcel o al patíbulo como ahora, sino a un espléndido establecimiento, donde encontrarán descanso, una vida cómoda y tranquila, todos los cuidados y atenciones que exige su situación. Para entonces, como la pena es una cosa amable y apetecible, será buscada como una felicidad por muchos. Y cuantos luchan por la vida y ganan el pan con el sudor de su frente, y cuantos prefieren las comodidades y el descanso al trabajo duro del campo o a la fábrica, habrán resuelto el problema. Para todos está abierto el camino de la felicidad, el crimen conduce a ella, y a cometer un crimen es cosa muy fácil”¹⁵².

Evidentemente, la crítica del P. Montes es dura, pero no puede negarse que las ideas de Dorado Montero estaban en franca confrontación con el sentido común y la propia inteligencia, aunque tuvieron la ventaja de mostrar las consecuencias del determinismo, que el P. Montes acertadamente señaló, pues afirmaba la irresponsabilidad de los delincuentes, sustituyendo la defensa social con la que comulgaban los positivistas y el carácter represivo de la pena, por la protección del

¹⁵² MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 146-147.

criminal, considerando la pena como un bien para el delincuente, lo que en la realidad está muy lejos de ser así y deja en desamparo las garantías penales frente a las exigencias del poder público¹⁵³.

c.- Los sistemas mixtos: el orden moral y la utilidad o necesidad social.

Finalmente, el P. Montes cierra el estudio referente al fundamento del derecho de castigar con la exposición de los llamados sistemas mixtos que son aquellos que, admitiendo la existencia de un orden moral establecido por el legislador divino y la voluntad humana libre en sus determinaciones, combinan el principio de justicia y la utilidad o necesidad social. Para unos no es suficiente con que la pena sea justa en sí misma, es necesario que la sociedad tenga algún interés en imponerla; para otros, en cambio, basta con que se funde en un principio de justicia; y para todos, en una u otra forma, la pena es: *“retribución, expiación moral o jurídica del delito, y a la vez un medio de reparar el mal, restablecer el derecho y realizar otros diversos fines relativos a la sociedad, a la víctima y al penado mismo”*¹⁵⁴.

Los representantes de esta dirección son Rossi y Carrara, cuyas doctrinas concuerdan, en lo sustancial, con las de los teólogos y moralistas que tanto gustaron al P. Montes¹⁵⁵, y que asignaron como fin supremo de la pena el restablecimiento del orden perturbado por la culpa. Dice el P. Montes:

¹⁵³ La última obra de Dorado Montero, donde hace una refundición de sus teorías anteriores, llevaba el expresivo título de *El Derecho protector de los criminales*, Madrid 1915.

¹⁵⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.* p. 149.

¹⁵⁵ Vid, entre otros, Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 1ª, a q., 87, arts. I, II, III y IV; Alfonso de Castro, *De potestate legis poenalis*, lib. 1º, Cap. II y lib. 2º, cap. IX; García de Ercilla, *Ad titulum de justitia et iure commentarium*, 63; Idem, *De ultimo fine iuris canonici et civiles*; Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, lib. I, q., 2ª, art. II; Simancas, *De catholicis institutionibus*, tit. XVI.

“Conservar este orden, defenderle contra toda agresión, restablecerle, si se perturba, es la razón jurídica de la pena y del derecho de la autoridad social para dictarla e imponerla”¹⁵⁶.

El P. Montes acepta, pues esta doctrina que hace suya y justifica así, diciendo:

“Existe un orden jurídico natural, anterior y superior a todo poder humano, que radica en la naturaleza esencial del hombre y se actúa en la sociedad. Existe también, en cada Estado, un orden jurídico positivo, que es o debe ser expresión de aquel otro orden superior, aplicación de lo justo a las relaciones sociales y a las necesidades y condiciones de cada sociedad particular. Este orden jurídico contiene normas absolutamente necesarias para la vida social: es absolutamente necesario en sí mismo, y es, por tanto, de igual modo necesaria su conservación. El Estado tiene, no sólo el derecho, sino el deber de conservar el orden jurídico -esto es precisamente lo que constituye su misión esencial y su razón de ser-; luego tiene el derecho y el deber de defenderle contra las agresiones de que es o puede ser objeto. Por tanto tiene derecho a los medios necesarios para su protección contra las posibles agresiones, y para su reparación si es violado.

Si para la defensa o protección del orden es medio necesario, por insuficiencia de otros, la amenaza de la pena, la sanción penal, el derecho de penar existe, y la razón del mismo no es otra que la necesidad de proteger el derecho, la necesidad de la tutela jurídica. Es, al fin, el mismo fundamento de

¹⁵⁶ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 153.

toda sanción; la necesidad de dar a la ley una fuerza imperativa, una eficacia suficiente para que se imponga a la voluntad de todos los obligados a cumplirla”¹⁵⁷.

Con este argumento, justifica el P. Montes el derecho de penar armonizando la teoría de la defensa social y la de la tutela jurídica. Para el sabio agustino, como se ve, la pena es la retribución de un mal causado y, por lo tanto, la expiación de la culpa por el delito cometido. Por consiguiente, solamente es aplicable a quien delinquiró, puesto que fue el culpable y sería injusto imponer la pena a otro ciudadano ajeno al hecho del delito castigado. Si la pena únicamente fuera prevención social o un remedio para evitar que el delincuente tenga imitadores, como sostienen los defensores de la teoría de la defensa social, se debería castigar igualmente al culpable que al que no lo es, para que su fin se consiguiera y dicho fin justificase el castigo, y esto supone una argumentación inaceptable.

La aportación del P. Montes es inteligente: la pena, como remedio jurídico que es, cumple una función social. Su finalidad es la defensa del derecho contra los ataques realizados para evitar los futuros, convirtiendo de este modo la represión en prevención. Y lo dice muy claramente así:

“Esta doctrina, que funda la pena-castigo (represión) en un principio de justicia, y la pena-fin (prevención) en un principio de utilidad o necesidad social, justificando la represión por la prevención y ésta por aquella...comprende y armoniza -en cuanto son armonizables- los demás

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 158.

*sistemas, cuyo defecto capital está en su unilateralidad y su simplicismo, tratándose como se trata, de un problema sumamente complejo*¹⁵⁸.

Esta aportación del P. Montes, tiene un sólido fundamento filosófico, es el que mejor expresa el modo de pensar de la generalidad de los hombres y el más conforme con nuestra tradición penal. De hecho, ha sido compatible con los progresos en materia penitenciaria y con las exigencias de la represión. Su ventaja se encuentra en impedir los abusos y excesos, a los que podría conducir el de la defensa social, y el de poner freno a las exigencias aisladas, fijando la idea de justicia como marco de los derechos y los intereses de la sociedad.

Desde el Cristianismo subyace en el Derecho penal un fermento religioso que enseña que no se puede responder al mal con mal y que, como una señal de alarma, viene a demostrar lo injusto e innecesario y contraproducente del castigo para demostrar que el Derecho penal debe ir haciéndose algo diferente a lo que hoy perdura. Desde luego, parece científico considerar necesaria la pena mientras existan gravísimos delitos (terrorismo, violencia de género, delitos contra la libertad sexual, o contra la propia vida, entre otros) a los cuales hay que responder penalmente porque de no hacerlo se puede llegar a una sociedad del caos, pero de otra parte, la realidad de la cárcel, sostenida por una concepción ilustrada del Derecho penal como ciencia del castigo, muestra la violación de los derechos elementales de la persona, porque ofrece resultados insatisfactorios y las estadísticas sobre la reincidencia hablan suficientemente claro, y porque a lo largo de la Historia ha evolucionado en contra del desfavorecido y a favor del privilegiado. Por eso, urge hoy en día, adoptar otras posturas ante la criminalidad,

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 167.

opuestas a las existentes, y basadas, como sostenía el P. Montes, pionero en la materia, en la imposición de obligaciones al culpable de un delito para lograr la prevención general y la especial y para facilitar la reinserción del delincuente.

Esto es acorde con nuestra tradición hispana desde Séneca, pasando por Suárez, Vitoria, Alfonso de Castro, Montesinos, Dorado Montero, Concepción Arenal, Jerónimo Montes, hasta llegar a los más modernos como Antón Oneca, Quintano Ripollés, Juan del Rosal y Jiménez de Asúa, entre otros, en los que ha predominado la idea de que el delincuente no es un objeto, sino un sujeto y un sujeto sagrado al que no se puede tratar por una utilidad ajena a él. Y, por lo tanto, el fin de derecho de penar debe pasar por ofrecer al delincuente la posibilidad de la prevención mediante la personalización penal para hacerse más persona.

3.1.2.3.4.- Elementos del delito: delincuente, delito y pena.

a.- El delincuente

Para estudiar la figura del delincuente, el P. Montes estudia cómo la aplicación de la filosofía positivista a la criminalidad dio lugar a dos escuelas de dirección diferente: la Antropología criminal y la Sociología criminal, cuya razón de ser radica en la importancia que atribuyen a los diferentes factores que concurren a la producción del delito. En la primera son decisivos los factores endógenos o antropológicos; mientras que en la segunda, los exógenos o externos, de carácter social¹⁵⁹.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 190 y ss.

César Lombroso, inspirándose en el positivismo, tanto crítico como dogmático, de Comte y Spencer, fundó la primera de las escuelas, en la que aplicó a la criminalidad el método positivista y las hipótesis del naturalismo biológico, del evolucionismo y del darvinismo que gozó de esplendor y una gran aceptación científica, llegando a cautivar a numerosos seguidores. Darwin había lanzado esta idea de forma hipotética al afirmar que:

*“En la humanidad es posible que haya más disposiciones que, por accidente y sin causa determinada, reaparezcan en las familias y sean, tal vez, retrocesos a un estado salvaje, del cual estamos separados por un considerable número de generaciones”*¹⁶⁰.

Sin embargo, Lombroso no sólo la aceptó como verdad demostrada, sino que va más lejos mediante la doctrina del atavismo según la cual el hombre primitivo era criminal por naturaleza y carecía de todo sentimiento moral y religioso, pues tales rasgos se habrían transmitido por herencia.

El P. Montes, a pesar de la aceptación científica que tuvo esta tesis por todo el mundo, en medio de dicho auge expansivo, combatió con rigor jurídico las tesis lombrosianas con un exquisito análisis cuya validez jurídica sigue teniendo virtualidad en la actualidad. Se preguntaba el P. Montes:

*“¿Se ha demostrado que el hombre primitivo carecía de sentimientos?
¿Puede demostrarlo el positivismo, sin salir de su método experimental, puesto*

¹⁶⁰ DARWIN, Ch, *La descendencia del hombre*, 3ª ed., p. 149.

que los hechos de que aquí se trata están fuera de toda observación? No; lo que aquí ocurre es que se sienta a priori una doctrina determinada, la que conviene a la idea preconcebida del autor; en casos como el presente, utilizando la historia, las narraciones más o menos verídicas de exploradores de países desconocidos, las investigaciones arqueológicas, mejor o peor interpretadas, etc., se recogen los datos que parecen confirmar la hipótesis y se desechan los que evidentemente la contradicen, y así se forma la ciencia...positivista”¹⁶¹.

A juicio del P. Montes, si el autor de un hecho punible es un hombre de igual naturaleza que los demás, dotado de plena capacidad para cumplir la ley o quebrantarla, sin otra diferencia entre él y los demás seres humanos que las puramente accidentales de carácter, perversidad, costumbres, etc., debidas a diversas causas, que sólo pueden influir, si se dan, en la mayor o menor responsabilidad; si el criminal no es un “*ser aparte, perteneciente a una sub-raza de la humanidad*”; si no es “*una variedad antropológica*”; en una palabra, si no existe el tipo delincuente con caracteres somáticos y psicológicos distintos de los que poseen los demás mortales, no hay razón alguna que justifique hacer de la Antropología criminal una ciencia independiente y autónoma pues carecería en sí mismo de objeto¹⁶².

Su tesis contra la doctrina lombrosiana puede resumirse en las siguientes afirmaciones categóricas:

1º.- Los delincuentes no son una variedad del género humano que posean unos caracteres particulares que los distinguan de los hombres normales y honrados;

¹⁶¹ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 216-217.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 204 y ss.

2.- El concepto unitario de delincuente, descrito por Lombroso, es puramente imaginario, pues respondería a una clasificación puramente arbitraria;

3.- Hay una contradicción en el uso de estas categorías, pues cuando se habla de delincuentes locos, éstos no pueden ser llamados a responder de sus actos ante la justicia penal, pues no son responsables ni moral ni jurídicamente, al carecer de conciencia y autodeterminación.

Para el P. Montes, el pretendido criminal nato no existe. Con esta idea se enfrentó, de manera directa, a las teorías de Lombroso, pues él sabio agustino consideraba que ningún ser humano es incorregible en el sentido absoluto de la palabra, ya que la incorregibilidad es relativa y puede ser superada. Además no se ha demostrado que los delincuentes presenten un mayor número de anomalías que los hombres honrados pues para poder concluir que la criminalidad procede de dichas anomalías sería necesario una relación de causa a efecto entre las mismas y tal o cual tipo de delito, lo que no se ha probado que sea así.

Apoyándose en estos argumentos, el P. Montes llega a la conclusión valiente y novedosa en el tiempo en el que escribe, donde triunfa con una aceptación inaudita la teoría de Lombroso, de que la pretendida Antropología criminal no puede ser una ciencia autónoma ni un capítulo de otra ciencia cualquiera por carecer de lo que es precisamente materia propia de su estudio. Por eso se cuestiona el P. Montes: ¿Qué es el delincuente?

La respuesta, desde luego no puede proceder de los antropólogos criminalistas, al no poder ofrecer una definición coincidente y uniforme, aunque se basan en la *anormalidad*, considerando al delincuente como un *ser anormal* y los no-delincuentes seres normales; hipótesis muy endeble, pues si falla la anormalidad, toda la estructura de la Antropología criminal se viene abajo.

El P. Montes, siguiendo un estudio muy interesante de Orfeo Cecchi, publicado en 1914 sobre la normalidad del delincuente¹⁶³, dice que las palabras *normal* y *anormal* pueden tener aquí dos significaciones: una relativa al hecho del delito, y otra antropológica o relativa al delincuente. En todo caso, por *normal* se entiende lo ordinario, lo común; y por *anormal*, lo excepcional, lo insólito¹⁶⁴. Ferri, que en la primera edición de su obra *L'omicidio*, no se atrevió a resolver “*si realmente el delito es la excepción, o más bien la regla*”¹⁶⁵; en la segunda, sin embargo, cambió no sólo el título, sino gran parte del contenido de su obra, afirmando que:

*“El delito constituye siempre, en todo tiempo y lugar, la excepción, no la regla, verificándose cualquiera que sea su forma más o menos larvada, en los casos menos frecuentes y por tanto, anormales”, y añadiendo que: “La verdad es que el delito –justamente por ser la excepción, tanto para la sociedad como para el individuo que lo ejecuta- constituye un fenómeno siempre anormal y morboso, en todo tiempo y lugar”*¹⁶⁶.

¹⁶³ CECCHI, O., “La teoria della normalità del delinquente”, en *Rivista Penale*, vol. 79, Turín 1914, pp. 21, 170 y 413.

¹⁶⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁵ FERRI, E., *L'omicidio nella antropología criminale*, Turín 1895, p. 724.

¹⁶⁶ FERRI, E., *L'omicidio nella Psicologia e nella Psicopatología criminale*, Turín 1925, p. 352.

Sigue, pues, el camino que ya había trazado Garófalo al afirmar que: “*Los delincuentes representan siempre una pequeña minoría*”, y que el delito: “*es siempre un fenómeno de anormalidad*”¹⁶⁷.

El P. Montes hace una sugerente observación, no exenta de ironía por otra parte, para demostrar la imposibilidad de la Antropología criminal al no determinar lo que se entiende por delito. Y afirma que si:

*“A los delincuentes que han llegado a ser penados agregamos los delincuentes legales no penados, que son incomparablemente más; los delincuentes legales desconocidos, que suman una cantidad no despreciable, y los delincuentes extralegales, esto es, los autores de verdaderos delitos, aunque no estén penados por la ley; si, además excluimos del cómputo los incapaces de delinquir, por razón de edad o por imposibilidad moral o física, no será aventurado afirmar que la mayoría está constituida por delincuentes ¿Cuántos habrá que no hayan injuriado jamás a nadie, por ejemplo, ni hayan causado daño alguno voluntario en la persona o bienes de otros, ni hayan cometido un delito cualquiera, grave o leve? Entre los capaces de delinquir, seguramente los menos. Luego, la suposición de que los delincuentes forman una insignificante minoría es arbitraria, por lo menos, y no sólo no se demuestra, sino que la antropología criminal se encuentra en la imposibilidad de hacerlo mientras no determine lo que se entiende por delito”*¹⁶⁸.

¹⁶⁷ GARÓFALO, R., *Criminología*, Turín 1891, pp. 1 y 36. No obstante, llegó a afirmar que: “*Sabido es que la Justicia no logra conocer ni aún la tercera parte de los delitos comprobados, los cuales a su vez no son más que una pequeña parte de los delitos que se cometen, pues la mayoría de estos no se descubren, ni aún siquiera se denuncian a la policía*”, p. 106.

¹⁶⁸ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 207-208.

Tampoco es aceptable el otro aspecto de la hipótesis anormalista que considera al delincuente como un ser con caracteres somáticos y psíquicos distintos de los que poseen los demás hombres. Es decir, un tipo criminal, un tipo humano, realmente diferente de las personas normales y honestas. En los tiempos álgidos de la Antropología criminal, los seguidores de Lombroso creyeron ver aquí los argumentos para demostrar la existencia del tipo criminal, pero tales datos eran incompletos, porque se basaban sobre presos buscados de antemano que reunían argumentos para satisfacer una estadística acorde con sus pretensiones, no realizándose, por otra parte, estudios de campo fuera de los presos, lo que agudamente observó el P. Montes quien, tras notar que no existe diferencia alguna entre los presos y los mejores ciudadanos, y considerar que el delincuente no es una criatura *sui generis*, un hombre anormal, sino una persona normal, criticó los errores de dichas investigaciones que resultaban opuestas entre sí y a la misma realidad y, añadía que: “*La prueba palpable de ello está en los distintos y hasta opuestos resultados obtenidos por los diversos observadores*”¹⁶⁹.

La doctrina lombrosiana acerca del tipo criminal estaba abocada al fracaso. El P. Montes se enfrentó a ella de manera valiente y enérgica, señalando sus defectos fundamentales entre los cuales destaca el relativo al método empleado, carente de valor jurídico y científico, como era la selección de presos que correspondieran al tipo más puro del asesino, el ladrón y el perverso moral, lo que es, sin duda, un método erróneo en el estudio del delincuente, pues las comparaciones entre los criminales y las personas honradas se hacían sin detenerse en la raza, la nacionalidad, sexo, edad y género de vida de los sujetos comparados, y se consideran congénitos ciertos caracteres que tienen su origen en la profesión a que éstos se han dedicado o en la vida misma de presidio¹⁷⁰.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 209.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 243-244.

Lombroso, como sus seguidores, partieron de manera inversa: del efecto a la causa, siguiendo una lógica absurda: tomaron por causa del delito lo que es sencillamente efecto de la vida criminal y atribuyeron a condiciones morales y psicológicas del delincuente lo que es mero producto del oficio en que había ocupado sus actividades. Los lombrosianos vinieron a descubrir que el delincuente era un caso de atavismo, pero un atavismo fantástico, inverosímil e indemostrable, consistente en reaparecer en individuos actuales el tipo del hombre primitivo que carece de todo sentimiento moral y religioso, con caracteres somáticos y psíquicos semejantes a los del salvaje.

“Según esta teoría -dice el P. Montes- el delincuente contemporáneo es un fenómeno de retroceso al hombre primitivo en virtud de la herencia atávica; es un rezagado en la marcha progresiva de la evolución, y resulta, por tanto, inadaptable a los sentimientos, a las costumbres, al modo de ser de la sociedad en que han nacido”¹⁷¹

El P. Montes conocía bien los estudios realizados sobre el atavismo desde antiguo por filósofos y médicos griegos así como en la Edad Media por destacados teólogos como San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, principalmente, al igual que otros muchos médicos, filósofos y teólogos de los siglos XVI y XVII,¹⁷² quienes trataron de explicar el fenómeno de acuerdo con las doctrinas sobre la herencia imperantes en sus épocas respectivas y a ninguno se le ocurrió relacionarlo con la criminalidad hasta que Lombroso vino a señalar que el delincuente era un caso de

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 215.

¹⁷² MONTES LUENGOS, J., *Precursos de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, cap. VI, Madrid 1911, p. 155 y ss.

atavismo. Por ello, con el conocimiento de las doctrinas tradicionales se atrevió, aún a más, pues examinó los caracteres anatómicos y fisiológicos, psíquicos y morales, atribuidos al tipo criminal y basándose en el testimonio de especialistas de diferente tendencia ideológica llegó a la conclusión de que ningún carácter absolutamente fijo aparece en el individuo que se ha llamado “*tipo criminal*”, y constató que no existe ni un sólo dato que le sea exclusivo ya que, como observó, se dan en la misma proporción en personas honradas¹⁷³.

De hecho, diez años después de la valiente crítica del P. Montes contra las teorías de Lombroso rechazando la fatalidad orgánica, el ilustre penalista Luis Jiménez de Asúa publicó un precioso estudio sobre las aportaciones de la Endocrinología a la hipótesis lombrosiana del tipo criminal en el que decía con rotundidad:

“Los estudios criminológicos sobre el tipo delincuente son sugestivos por demás; pero yo he presenciado siempre con escéptico ademán, el alboroto de los positivistas ante la ruta que pretende abrir la Endocrinología en el área penal. De estos nuevos derroteros emprendidos por la ciencia médico-biológica más puede temer que esperar la construcción del tipo delincuente. Si las anomalías somáticas se deben a los desequilibrios funcionales de las glándulas de secreción interna, desaparece aquel significado de atavismo y de detención en el desarrollo que Lombroso les dio, utilizando, para sus fines, los fenómenos de ontogenia y filogenia”¹⁷⁴.

¹⁷³ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, 245 y ss. Acerca de esta materia véase su obra, antes citada: *Precusores...* En especial, el cap. III, pp, 80 y ss.

¹⁷⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Endocrinología y Derecho Penal. Eutanasia y homicidio por compasión*, Montevideo 1927, p. 21.

Por tanto, el P. Montes desmontó el tipo del delincuente nato de Lombroso y con ello, toda la lógica de Garófalo y la sutileza de Ferri que partieron de aquella base¹⁷⁵. No obstante, el P. Montes, fiel a su espíritu humilde, consciente de que su crítica desmontaba una concepción penal que gozaba de mucho auge, pero sin ánimo de ofender ni polemizar, terminó esta cuestión afirmando que:

“Sin negar que se dan con frecuencia en los criminales ciertos caracteres psicológicos, morales y aún fisiológicos y anatómicos, no se sigue de aquí la existencia de un tipo criminal, formado por un conjunto de caracteres que se suponen congénitos, sino a lo más, una de tantas variedades como nos ofrece el tipo profesional, formados por caracteres casi siempre adquiridos.

En este sentido, se puede hablar de un tipo criminal y un tipo carcelario, como se habla de otros muchos tipos sociales y profesionales, sin que esto signifique otra cosa que el sello especial que imprimen en el organismo, y particularmente en el rostro, los sentimientos, las pasiones, los sufrimientos, el oficio, los hábitos y el género de vida a que cada uno se dedica. Esto es lo único que puede decirse del tipo criminal, lo que hoy se admite por la generalidad de los antropólogos, y lo que tiene una explicación fisiológica que en nada se opone al principio de la libertad y la imputabilidad moral del crimen”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Desde entonces, los Congresos Internacionales de Antropología Criminal desecharon, por anticientífica, la hipótesis del tipo criminal de Lombroso, se llegó a decir que los estudios acerca de la materia se parecían a los de los antiguos alquimistas que buscaban la piedra filosofal; se rechazó que los delincuentes sean físicamente inferiores a los hombres honrados; y que no existe un tipo criminal, de la misma manera que no hay un tipo de enajenado y menos aún un parentesco entre el delito y el atavismo, y aquellos Congresos pasaron a ser Congresos Internacionales de Criminología.

¹⁷⁶ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 254-255.

b.- El delito

El P. Montes hizo un original y novedoso estudio sobre el delito analizando sus causas antropológicas. Para ello, repara que el delito es un fenómeno que, como todos los de la naturaleza, tiene su causa, en tanto que acto humano, en la voluntad del sujeto, lo que no considera sea el único factor que concurre en la producción del delito, ni sea aquella la razón suficiente del acto criminal. Un hombre capaz de delinquir, un hombre normal, puede decidirse a llevarlo a cabo o no, pero siempre obrará movido por motivos que son los que influyen en su voluntad, y estos motivos son antecedentes que, sin hacer necesaria la resolución criminal (pues, de serlo, anularían su libertad y el sujeto sería irresponsable) cooperan de algún modo en ella. El examen de estas causas remotas del delito corresponde más que al Derecho penal, a las ciencias antropológicas, psíquicas y sociológicas, pero el P. Montes, novedoso en esta materia, apunta la importantísima cuestión de la etiología del delito por dos razones fundamentales.

La primera de las razones es esta:

“Por la dirección dada actualmente a la ciencia penal, considerándola en su amplísimo concepto de lucha contra el crimen, merced a la influencia de las escuelas antropológica, sociológica y de la política criminal, sin dejar de tener sus precedentes en la escuela clásica. La lucha contra el crimen no comprende sólo los medios represivos, sino también los preventivos, cuyo fin es precaver el delito atacando sus causas, y esa lucha no puede ir bien encaminada sin el conocimiento de la naturaleza y el valor de dichas causas”¹⁷⁷.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 257.

La segunda de las razones es más profunda:

“Consiste en que, así para la individualización del delito y la pena como para apreciar en cada caso concreto el grado de responsabilidad del delincuente, no basta averiguar las circunstancias en que cometió el delito y las que concurrieron en su ejecución, es preciso conocer otros precedentes del culpable, su carácter, sus ocupaciones, su vida, en una palabra, todas las causas que han contribuido a hacer de él un criminal y hasta qué punto, dependieron esas causas de su voluntad”¹⁷⁸.

Es innegable la trascendencia que en la doctrina católica tienen estas causas, pero el P. Montes, religioso y jurista de vocación, incorpora aquellas al área jurídico-penal, de manera pionera y novedosa pues, a diferencia del determinismo, no niega la libertad, mientras que éste suprime el libre albedrío y considera que el delito no es producto de la voluntad, sino del conjunto de antecedentes que la determinan necesariamente a obrar, teniendo el valor de causas eficientes del crimen.

Lo que hace el P. Montes al tomar en consideración dichos antecedentes es la salvedad de que, aplicados a los actos humanos, carecen del valor absoluto que tiene en las ciencias exactas como las matemáticas. Y, a continuación, discrepa abiertamente de la doctrina de Ferri quien consideró tales antecedentes como *“factores del delito”*, designación propia de la escuela determinista, pero inapropiada dentro de la doctrina tradicional, y que clasificó en tres grupos: antropológicos, físicos y sociales según que

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 258.

procedan de las condiciones orgánicas o psíquicas del sujeto, de las cualidades de la tierra en que habita, como el clima, la temperatura, los alimentos, las bebidas, etc., o del medio social en que vive.

El P. Montes, duda que sea así y considera difícil de apreciar la influencia de los factores físicos y de los sociales, aunque no deja de analizarlos en otra de sus obras¹⁷⁹, pero se ocupa de los antropológicos, porque se cuestiona algo que hasta entonces había sido impensable: ¿es hereditario el crimen?

Se daba por sentado en los tiempos del P. Montes que: “*Del verdadero ladrón, como del verdadero poeta, puede decirse que nace, no que se hace*”¹⁸⁰, pero el sabio agustino discrepa: si el vicio es hereditario, también lo sería la virtud, y la experiencia, especialmente en nuestro caso la experiencia profesional, nos muestra que esto no es así: ni el vicio ni la virtud son hereditarias. Y si el delito fuese hereditario sus autores deberían nacer de padres criminales, lo que en nuestra experiencia resulta con frecuencia que muchos investigados son hijos de padres muy honrados que, desolados, reclaman indulgencia para sus hijos. Y es de notar que lo que se transmite por herencia no son los actos, ni los pensamientos, ni los vicios, ni las virtudes, ni el delito, sino la aptitud, la educación, las inclinaciones. Nadie es un criminal, por tanto, contra su voluntad¹⁸¹.

¹⁷⁹ MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, cap. VI, Madrid 1911, pp. 265-289.

¹⁸⁰ MAUDSLEY, *El crimen y la locura*, Madrid 1880, pp. 30 y ss.

¹⁸¹ Esta conclusión fue avalada en su momento por las experiencias del sabio agustino alemán G. Mendel resultando abundante la bibliografía de muchos autores, principalmente agustinos, sobre esta cuestión. A este respecto destacamos: NONIDEZ, J.F., *La herencia mendeliana*, Madrid 1922; MARCOS DEL RIO, F., “Las leyes mendelianas”, en *La Ciudad de Dios*, San Lorenzo de El Escorial 1922, vol. 130, pp. 108 y 321; vol. 131, pp. 94 y 429; MORGAN, T.H., *Evolución y mendelismo*, Madrid 1921.

Con todo ello, el P. Montes desmontó todos los errores de la antropología criminal lombrosiana, pero tuvo el acierto de salvar la importancia de la Antropología criminal como ciencia y su influjo en los estudios penales, ya que contribuyó a que en el futuro los criminalistas se fijasen más en las condiciones psicológicas del delincuente.

Este análisis le permitió al P. Montes definir el delito como:

“Violación voluntaria del derecho, cuyo restablecimiento exige una sanción penal, o en otras palabras: la violación de una norma de conducta, necesaria para la vida social, y cuyo cumplimiento es o debe ser exigido bajo la amenaza de una pena, hállese esta o no establecida en un pueblo determinado, por una ley positiva”¹⁸².

Para el P. Montes en el delito deben concurrir dos elementos:

- Uno moral o interno, a cuyo desarrollo contribuyó el Cristianismo, que es la voluntad, la intención, el propósito criminal, la culpabilidad; y

- Otro, material o externo, que es la ejecución de los hechos materiales del delito y cuya razón de ser es la utilidad colectiva o social que se lesiona con el delito.

El primero sin el segundo es una infracción del orden moral, pero no del jurídico; en cambio, el segundo sin el primero no infringe a la moral ni el derecho, ni es acto humano siquiera¹⁸³.

¹⁸² MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, 2ª ed., vol. 2, pág. 21.

¹⁸³ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, 2ª ed., vol. 2, p. 22.

c.- La pena

En cuanto a la pena, el P. Montes introdujo un elemento muy importante. Comienza definiendo la pena como:

“La privación de un bien físico o de un derecho, dictada previamente por la ley e impuesta, en los casos concretos, por el poder judicial competente al culpable de un delito, por razón del mismo y en conformidad con la ley”¹⁸⁴.

Posteriormente se refiere a cómo, desde la antigüedad, fueron los castigos corporales, junto con la pena de muerte y las condenas infamantes, el correctivo usado y la base de la penalidad de las acciones criminales por carecer de establecimientos penitenciarios y otros medios eficaces de lucha contra la criminalidad. La pérdida temporal o perpetua de la libertad, el secuestro de bienes, las penas aflictivas como los azotes o apaleamientos, la mutilación de miembros, sirvieron durante los siglos pasados al legislador para contener al delincuente dentro de los límites legales. Respecto al empleo de este tipo de penas, dice el P. Montes:

“Tenía una disculpa y una explicación, bien por el menor refinamiento de las costumbres, bien por la falta de medidas adecuadas para reprimir la audacia de ciertos malhechores, cuando la reclusión carcelaria no se usaba como pena”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 319-20.

¹⁸⁵ MONTES LUENGOS, J., *Derecho penal español*, II, 2ª edic. San Lorenzo del Escorial 1929, p. 372.

De este modo, el P. Montes establece las condiciones generales de las penas y las clasifica y, aunque se proclamó defensor de la pena de muerte, combatió las penas infamantes y las de corta duración y apoyó la pena de multa, que se hizo realidad en nuestro Código Penal de 1995; y la rehabilitación, así como la reducción de las penas carcelarias por los nocivos efectos que conllevan.

Respecto de la pena de prisión, fue Ferri el primer jurista que lanzó un ataque violento contra el aislamiento celular en una conferencia pronunciada en 1885 donde proclamó que: *“el sistema celular constituye una de las aberraciones del siglo XIX”*¹⁸⁶, al que se sumaron después otros penalistas y criminólogos, entre ellos el P. Montes, para el que aunque teóricamente las penas de privación de libertad son las más adecuadas a los fines de la penalidad, por concurrir en ellas el mayor número de condiciones que la hacen aptas para tales fines, sin embargo, se mostró partidario de adaptar las penas a las condiciones y circunstancias particulares del penado, al considerar que se somete al penado a un régimen de vida ordenado por el legislador o el juez, pudiendo emplearse otros medios más oportunos tanto para la seguridad ciudadana como para la propia regeneración del culpable. Preocupado por esta cuestión afirmó dicha posibilidad cuya realización depende de las condiciones en que la pena se cumple¹⁸⁷. Y señaló:

“La cárcel lo mismo puede ser una fuente de regeneración moral que un centro de corrupción; lo mismo una escuela de moralidad y honradez que una escuela del crimen: todo depende del sistema adoptado, del régimen de vida y,

¹⁸⁶ FERRI, E., *Sociología Criminale*, Turín 1930, p. 515.

¹⁸⁷ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol. 2, 1929, p. 401.

más que nada, de la vocación, la abnegación y el celo del personal directivo”¹⁸⁸.

Es cierto que la prisión origina males para el recluso al aislarlo por completo del mundo exterior lo que puede crear en el preso un espíritu hostil y agresivo contra la sociedad y ser una escuela de crimen; pero también para la sociedad ya que acarrea unos gastos sociales fruto del cumplimiento de la pena.

Actualmente, debido a las consideraciones de juristas como el P. Montes, contrarios a las medidas coercitivas y favorable a una reducción de las penas privativas de libertad o su sustitución por otros mecanismos que garanticen la seguridad jurídica, las penas coercitivas ya han sido desterradas de nuestras leyes por considerarse degradantes, contraproducentes y contrarias a la dignidad humana y a los sentimientos de la sociedad civil actual donde se armoniza el respeto al investigado o acusado con la defensa social y la defensa del Estado, porque penar no es vengarse ni producir males y dolores sin medida ni tasa bajo la opresión del miedo y de la ira. La dignidad de la naturaleza humana no puede ser desconocida ni ultrajada en la reacción que la función punitiva implica, la cual ha de sujetarse a límites derivados de la eficacia de su virtualidad, la índole de sujeto pasivo de la pena y la cualidad de condición jurídica propia de la sanción misma. Y estos criterios han sido afanosamente difundidos en la conciencia pública e infiltrados poco a poco en las leyes a partir de estudios como los del P. Montes, que combinan la satisfacción de la conciencia cristiana y el cumplimiento del ideal humano del pensamiento moderno.

¹⁸⁸ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, vol 2, p. 402.

Desde luego, hablar de la abolición de la pena de prisión es utópico, pues la prisión desempeña una función necesaria para la protección social contra la criminalidad, pero las sucesivas reformas que durante el siglo XIX se iniciaron a raíz de las voces de alarma de juristas como el P. Montes, llevaron a un tratamiento reformador aplicable a dicha pena y a su sustitución por penas alternativas como la multa, la localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad.

No obstante, la materia más extensa de la pena a la que el P. Montes dedica su atención es la relativa a los problemas derivados de la determinación y aplicación de la pena según la gravedad del delito. Cuestión altamente técnica y compleja en la que influyen factores que dependen de la naturaleza del hecho, la criminalidad del delincuente, etc., que confluyen en lo que jurídicamente se llama individualización de la pena, que el P. Montes expuso con maestría no sin dejar de hacerse interrogantes irónicos como aquel en el que, recordando la cita bíblica: *“pro mensura peccati erit et plagarum modus”*¹⁸⁹ se preguntaba:

*“Pero, ¿cómo se determina la gravedad exacta del delito y la gravedad exacta de la pena para establecer una relación cuantitativa entre el uno y la otra?”. Si se pretende buscar una cantidad de pena materialmente igual a otra cantidad de delito y establecer entre ambas cantidades una igualdad matemática, el problema no tiene solución -lo declaramos así de antemano- porque esa relación matemática no existe”*¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Deuteronomio 25,2

¹⁹⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, 2ª ed., vol. 2, p. 437.

El P. Montes apuntó lo que ha sido y sigue siendo caballo de batalla entre los juristas, los de antes y los de ahora, y es el relativo a la proporcionalidad penal, pues ésta comprende tres aspectos: determinar la gravedad moral y social del delito; determinar la gravedad absoluta o relativa de la pena; y establecer la relación de proporción o cantidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena.

Respecto del primero de ellos referente a la gravedad moral y social del delito, el P. Montes señaló que la razón moral de la punición de un determinado hecho es la culpa subjetiva. Se trata de una violación del derecho. Por tanto, a mayor gravedad de la culpa moral y del daño social mayor es la gravedad del delito.

La gravedad de la culpa depende del elemento subjetivo: la conciencia del hecho mismo, la intención puesta en la ejecución y la determinación de la voluntad; mientras que la gravedad del delito depende del elemento objetivo: la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (aspecto material del delito) y la importancia de la norma violada (aspecto formal)¹⁹¹.

En cuanto a la determinación de la gravedad de la pena, el P. Montes partió de la importancia del bien que es objeto de privación. Así, la pena de muerte es más grave que la pena privativa de libertad, porque priva de un bien más estimable mientras que la otra depende de su duración, por eso consideraba que no es así como debe medirse la gravedad de la pena sino en relación con el sufrimiento o privaciones que significa para el penado, y recuerda a Carrara cuando afirmaba que la pena de muerte no es igual para un joven sano que para un anciano enfermo próximo a la muerte¹⁹².

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 437-442.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 442-443.

Finalmente, respecto de la relación proporcional entre el delito y la pena, el P. Montes consideró una difícil cuestión: determinar qué cantidad de pena corresponde a tal delito concreto y porqué ha de ser esa cantidad y no otra mayor o menor.

De este modo criticó a los penalistas que rechazan la relación cuantitativa entre delito y pena:

“¿No califican de cruel y bárbara la pena de muerte, por ejemplo, aplicada por algunas legislaciones antiguas al simple hurto? ¿Y la razón de calificarla así, es otra, puede ser otra que la visible desproporción de aquella pena con el delito a que se aplicaba? Luego existe realmente una relación de proporción entre la pena y el delito y esa proporción es apreciada por la inteligencia”¹⁹³.

Puesto que no se trata de una proporción material y aritmética, el P. Montes introdujo una idea que resulta esencial: la relación proporcional entre el delito y la pena y la relatividad que, aunque deja margen amplio a la apreciación del legislador respecto de cada delito en abstracto, relacionado con los demás delitos y las necesidades sociales y a la apreciación del juez respecto de cada delito y cada delincuente en concreto, sin embargo, no se trata de una proporción geométrica propia de la teoría de la individualización de la pena que permite graduarla según la gravedad intrínseca del delito, sino según el daño social del mismo, aplicándole la pena necesaria para destruir o reparar el daño social causado por el delito¹⁹⁴.

¹⁹³ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 444.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 445.

3.1.3. La pena de muerte y el derecho de indulto

En 1897 el P. Montes publicó otra gran obra jurídica: *La pena de muerte y el derecho de indulto*¹⁹⁵.

Se trataba de la recopilación de una serie de artículos publicados en forma de ensayos en la revista *La Ciudad de Dios*¹⁹⁶, que sirvieron de base para el texto definitivo, de más de 250 páginas, del que dice el P. López Riocerezo que, es una obra tan trabajada y plena del más alto interés que:

*“Con esta sola muestra, se habría labrado la ejecutoria permanente de penalista consumado, traspasando rápidamente, como casi todos sus escritos, las fronteras de España y mereciendo alabanzas universales al par que granjeándole por doquier admiradores y amistades”*¹⁹⁷.

3.1.3.1.- La pena de muerte

La primera parte del libro está dedicada a *La pena de muerte*. Comienza con una introducción en la que el P. Montes nos dice que fue la celebridad de la ejecución pública en un solo día de cuatro delincuentes anarquistas en Jerez lo que le sugirió la idea de agrupar los artículos publicados y dar forma de libro a los estudios realizados sobre la pena capital.

¹⁹⁵ MONTES LUENGOS, J., *La pena de muerte y el Derecho de indulto*, Madrid 1897.

¹⁹⁶ Véanse los volúmenes XXVII al XXVIX, XXXIII, XXXIV, XXXVIII al XL de la citada revista.

¹⁹⁷ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, p. 37.

Desde el comienzo, el sabio agustino deja claro, tras el examen de las escuelas penales y la lectura meditada de libros referentes al tema, con preferencia de los que tratan de impugnarla, que:

“Es una necesidad, muy terrible por cierto, pero al fin una necesidad, que la justicia humana venga los crímenes con el castigo de los malhechores, creando cárceles y erigiendo patíbulos”¹⁹⁸.

Expone, a continuación, la controversia existente acerca de la pena de muerte en el orden doctrinal con sus partidarios y detractores realizando un riguroso análisis histórico y filosófico de la evolución del concepto en la escuela clásica, la correccionalista y la antropológica. Es importante lo que dice el P. Montes al respecto cuando señala que:

“El principio fundamental de las penas consta de dos elementos: uno inmutable, universal y eterno, que es la justicia misma, y otro variable, que nace de la necesidad social de la pena, y, por tanto, de las circunstancias particulares de cada país y de cada época”¹⁹⁹.

Analiza las condiciones que han de concurrir para imponer un castigo jurídico: que el castigo sea justo en cuanto proporcionado a la culpa; y, que sea necesario para el restablecimiento del orden. Por eso considera que son muy pocos los que niegan que la pena de muerte absolutamente considerada sea justa. Y, pese a manifestar haber presenciado la ejecución de un reo, expresa su opinión particular favorable a la

¹⁹⁸ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 1.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 35.

legitimidad de la pena de muerte, de la que hace un riguroso análisis de su historia a través de los tiempos y los lugares, para llegar a exponer unas líneas sobre la Revelación y sobre la Filosofía en apoyo de su postura.

Tras haber analizado la legitimidad de la pena de muerte, se refiere a la segunda de las condiciones que han de concurrir para imponer un castigo jurídico: la necesidad de la pena de muerte para el restablecimiento del orden, enfrentándose a las impugnaciones realizadas por la escuela clásica y por quienes se oponen a ella inspirados en las teorías de Beccaria o en los principios correccionalistas de Roeder, para defender su necesidad y los delitos a los que debe aplicarse por razón de ejemplaridad y restablecimiento del orden social.

Y, finalmente, trata de la ejecución de la pena de muerte. Refiere el P. Montes datos históricos sobre el último suplicio en los distintos pueblos y civilizaciones del mundo y se cuestiona si debe ejecutarse con publicidad, para terminar refiriéndose a la ejecución de dicha pena, la forma, el lugar y las solemnidades con que se llevan a cabo las distintas ejecuciones con dos condiciones:

“1ª. El medio de ejecución debe causar al paciente el menor sufrimiento físico posible; y

2ª No ha de hacer repugnante el acto a la multitud que lo presencia”²⁰⁰.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 154.

Seguidamente, analiza qué medios son aptos a estas condiciones como la guillotina o cualquier otro aparato de igual efecto, la horca y el garrote, y hace una apuesta por la física (a través de la electricidad) y la Química (por medio de los narcóticos).

¿Es posible una sensibilidad social, jurídica y política favorable a la pena de muerte? Hoy nos resulta inconcebible, pero en vida del P. Montes, sí era posible. La misma Concepción Arenal, defensora de los derechos de los presos, escribía contra la publicidad de la pena pero sin oponerse a ella, desde el pudor religioso que veía en la multitud una distracción para el "*bien morir*" del reo²⁰¹. Y es que la teoría de Lombroso sobre el atavismo instintivo y heredado como motivos que empujan al criminal a delinquir supuso la negación de la imputabilidad y la responsabilidad moral del individuo²⁰². Dicha postura, que debía necesariamente ser contraria a la pena de muerte y favorable al encierro y la corrección, fue duramente combatida por los partidarios de la pena capital.

Singularmente el P. Montes combatió a quienes pretendían abolir dicha pena capital empleando el argumento del aval de la historia: "*la autoridad de los siglos*", "*siempre se ha hecho*" y, por tanto, ve en el contrario a dicha pena: "*un soberbio que se cree superior a la suma de todas las inteligencias que le han precedido*"²⁰³.

²⁰¹ ARENAL, C., *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, Madrid 1867.

²⁰² Otros escritos italianos que beben de esta corriente, CARNEVALE, E., *La cuestión de la pena de muerte*, La España Moderna, Madrid 1897; ELLERO, P., *Sobre la pena de muerte*, Domingo Blanco, Madrid 1907. Una variante muy comentada en la época fue la de GAROFALO, R., *Contra la corriente: pensamientos acerca de la abolición de la pena de muerte*, Madrid 1904, donde se defiende la pena desde una ley de selección que legitimaría a excluir de la sociedad a los que la perjudican.

²⁰³ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 35 y ss.

En este sentido, social, jurídica y políticamente era mayoritaria la postura sobre la no abolición de la pena de muerte dado que se producían tal cantidad de delitos de sangre que era frecuente aplicar la pena capital en diferentes casos graves por considerarse un castigo ejemplar. Fueron casos conocidos: el crimen de Guadarrama; la causa del niño Pedrín contra el Chato²⁰⁴; el terrorismo de la mano negra, etc., pero la disputa se había avivado por la actividad anarquista y la posterior represión estatal²⁰⁵.

De hecho, la polémica sobre las ejecuciones públicas no cesó durante el primer tercio del siglo XX, multiplicándose las argumentaciones en torno a la legitimidad y la necesidad de la pena conforme aumentaba la conflictividad social y retumbaban en Europa los cañones de la guerra. Unos luchaban contra la pena de muerte por ser "*punición monstruosa*" y "*residuo de otros tiempos*"²⁰⁶; otros, por creer en la corrección y recuperación del criminal²⁰⁷; mientras que algunos médicos trataban de demostrar, en palabras de la época, la "*imbecilidad*" del reo para conseguir su indulto²⁰⁸. E, incluso, en algunos escritos se proponían combinadamente ejecuciones y encierros especiales²⁰⁹, y,

²⁰⁴ MAROTO LÓPEZ, J., "San Lorenzo el Real. Memorias 1868-1914", 2ª ed. Madrid 20011, pp 42-74.

²⁰⁵ Un suceso que tuvo una importancia trascendental fue el atentado de Barcelona de la calle Cambios Nuevos y la posterior y desmedida reacción policial, con masivas detenciones y brutales torturas en Montjuich, y con varias ejecuciones efectuadas en los patios del castillo.

²⁰⁶ COSTA FIGUEIRAS, L., *La pena de muerte*, Antonio San Martín impresor, Segovia 1907.

²⁰⁷ CANALEJAS RUBIO, J., *La pena de muerte*, González y Jiménez Impresores y Editores, Madrid 1914.

²⁰⁸ RUIZ MAYA, M., *Un imbecil condenado a muerte: estudio médico legal de la pena impuesta a Isidoro Ramírez Morales, autor del asesinato de su padre y madrastra...*, Córdoba 1915; SÁNCHEZ MANZANO, Marcelo, *Consideraciones médico-legales sobre una pena de muerte de un epiléptico*, Salamanca 1924.

²⁰⁹ COSSÍO Y GÓMEZ ACEBO, Manuel, *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*, Madrid, 1914, donde se proponía la sustitución por el *ergastolo* italiano, una reclusión especial perpetua en una isla estatal con duros regímenes de aislamiento y trabajo; AMOR Y NEVEIRO, C., *El problema de la pena de muerte y de sus sustitutos legales: sustitutivo para la represión del anarquismo*, Madrid 1917. Este autor propone la pena de reclusión en manicomio judicial al ejecutor anarquista por su "*estado de degeneración y perturbación mental*", y la pena de muerte para el inductor.

en otros, se seguía manteniendo de modo recalcitrante que la desaparición de la máxima pena favorecía "*exclusivamente a los delincuentes*"²¹⁰.

La discusión dio bastante juego y produjo abundantes opiniones. En este contexto histórico el P. Montes justificó la pena de muerte. Fueron, sin duda alguna, las circunstancias sociales y políticas, así como las ideas predominantes, las que condicionaron el pensamiento del P. Montes que se desmarcó de la escuela clásica de Beccaria²¹¹.

Aunque es cierto que el P. Montes pudo haber ensayado una apuesta clara por la supresión legal de la pena capital de conformidad con los postulados de la escuela clásica así como el espíritu cristiano, sin embargo, el contexto influyó en su pensamiento. Sin embargo, dichas consideraciones, a nuestro juicio, en modo alguno empañan el esfuerzo y trabajo realizado por el sabio agustino.

Aunque pueda sorprender y resultarnos hoy una barbaridad que un religioso agustino defienda la legitimidad de la pena de muerte y la inconveniencia de su abolición, han de tenerse en cuenta la época y las circunstancias políticas, jurídicas y sociales de la época en las que el P. Montes escribe su obra. No se discute la opinión del P. Riocerezo cuando afirma que: la obra "*es una prueba patente e indiscutible de*

²¹⁰ BRUNA, J. C., *Algunas reflexiones sobre la pena de muerte*, Madrid, 1911. Una apasionada defensa de la pena capital desde falsos argumentos estéticos y simbólicos en CANSINOS ASSENS, R., *Estética y erotismo de la pena de muerte; estética y erotismo de la guerra*, Madrid 1916, quien afirmaba que la pena de muerte, "*practicada apropiadamente, puede ser la obra de arte por excelencia, la suprema obra de arte*", o que "*la ejecución capital es un acto de masoquismo y sadismo, complejísimo y perfecto*" capaz de proporcionar elevadas dosis de placer por la vía del dolor.

²¹¹ Quien, en un pequeño libro de reducidas páginas pero de enorme repercusión titulado *De los delitos y las penas*, había hecho una encendida acusación contra la barbarie del Derecho penal del antiguo régimen sintetizando las ideas que estaban en el ambiente y, tomando en consideración el "*Contrato social*" de J. J. Rousseau, apostaba por la abolición de la pena capital.

*investigación, talento e ingenio*²¹², porque, de hecho, se trata de una obra completa y rigurosa que ofrece un minucioso análisis histórico, jurídico y filosófico que la sitúa entre las obras más importantes de la Ciencia jurídica penal española.

Si ha de darse algún mérito al trabajo del P. Montes es el de haber efectuado un estudio serio y profundo sobre la pena de muerte desde su contexto histórico y filosófico, pero jurídicamente dicha pena ha sido eliminada de nuestra legislación y el estudio del P. Montes deviene irrelevante a los fines de esta tesis, pero no desmerece la importancia que dicha obra tuvo y representó en el contexto decimonónico en que fue escrita.

3.1.3.2.- El derecho de indulto

Donde el P. Montes vuelve a sorprendernos de nuevo con una gran aportación al Derecho penal es con sus tesis sobre el derecho al indulto.

Tras haber defendido la pena de muerte, el P. Montes añade a aquella obra un estudio que es la primera y mayor defensa del derecho al indulto, en unos momentos en los que se cuestionó con dureza dicha institución pues el pueblo seguía viendo con agrado la ejecución pública de la pena de muerte.

a.- Clima social y político en la época del P. Montes.

²¹² LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, p. 41.

Resulta interesante conocer cuál era el clima social y político en la época del P. Montes para conocer la valentía de sus propuestas y en qué modo éstas fueron novedosas y constituyeron una aportación esencial a la ciencia jurídica, pues las clases sociales seguían viendo con buenos ojos la pena de muerte.

¿Hasta qué punto se criticó por las clases sociales lo que en otros tiempos había sido un espectáculo participativo y catártico como era la pena de muerte? ¿Qué esperaban o qué movía a los vecinos de los pueblos cercanos a acudir a semejante espectáculo: emociones fuertes o un indulto de última hora?

Es posible que en el contexto decimonónico de la penalidad y el castigo se estuviera produciendo un cambio de sensibilidad social contra la pena de muerte que depende de una decisión humana como consecuencia de un momento de cambio coincidente con el surgimiento de la sociedad liberal, pero ¿influyó dicho contexto y el desencanto social en la mentalidad de un sacerdote jurista que había defendido la pena de muerte para abordar la defensa del indulto?

Hay síntomas de que durante los años finales del siglo XIX tuvo lugar un cambio en el modo de percibir dicha cuestión, no sólo entre las clases bajas o populares, cuyas manifestaciones se resisten a ser descubiertas y clasificadas, sino en las clases medias (artistas, escritores, juristas, médicos...). Sin embargo, la actitud de las autoridades respecto de estas manifestaciones de descontento y de la propia pena capital, viendo los movimientos sociales en este asunto, no promovió en ningún momento un debate a nivel jurídico y social, a pesar de que existía ya en la calle.

De hecho, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados correspondiente a los días 19 y 20 de junio de 1880 se registró la primera interpelación sobre el derecho de Gracia promovida por un diputado en minoría, el jurista malagueño José de Carvajal y Hué²¹³.

La intervención, que fue autorizada de forma extemporánea, al habersele negado en una primera sesión la palabra reclamada como un “*deber de humanidad*”, encerraba un ataque directo a la Restauración durante el Gobierno de Cánovas así como contra la apatía política en materia de pena de muerte. Su interpelación al Congreso no tiene desperdicio:

“El estado de mi espíritu, señores, cuando me dirigía ayer al salón de sesiones, era el de una honda perturbación. Sabía que había 23 condenados a muerte en el territorio español; acababa de saber que en aquel mismo día se había levantado el cadalso en Sueca, en una de las más pintorescas regiones de la fértil Valencia; sabía también que estaba ya construyéndose el tablado para otra ejecución hoy en Madrid; que mañana, la villa de Aragón, en la provincia de Zaragoza, ha de presenciar otro hecho tan horrible como éstos, y que en Cataluña quizá pasado mañana serán puestos dos reos en capilla y ejecutadas otras sentencias de muerte. ¿Qué es esto, señores Diputados? ¿Se va a convertir España en un matadero de reses humanas?”²¹⁴.

Y ante las protestas habidas en la Cámara añadió con la misma rigurosidad:

²¹³ CARVAJAL Y HUÉ, J., “Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto”. Sesión de 19 de junio de 1880, en *Discursos parlamentarios*, t. III, Madrid 1895.

²¹⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 21.

“No os asombréis; ¡ah! Desde la comodidad de vuestros sitios miráis frente al patíbulo; pero valiera más que tuvierais horror hacia lo que el patíbulo significa para vosotros y vuestro partido. Yo pregunto qué ganáis con esas interrupciones, qué ganáis con esos rumores. ¿Creéis que me he de callar? ¿Y no comprendéis que esas interrupciones han de ser malamente traducidas fuera de aquí? ¡Veintitrés sentenciados a muerte! ¡Cinco reos en capilla! ¡España convertida en un matadero!”²¹⁵.

Y terminó su intervención:

“Señores diputados, ...todo resulta pequeño en el día de hoy enfrente de las cuestiones políticas, jurídicas, legales y sociales que suscitan los cadalsos que diariamente está alzando en territorio español el abandono que el Gobierno hace con su responsabilidad ministerial, y dentro de la esfera de esa responsabilidad, de la regia prerrogativa de indulto”²¹⁶.

La pregunta derivó en un enfrentamiento sobre la aplicación de la pena de muerte durante el periodo de la Primera República lo que provocó un examen de las condenas ejecutadas que llevó a la dimisión de Nicolás Salmerón, abolicionista convencido de la pena de muerte, quien prefirió dimitir a firmar las sentencias de muerte.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 34-35.

Tras las jornadas revolucionarias del 1848 francés, alguna voz se alzó contra la aplicación de la pena de muerte en los delitos "políticos"²¹⁷, y pocos años después saldría a la luz un volumen de Manuel Pérez y Molina en el que sostenía que la mejor pena es aquella por la que el criminal sufre *"la privación de todos los bienes y goces que promete la tierra"*²¹⁸.

Tras la Gloriosa del 68, Concepción Arenal escribía contra la publicidad de la pena de muerte pero sin oponerse a ella, desde el pudor religioso que veía en la multitud una distracción para el *"bien morir"* del reo²¹⁹. Luego, los argumentos esgrimidos durante los setenta a favor o en contra de la pena girarían en torno a la necesidad y eficacia represora del patíbulo (magistrados como Martín Losantos²²⁰ o González Nandín²²¹ combatieron con ahínco el abolicionismo, mientras que otros como Torres Campos defenderían la postura contraria), atribuyendo diferentes efectos morales y psicológicos a la multitud que contempla la ejecución y a los delincuentes que en ella pudieren encontrarse²²².

²¹⁷ VALLADARES, R., *Sobre la necesidad de proscribir la pena de muerte por los llamados delitos políticos*, Madrid 1848.

²¹⁸ La obra de Manuel Pérez y Molina constituye una rareza en la bibliografía de mediados del siglo XIX sobre la pena de muerte al defender su abolición en términos generales o absolutos, PÉREZ Y MOLINA, M., *La sociedad y el patíbulo o la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid 1854, p. 53.

²¹⁹ ARENAL, C., *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, Madrid 1867.

²²⁰ MARTÍN LOSSANTOS, P., *La pena de muerte*, Tarragona, 1869, para quien: *"el derecho a quitar la vida al que no respeta las ajenas, es el derecho a cazar las fieras, es el de matar un perro rabioso, es el de librarse de un enemigo"*, p 67.

²²¹ GONZÁLEZ NANDÍN, S., *Estudios sobre la pena de muerte*, Madrid 1872. En la misma línea, CARRIL Y CAMPERO, M., *Dos palabras sobre la pena de muerte*, Orense 1876.

²²² Un resumen de las teorías y argumentos del debate puede verse en GABBA, C. R., *El pro y el contra en la cuestión de la pena de muerte*, Madrid 1870, quien pese a su aparente asepsia expositiva termina confesando que no le persuaden los argumentos de los abolicionistas.

Con la Restauración el debate perdió algo de fuerza, ganado momentáneamente por los defensores de la muerte pública. Por aquel entonces escribía Torres Campos respecto al movimiento abolicionista:

“No se ha llegado, por desgracia, a generalizar la nueva corriente de las ideas. Reputados jurisconsultos de diferentes opiniones sostienen la pena de muerte con decisión, y se aplica con una frecuencia tal de que no hay frecuencia en ningún pueblo civilizado”²²³.

No se olvide que el abolicionismo de la pena de muerte encuentra su base fundamental en el mismo Beccaria cuando afirmaba:

“No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo, es sólo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si demostrase que la pena de muerte no es útil ni es necesaria, habré vencido la causa a favor de la humanidad”²²⁴.

Sin embargo, durante la última década del siglo XIX la prensa concedió de manera generalizada espacios importantes a los más escabrosos detalles de las ejecuciones por pena de muerte en sus primeros escauceos con el sensacionalismo de

²²³ TORRES CAMPOS, M., *La pena de muerte y su abolición en España*, Madrid 1879, p. 3. También CON Y TRES, José, *La pena de muerte y la moral*, Madrid 1873, quien sostiene que *“la pena de muerte es uno de los muchos medios con los que grandes tiranos, monstruos engendrados entre el fanatismo y la ignorancia, tratan de ocultar sus más horribles crímenes”*, p. 17.

²²⁴ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, *Op. cit.*, p. 82.

masas a la búsqueda de nuevos lectores, lo que hizo patente la tendencia a conmutar la sentencia de muerte por cadena perpetua²²⁵.

Durante esos años, sin embargo, la violencia anarquista y la represión del poder para sofocarla, así como la aparición de las teorías criminalistas antropológicas de la escuela italiana, reavivaron el debate y la discusión. Empezando por esto último, la consecuencia directa de la teoría de Lombroso del atavismo instintivo y heredado que empuja al criminal a delinquir fue la negación de la imputabilidad y la responsabilidad moral del individuo²²⁶. Esta postura, sin embargo, fue contrarrestada por los partidarios del indulto, multiplicándose las argumentaciones en torno a la legitimidad y la necesidad de la pena conforme aumentaba la conflictividad social²²⁷.

La cuestión seguía sin resolverse en el debate jurídico y académico, como varias décadas atrás, aunque esta vez los argumentos abolicionistas iban poco a poco ganando terreno. Como ya expusimos anteriormente, unos luchaban contra la pena de muerte por ser "*monstruosa*" y "*residuo*" pasado²²⁸; otros, por creer en la corrección y recuperación del criminal²²⁹; mientras que algunos médicos trataban de demostrar la "*imbecilidad del reo*" para conseguir su indulto²³⁰. En algunos escritos se proponían combinaciones de

²²⁵ Sobre la publicidad de las penas y el papel de la prensa, PUYOL MONTERO, J. M., *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid 2001.

²²⁶ LOMBROSO, C., *Los criminales*, Barcelona 1911 (original de 1892), aunque existen otros muchos escritos de psicopatología criminal de este y otros autores como CARNEVALE, E., *La cuestión de la pena de muerte*, Madrid 1897. ELLERO, P., *Sobre la pena de muerte*, Madrid 1907; GARÓFALO, R., *Contra la corriente: pensamientos acerca de la abolición de la pena de muerte*, Madrid 1904, donde se defiende la pena desde una ley de selección que legitimaría a arrojar de la sociedad a los que la perjudican.

²²⁷ MONTES LUENGOS, J., *La pena de muerte y el derecho de indulto*, Madrid 1897, para quien la escuela antropológica constituía el "*conjunto de todos los errores materialistas*".

²²⁸ COSTA FIGUEIRAS, Luis, *La pena de muerte*, Segovia 1907.

²²⁹ CANALEJAS RUBIO, José, *La pena de muerte*, Madrid, 1914.

²³⁰ RUIZ MAYA, M., *Un imbecil condenado a muerte: estudio médico legal de la pena impuesta a Isidoro Ramírez Morales, autor del asesinato de su padre y madrastra...*, Córdoba 1915; SÁNCHEZ

ejecuciones y encierros especiales²³¹ y, en otros, se seguía manteniendo de modo recalcitrante que la desaparición de la máxima pena favorecía "*exclusivamente a los delincuentes*"²³².

b.- Posicionamiento y defensa del P. Montes del indulto

El P. Montes, haciéndose eco de este descontento y del cambio más amplio que se operaba en la sensibilidad hacia los propios delincuentes y las clases bajas en general de una postura contraria a la pena de muerte y al sufrimiento dictados por una voluntad humana, se mostró valiente y de manera arriesgada expresó su firme e inequívoco testimonio a favor del indulto en la obra de 1897.

Dicha obra *La pena de muerte y el derecho de indulto*²³³, es pionera en la Ciencia jurídica penal española. El P. Montes consciente de que del mismo modo que la sociedad tiene el derecho de imponer penas a los infractores, también tiene el poder de perdonarles, y por eso afirmará:

MANZANO, M., *Consideraciones médico-legales sobre una pena de muerte de un epiléptico*, Salamanca 1924.

²³¹ COSIO Y GÓMEZ ACEBO, M., *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*, Madrid 1914, donde se proponía la sustitución por el *ergastolo* italiano, una reclusión especial perpetua en una isla estatal con duros regímenes de aislamiento y trabajo; AMOR Y NEVEIRO, C., *El problema de la pena de muerte y de sus sustitutos legales: sustitutivo para la represión del anarquismo*, Madrid 1917. Este autor propone la pena de reclusión en manicomio judicial al ejecutor anarquista por su "*estado de degeneración y perturbación mental*", y la pena de muerte para el inductor.

²³² BRUNA, José Carlos, *Algunas reflexiones sobre la pena de muerte*, Madrid 1911; CANSINOS ASSENS, R., *Estética y erotismo de la pena de muerte; estética y erotismo de la guerra*, Madrid 1916, quien afirmaba que la pena de muerte, "*practicada apropiadamente, puede ser la obra de arte por excelencia, la suprema obra de arte*", o que "*la ejecución capital es un acto de masoquismo y sadismo, complejísimo y perfecto*" capaz de proporcionar elevadas dosis de placer por la vía del dolor en una apasionada defensa de la pena capital con argumentos puramente estéticos.

²³³ MONTES LUENGOS, J., *La pena de muerte y el Derecho de indulto*, Madrid 1897.

*“Por más que el derecho de que ahora vamos a tratar sea aplicable a cualquier pena, ninguna le hace tan necesario como a la de muerte, que, por su naturaleza, es irreparable”*²³⁴.

Medio siglo más tarde, Luis Costa Figueiras opinaba que:

“No se puede sostener (...) que la conciencia popular reclame y exija tal penalidad”.

En la misma línea reflexionaba José Canalejas al describir cómo, tras la comisión de algún horrendo crimen, todas las gentes claman por la muerte del asesino, pero al pasar unos meses decía:

*“El espíritu general se olvida del crimen, para no hacer más que compadecer al delincuente. Y entonces altos y bajos, perjudicados e indiferentes, luchan a porfía para ver quién consigue antes el indulto del reo”*²³⁵.

Aunque el P. Montes combatió a los abolicionistas de la pena de muerte con el argumento del aval de la historia, sin embargo, ante el cambio de sensibilidad social no dudó en afirmar:

²³⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pág. 159.

²³⁵ PÉREZ Y DE MOLINA, M., *La sociedad y el patíbulo o la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid 1854, pp. 53, 71-72 y 93; COSTA FIGUEIRAS, L., *ob. cit.*, p. 57; y CANALEJAS, José, *ob. cit.*, p. 87.

“El vulgo (...) ha sentido exactamente lo mismo que los filósofos sobre la pena de muerte, reconociendo en la sociedad el derecho de imponerla (...). En prueba de ello, basta decir que en ninguna historia se hallará citado el hecho de haber intentado el pueblo arrancar del poder público el derecho de imponer la última pena, ni aun de haber exigido en algún caso su abolición; y en cambio, se nos presentará repetidas veces el hecho de haber pedido la misma opinión pública la ejecución de un delincuente; de haberle visto el populacho con cruel satisfacción expiar sus crímenes en el cadalso, y de haberle él mismo quitado jurídicamente la vida”²³⁶.

También Concepción Arenal pretendía proteger al reo de *"esa concurrencia bulliciosa, que es un impío insulto al dolor supremo"*, y Canalejas se lamentaba del *"murmullo insultante y despreciativo de la muchedumbre"* al contemplar al condenado²³⁷.

En su obra, el P. Montes, tras definir el concepto de indulto, su origen y su fundamento, expuso la legitimidad del derecho de indulto, cuyo fundamento hallaba en la justicia señalando las deficiencias de la ley, la falibilidad de la justicia humana y la desigualdad de las penas²³⁸, y analizaba los precedentes del penado y su conducta posterior al delito y la razón histórica; se refiere al ejercicio del derecho de indulto con unas indicaciones históricas; y, por último, trata del derecho de indulto en la práctica y

²³⁶ MONTES, J., *Ob. cit.*, p. 48.

²³⁷ CANALEJAS, J., *Ob. cit.*, p. 23; ARENAL, C., *Ob. cit.*, p. 8.

²³⁸ A juicio del P. Montes, el fundamento del indulto, por tanto, se encuentra en la necesidad de contar con un instrumento, un remedio jurídico, que corrija la estricta aplicación de la ley general, adaptándola a las específicas circunstancias particulares que pueden concurrir en cada caso concreto. Dicha idea, sin embargo, no está exenta de críticas, siendo la fundamental, denunciada por el P. Montes, la arbitrariedad y los excesos en su aplicación, por lo que sus detractores postulan su supresión, ante los abusos en los que se ha incurrido, frente a sus defensores que propugnan su correcta aplicación, de tal forma que su concesión constituya un acto de justicia. Vid. MONTES LUENGOS, J., *Ob. cit.*, p. 203.

expone los abusos cometidos en el ejercicio del derecho de gracia y sus consecuencias para la penalidad y los pueblos, por lo que indica las reglas a que debe sujetarse el mismo que conllevan una reforma radical en su ejercicio.

No obstante los esfuerzos de penalistas como el P. Montes en defender el indulto, las autoridades tardaron en hacer cambios al respecto, resistiéndose a plantear la abolición de la pena capital, creyendo en la ejemplaridad del garrote hasta la República, aunque, si bien es cierto que, cada vez, en menor medida.

El Código penal de 1870, que intentó adaptarse a la nueva Constitución de 1869²³⁹, y se mantuvo en vigor hasta el nacimiento del Código penal de 1932 (salvo el intervalo de tiempo que estuvo vigente el Código penal de Primo de Rivera de 1928) contenía ya una primera referencia al indulto al regular las causas de la extinción de la responsabilidad penal, señalando en su art. 132. 4º:

“Artículo 132.: “La responsabilidad penal se extingue: [...]

4º. Por indulto. El indultado no podrá habitar por el tiempo que, a no haberlo sido, debería durar la condena en el lugar en que viva el ofendido, sin

²³⁹ Aprobada el día 1 de junio y publicada el día 6 del mismo mes por las Cortes constituyentes, estuvo en vigor desde el 1 de junio de 1869 y se mantuvo hasta el año 1873. Tiene influencias de la Constitución de los EE.UU., de la belga, y de la Constitución de 1812. Esta Constitución mantiene la exigencia de que la concesión de los indultos particulares sea con arreglo a las leyes. El indulto en sí no se prohíbe de manera absoluta, en realidad, solo se somete a la condición de que lo solicite una de las Cámaras. En estos términos se adivina el influjo del constitucionalismo norteamericano. También se establece en la Constitución, que para la concesión de amnistías e indultos generales, el Rey esté autorizado por una Ley especial. Es el primer texto Constitucional que, de forma concisa, distingue entre la amnistía, los indultos particulares y los indultos generales. Pero la Constitución, como ya se ha dicho no llegó a ser promulgada. El hecho de limitar las Cortes el ejercicio real de conceder indultos generales y amnistías, fue debido a la denuncia de abuso y arbitrariedad que en la práctica incurría el Rey en el ejercicio de la gracia colectiva. No hay que olvidar que tres años antes de la promulgación de la Constitución de 1869, se aprobaba el Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, que contenía las “reglas para la concesión de indultos: Una exposición razonada sobre la prerrogativa Real, y la prohibición de indultos generales y de peticiones colectivas” y en el que razonaba por qué se prohibían los indultos generales.

el consentimiento de éste, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado”.

El contenido de estos Códigos relativos al indulto vino a formar el cuerpo normativo regulador del procedimiento de concesión de la gracia de indulto, que se sistematizará, finalmente, en la Ley reguladora del indulto de 1870. Ley que, con algunas reformas puntuales en períodos históricos concretos, ha sobrevivido hasta el día de hoy regulando la institución del indulto²⁴⁰.

c.- El derecho de indulto en nuestros días

En nuestros días, sin embargo, el uso del indulto por parte del Gobierno español ha suscitado en determinados sectores laicos el interrogante acerca de si el Poder ejecutivo debe tener limitado el ejercicio del derecho de gracia así como la conveniencia de equilibrar los Poderes legislativo, ejecutivo y judicial y el cuidado que ha de tenerse sobre el mensaje que la sociedad recibe de la comprensión del indulto.

²⁴⁰ Varios han sido los intentos de redacción de una nueva ley de indulto, pero ninguno ha llegado a materializarse, quedando en simples formulaciones o proyectos infructuosos. Por citar los dos más recientes merece destacarse: 1.- Anteproyecto de Ley reguladora de la gracia de indulto de 23 de junio de 1981. Entre sus principales características debe destacarse: que el indulto abarca a toda clase de sanciones, sin limitarse expresamente a las de naturaleza penal; la total judicialización de los indultos, atribuyendo a los organismos jurisdiccionales su concesión; y la potestad del Rey, asistido por el Gobierno, para conceder indultos en el ámbito penal o administrativo, por razones de equidad o por superiores razones de conveniencia o utilidad pública que, por excepcionales, hayan de ser atendidas con la urgencia requerida. Como medidas garantizadoras de un mejor acierto en la decisión final se consigue que en el expediente deba figurar la intervención del Tribunal competente, del Ministerio Fiscal, la del Juez de Vigilancia en su caso, así como la de una Comisión Consultiva “ad hoc” que se crea para la valoración imparcial de las circunstancias concurrentes; 2.- Borrador del anteproyecto de nueva ley de indulto, de 18 de julio de 2005. La antigüedad de la Ley frente al contemporáneo incremento del número de peticiones de indulto, aconsejaba entre otras medidas, la revisión de la normativa vigente con la doble finalidad de modernizar los procedimientos de concesión y agilizar la tramitación de los expedientes. Bajo esta perspectiva, se constituyó un Grupo de Estudio para reflexionar y estudiar sobre la problemática que presenta la Ley reguladora de la Gracia de Indulto a fin de proponer alternativas viables, tanto si fuera preciso de una modificación de la Ley, en aspectos que sea necesario como la de su posible derogación y sustitución por otra nueva. Lo que se trataba era de modernizar el régimen jurídico de este instituto, en la línea marcada por la jurisprudencia y la doctrina, de tal forma que el indulto no sea una institución anacrónica, sino un instrumento al servicio del Estado de Derecho.

Algunos juristas se han cuestionado acerca de la racionalidad que preside el uso del poder gubernamental de indultar; de qué modo afecta este uso del poder a la democracia; y en qué medida afectan los usos arbitrarios del poder a la salud del Estado de Derecho²⁴¹; otros, en cambio, piden la reforma de la Ley de indulto o su desaparición por considerarla ambigua y con demasiadas lagunas²⁴².

Aunque el debate jurídico del indulto está abierto²⁴³, conviene ir a la naturaleza e importancia del indulto en el Estado así como su aspecto pedagógico socialmente, sin despreciar, desde luego, las consideraciones jurídicas que pueden hacerse acerca de si lo ideal sería que los indultos se motivaran y se exigiera tal motivación por ley; si existe o no vulneración de principios constitucionales; si su regulación resulta o no ambigua o deficiente; si es o no contraria a la separación de poderes y podría suponer una intromisión del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial; si existe arbitrariedad de los poderes públicos; o si tienen sentido los indultos en Semana Santa en un Estado que, según la Constitución, se declara aconfesional.

Sin desmerecer ninguna de estas discusiones, debemos al P. Montes la defensa del derecho al indulto. Su trabajo tiene el mérito de señalar que las leyes de la razón admiten el perdón del corazón; que el propósito de un Estado, con independencia de su

²⁴¹ Con mayor amplitud puede verse MADRID PEREZ, A., “El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, 6 (2014), pp. 110-133.

²⁴² LLORCA ORTEGA, J., *La ley del indulto*, Valencia 2003; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Una lectura crítica de la Ley del indulto”, en *InDret*, 2/2008, abril, pp. 1-32.

²⁴³ De hecho, ha llegado recientemente al Congreso de los Diputados el pasado mes de febrero de 2107 una propuesta del PSOE para que el Gobierno no pueda indultar a condenados por corrupción o violencia machista e, incluso, algunos de los indultos concedidos por parte del Gobierno durante la democracia han supuesto un enfrentamiento directo con el Poder judicial. En concreto, el caso del doble indulto durante 2012 a 4 policías autonómicos (mossos d’esquadra en Cataluña) y el indulto a dos banqueros.

confesionalidad, debe ser la reconciliación del individuo y la sociedad en la que dicho ciudadano ha delinquido; y que lo pedagógico y cristiano es enseñar a perdonar²⁴⁴.

²⁴⁴ Sobre el cuestionamiento del derecho al indulto en la sociedad contemporánea puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El perdón cristiano en el Derecho español: los indultos a las Cofradías de penitencia” en *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia* (Simposium San Lorenzo de El Escorial, 6 al 9 de septiembre, XXV Edición) / coord. por Francisco Javier Campos y Fernández de Sevilla, vol. 1, 2017, pp. 7-22.

3.2. Aportaciones a la investigación histórico-penal

3.2.1. Los precursores de la ciencia penal en España

Es habitual encontrar en las obras de algunos penalistas, juristas e historiadores la afirmación de que los orígenes de la ciencia penal en España se sitúa en la etapa de la Ilustración y, concretamente, a partir de la obra de Cesare Beccaria (1738-1794), apoyando 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 como consecuencia de la obra publicada por éste titulada: *De los delitos y las penas*²⁴⁵.

Sin embargo, fue el P. Jerónimo Montes quien, ya en 1902, desmintió por primera vez en nuestra ciencia jurídica ese mito falso del origen italiano del Derecho penal afirmando que ni el Marqués de Beccaria, ni Italia, crearon el Derecho penal, y situó su origen en etapas anteriores, en las obras de determinados juristas y teólogos de los siglos XVI y XVII, que fueron quienes contribuyeron con sus interpretaciones a configurar la ciencia penal.

Según el P. Montes, España, y no Italia, habría sido la cuna del Derecho penal científico a través de los significativos trabajos realizados por teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII en los que se combinan los argumentos teológicos y jurídicos y en los que la delimitación entre el Derecho y la obligación religiosa, entre Estado e Iglesia,

²⁴⁵ Entre otros destacados autores, puede citarse: JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. I, Buenos Aires 1963, p. 270; SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona 1970, pp. 11 y ss.; CERESO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, I, Madrid 1976, pp. 71 y ss.; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, Madrid 1969, p. 91.

no aparece claramente delimitada, pero cuyo influjo en el ciencia del Derecho penal posterior fue determinante.

Este original e importantísimo estudio del P. Montes, que ha pasado desapercibido para los grandes penalistas e historiadores del Derecho penal que han venido situando el origen de la Ciencia jurídico penal a mediados del siglo XVIII, fue apuntado en su tesis doctoral *Principios del derecho penal en los escritores del siglo XVI*. (1902), a la que ya nos referimos anteriormente y, posteriormente, y con mayor fundamentación en su magna obra titulada: *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*²⁴⁶, publicada en el año 1911 y que constituye la recopilación de una serie de trabajos, publicados en forma de artículo, en la revista agustina *La Ciudad de Dios*, y que prepararon el texto definitivo.

Dichos estudios son: *Estudios fisionómicos de antiguos escritores españoles en relación con el tipo criminal de la Escuela Antropológica*²⁴⁷; *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito*²⁴⁸; *Los medios preventivos del delito en las obras de los antiguos tratadistas españoles, Opiniones de los antiguos sobre el atavismo y sus causas*²⁴⁹.

Esta importante obra se sitúa en el campo de la Ciencia del Derecho penal, tanto en su versión expositiva como crítica del ordenamiento penal vigente en la época de su

²⁴⁶ MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid 1911.

²⁴⁷ MONTES LUENGOS, J., *Estudios fisionómicos de antiguos escritores españoles en relación con el tipo criminal de la Escuela Antropológica*, Madrid, 1904.

²⁴⁸ MONTES LUENGOS, J., *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito*, Madrid, 1907.

²⁴⁹ Publicados en la revista *La Ciudad de Dios*, núms. LXXIV al LXXXII.

estudio, en este caso el correspondiente a la Edad Moderna y, dentro de ella a los siglos XVI y XVII, y circunscrito al ámbito de la jurisdicción ordinaria²⁵⁰.

A lo largo de sus casi 750 páginas, repletas de erudición, el P. Montes estudia las doctrinas jurídico-penales y moralistas de nuestros sabios teólogos, filósofos, juristas y moralistas de siglos pasados, así como las tradiciones españolas antiguas, teniendo en cuenta que los tratadistas de los siglos XVI y XVII no se limitaron de ordinario a ordenar sistemáticamente el contenido de los preceptos penales, sino que incluyeron además determinados principios de política criminal que, a su vez, sirvieron para orientar el Derecho penal que comentan, según su particular perspectiva ideológica.

La obra del P. Montes no es una simple sistematización de tratadistas, es mucho más, pues contiene, a nuestro juicio, tres aportaciones esenciales al Derecho penal que van más allá de situar el origen de la Ciencia penal en nuestro país: en primer lugar, el P. Montes apunta quiénes fueron los precusores del Derecho penal en España; en segundo término, mediante el estudio de sus doctrinas, analiza cuáles son las causas del crimen; y, finalmente, estudia de qué modo puede realizarse la conjugación de dos conceptos esenciales en el Derecho penal como son la culpabilidad penal y la prevención.

²⁵⁰ Conviene precisar, por razones puramente metodológicas, que dentro del ámbito penal se distinguen, 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; 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 jurídica penal*, que es la forma científica del Derecho penal y consiste en el estudio sistemático y crítico de las instituciones que integran un Derecho penal determinado, y cuyo objeto se va delimitando por la *Técnica jurídica*, que son los mecanismos de tratamiento de los problemas concretos, y por la *Doctrina jurídica* formada por quienes escriben tratados científicos basados en los principios generales de las normas.

3.2.1.1.- Orígenes de la ciencia penal en España.

Consciente el P. Montes de la influencia que en el Derecho penal tuvo la Iglesia mediante la consideración del delito como pecado y la necesidad de que las penas impuestas llevasen aparejadas penitencia, arrepentimiento y reinserción, estudió las obras de los grandes teólogos, juristas y filósofos, a los que considera precursores de la ciencia penal para concluir que la Ciencia penal española nació en los siglos XVI y XVII vinculada, como otras parcelas del Derecho, a la Teología y a la Filosofía, siendo sus principales exponentes las obras de toda una serie de autores, de difícil clasificación, que constituyó un numeroso, variopinto y complejo colectivo a cuya ordenación el P. Montes, con precisión metódica y ajustada, dedicó su esfuerzo para sistematizar materiales y elementos, dispersos en multitud de tratados.

a.- ¿Quiénes fueron los precusores del Derecho penal en España según el P. Montes?

¿Quiénes fueron realmente estos precursores de la Ciencia penal y de qué manera se les puede considerar de este modo? El P. Montes se refirió a los teólogos, los filósofos, los juristas y los médicos.

Entre los teólogos, destacó el P. Montes al mencionado Alfonso de Castro (Zamora 1495 - Bruselas 1558)²⁵¹; Domingo de Soto (Segovia 1496 - Salamanca

²⁵¹ De todos ellos fue el más relevante Alfonso de Castro, monje franciscano y profesor de Teología en Salamanca, que intervino en el Concilio de Trento como predicador real que era desde 1553 por designación de Felipe II, cuyas aportaciones al Derecho penal abarcaron desde el delito de herejía, al que dedicó su obra *De justa haereticorum punitione* (Salamanca, 1547) hasta el desarrollo de las ideas jurídicas de Santo Tomás de Aquino en su obra maestra *De potestate legis poenalis* (Salamanca, 1550) considerada por el P. Montes como la primera exposición sistemática del Derecho penal que le convierte en precursor de Beccaria. En esta obra, Alfonso de Castro resolvió la antinomia entre expiación y corrección y puso un fundamento filosófico al arbitrio judicial como base de la sentencia indeterminada del que se sirve el P. Montes para analizar las causas del crimen como veremos. Las ideas generales de

1560)²⁵²; Alfonso de Orozco (Oropesa 1500 - Madrid 1591)²⁵³; Martín de Azpilicueta (Pamplona 1493 – Roma 1586)²⁵⁴; Francisco Suárez (Granada 1548 – 1617 Lisboa)²⁵⁵;

aquél circulaban en torno al valor de la pena en orden a su función de defensa social, en aras al bien común de la sociedad, pero no menos importante es su teoría general de la Ley penal, en las que Alfonso de Castro mostraba su adscripción a las tesis voluntaristas frente a las intelectualistas, señalando como características esenciales del concepto de ley: las condiciones de su rectitud (*recte voluntas*), el sujeto potestativo (*eius qui vicem populi gerit*), la promulgación (*voce aut scripto promulgata*) y la intención de obligar (*cum intentione obligando subditos ad parendum illi*). Estableció la primera distinción entre las leyes penales *ferendae sententiae* (que requieren una sentencia judicial para ser efectivas) y las leyes penales *latae sententiae* (en las que la sentencia está ya dada en la misma ley, y por tanto surten eficacia penal desde el momento de la comisión del hecho delictivo, sin que sea necesaria sentencia). Y consagró el principio *In poenis benignior este interpretatio facienda*. No dejó sin abordar la eficacia moral de las leyes penales y las “*leyes meramente penales*”, creación de Alfonso de Castro, cuya influencia se notó no sólo en el debate jurídico posterior habido entre los canonistas y los penalistas sino también entre los teólogos y juristas posteriores, especialmente en Francisco Suárez. Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*, Madrid 2004, pp. 92-93; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid 2002, pp. 318 y ss. (donde aparece una buena síntesis del pensamiento jurídico de Alfonso de Castro); RODRIGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del derecho penal*, Navarra 2013 (estudio que contiene una completa aportación al conocimiento del pensamiento jurídico en general, y jurídico-penal en particular del teólogo zamorano, aunque suscitó numerosas objeciones por algunas afirmaciones controvertidas y ausencias de autores significativas (como las referencias a Covarrubias) por juristas como QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Tratado de la parte especial de Derecho penal” en *Revista de Derecho privado*, 44 (1960), pp. 1021-1022; o por el mismo TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, p. 91, donde llega a calificar la monografía de “*exagerada y carente de sentido histórico*”); SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Introducción*, Barcelona 1982, p. 159 y ss.

²⁵² La misma consideración mereció al P. Montes la figura de Domingo de Soto (Segovia 1496 - Salamanca 1560), que había sido un teólogo y catedrático de Prima en la Universidad de Salamanca. Fue confesor de Carlos V en 1548 y, al igual que Alfonso de Castro, representante de España en Trento. En el campo de la ciencia penal, Domingo de Soto escribió *De iustitia et iure* (Salamanca, 1556) en la que afirmó que el premio y la pena son los dos astros que gobiernan el universo. Mantuvo 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.

²⁵³ También fue teólogo Alfonso de Orozco (Oropesa 1500 - Madrid 1591), quien estudió en la Universidad de Salamanca Teología y Leyes y profesó en 1552 en la Orden de San Agustín, siendo predicador de Carlos V y de Felipe II y confesor de Ana de Austria. La aportación de Alfonso de Orozco a la ciencia penal se concretó en su obra *Regalis institutio orthodoxis omnibus, potissime Regibus et Principibus perutilis* (Alcalá 1565) en la que se alineó con la teoría de la eliminación del delincuente, abundando en el ya viejo tópico de que al miembro podrido hay que segregarlo para que no corrompa a los sanos.

²⁵⁴ Martín de Azpilicueta (Pamplona 1493-Roma 1586), teólogo, filósofo, y jurisconsulto, 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* (1573).

²⁵⁵ Francisco Suárez, el más elogiado, fue catedrático de teología en la Universidad de Coimbra. Entre sus obras destaca su tratado *De legibus ac Deo legislatore* (1612) donde 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 y tampoco agravar las penas más allá del límite máximo marcado por la ley, salvo que el delito haya sido ejecutado en ciertas gravísimas circunstancias.

Luis de Molina (Cuenca 1535 - Madrid 1601)²⁵⁶; y el P. Juan de Mariana (Talavera de la Reina 1536 – Toledo 1623)²⁵⁷, principalmente.

El P. Montes no sólo apuntó a los teólogos, sino también a los filósofos, y destacó los estudios de Juan Luis Vives (Valencia 1492 - Brujas 1540)²⁵⁸; Francisco de Vitoria (Burgos 1483 - Salamanca 1546)²⁵⁹; y Fox Morcillo (Sevilla 1523 - Lovaina 1560)²⁶⁰.

²⁵⁶ Luis de Molina fue teólogo jesuita, profesor de la Universidad de Évora y autor de *De iustitia et iure* (1592). Estudió ampliamente la licitud y la necesidad de la pena de muerte, sosteniendo que se debe aplicar en causas graves. Como Soto resolvió 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. Trató asimismo la doctrina de la irresponsabilidad cuando incurren determinadas circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, como la locura, la edad, etc.

²⁵⁷ Juan de Mariana (Talavera de la Reina 1536-Toledo 1623), en su obra *De rege et regis institutione* (Toledo 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 el gobierno del Estado y en la elaboración de las leyes.

²⁵⁸ Juan Luis Vives 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* dió consejos tan avanzados como que los magistrados deben trabajar en hacer buenos a los ciudadanos antes que en castigarlos, porque es mejor adelantarse y cortar de raíz el mal.

²⁵⁹ Fue Francisco de Vitoria, fraile dominico y catedrático de la Universidad de Salamanca, quien más destacó por sus ideas y contribuciones al derecho internacional y la economía moral. Analizó las fuentes y los límites de los poderes civil y eclesiástico y rechazó ideas medievales: las jerarquías feudales, la supremacía universal del Emperador o del Papa, sosteniendo que el poder civil está sujeto a la autoridad espiritual del papado, pero no a su poder temporal. Se preocupó por los derechos de los indios. En su obra *De indis* formuló los títulos legítimos e ilegítimos por los cuales la Corona de Castilla pudo justificar la conquista indiana. En esta elección se contiene la teoría de la moderna ciencia del Derecho internacional. Vitoria fue uno de los principales teóricos del concepto de guerra justa. En *De iure belli* analizó los límites del uso de la fuerza para dirimir las disputas entre pueblos. Fue uno de los primeros en proponer la idea de una comunidad de todo el orbe fundada en el derecho natural, y no basar las relaciones internacionales simplemente en el uso de la fuerza.

²⁶⁰ Fox Morcillo, fue un insigne filósofo que escribió *De regni regisque institutione* (1556) donde defendió la exclusividad del derecho de imponer penas a favor del poder público y recaló 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 alineó 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.

Entre los juristas, merecieron la atención del P. Montes: Julio Claro (Italia fecha indeterminada - Zaragoza 1575)²⁶¹; Diego de Covarrubias (Toledo 1512 – Madrid 1577)²⁶²; Antonio Gómez Salcedo (Talavera de la Reina)²⁶³; Lorenzo Matheu y Sanz (Valencia 1618 - Madrid 1680)²⁶⁴; Francisco de la Pradilla Barnuevo²⁶⁵; y Pedro Plaza y Moraza (Briviesca)²⁶⁶.

²⁶¹ Julio Claro estuvo al servicio de Felipe II que lo nombró Consejero de Estado. Escribió *Receptarum sententiarum opus*, más conocida como *Práctica civil y criminal*, en la que estudió todas las cuestiones penales con una honda influencia del Derecho romano: los delitos, sus causas, circunstancias y clases (que divide en los que merecen la última pena, los que merecen mutilación, etc.); la pena y sus clases (corporales y no corporales, capitales y no capitales). Fue el primer escritor que formuló científicamente la teoría del indulto, abordó la cuestión de si es o no penalizable el conato de delito, estableció las conclusiones a que debe llegar un juez antes de emitir su fallo y consignó el principio de que nadie debe ser castigado por delito de otro.

²⁶² Discípulo de Martín de Azpilicueta y coetáneo de Alfonso de Castro fue Diego de Covarrubias quien estudió en Salamanca Derecho canónico y civil. Su contribución a la doctrina penal ha sido objeto de importantes estudios y está recogida en las *Opera omnia* (1545) donde recopila varios trabajos de interés en el orden penal. Vid. SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del Derecho Penal en la época del humanismo*, trad. J. M. Rodríguez Devesa, Madrid 1957. Se trata de un importante estudio sobre la ciencia europea del Derecho penal en el periodo humanista donde se reconoce el importante papel que juristas españoles como Diego de Covarrubias tuvieron en la formación del Derecho penal común alemán. Y, ya antes, el importante trabajo de H. von WEBER sobre esta misma materia, también publicado en España, “Influencia de la literatura jurídica española en el Derecho penal común alemán”, en *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)* XXIII 1953, pp. 717-735 quien indica de manera expresiva cómo en la obra de CARPZOV, quien dará forma definitiva a este Derecho penal común alemán, se cite cientos de veces a Covarrubias y sólo dos veces a Alfonso de Castro. Llama la atención en este sentido, la afirmación de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del derecho penal*, Navarra 2013, p. 35, cuando califica a Covarrubias de “*gran civilista, por cierto, pero secundario penalista*”. Por lo demás, el mismo año de publicación de esta monografía sobre Alfonso de Castro aparece un monumental trabajo del penalista y jesuita PEREDA, J., *Covarrubias penalista*, Barcelona 1959, que, sin embargo, no es objeto de mención en aquella edición del libro de RODRÍGUEZ MOLINERO.

²⁶³ Antonio Gómez Salcedo, famoso civilista formado en Salamanca, donde llegó a ser profesor y criminalista práctico, fue 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, distinguió el dolo de la culpa, y analizó la edad o la embriaguez como circunstancias modificativas de la capacidad de obrar influyentes a la hora de graduar la pena.

²⁶⁴ Lorenzo Matheu y Sanz 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. Escribió *De regimine Regni Valentiae, sive selectarum interpretationum ad principales foros eiusdem, Tractatus*. En ella abordó el examen de los juicios en materia penal, analizando también aspectos procesales. Defendió la postura de que el tormento como modo de conseguir la confesión es ineficaz y por ello solo debe ser aplicado al reo en determinados supuestos.

²⁶⁵ Francisco de la Pradilla Barnuevo fue doctor en Leyes formado en la Universidad de Salamanca. Escribió *Suma de todas las leyes penales, canónicas, civiles 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.

²⁶⁶ Pedro Plaza y Moraza, profesor de la Universidad de Salamanca, fue jurista y práctico del Derecho penal. Su obra *Epítome delicti* se ocupa especialmente de la teoría de la voluntad que fija la atención en el autor del hecho punible. Trató asimismo del *furiosus* y del *ebrius* e indicó que estas circunstancias deberían incluirse en todas las legislaciones como atenuantes.

Los médicos que cultivaron la antropología jurídica y a los que el P. Montes situó también como precursores del Derecho penal son: Jerónimo Merola (Balaguer)²⁶⁷; Gerónimo Cortés²⁶⁸; y Esteban Pujasol²⁶⁹.

b.- Características comunes de este colectivo.

Las características comunes de este colectivo de autores de los siglos XVI y XVII (teólogos, filósofos, juristas y médicos) en el que, por cierto, predominan los autores castellanos, es que, aunque constituyen un grupo variopinto, llegaron al Derecho penal bajo las determinantes de la escolástica tardía y del Derecho romano y su principal mérito fue facilitar la transformación de la literatura canónica y teológica de la Edad Media hacia el orden penal, ya que el Derecho penal de principios del siglo XVI no se había independizado todavía del canónico y del civil, y esta separación se logró totalmente a través de una evolución secular que no concluyó hasta la segunda mitad del siglo XVIII.

²⁶⁷ Jerónimo Merola fue doctor en Filosofía y Medicina. Su obra más importante es *República original sacada del cuerpo humano* (1587) en la que sostiene que las virtudes morales son hábitos que vienen a formarse con frecuentadas acciones y así hacerse virtuoso para agradar a Dios, por un lado y, por el otro, asegurarse los medios de vida saludables. Y explicaba que la prudencia elegía los medios convenientes para la salud y los disponía con orden, y la templanza llevaba a proceder con moderación. Siguiendo esta senda, la justicia, equidad y fortaleza guiarían la conducta.

²⁶⁸ Gerónimo Cortés, fue escritor y matemático valenciano, nacido a mediados del XVI y muerto probablemente hacia 1615. Se dedicó con preferencia al estudio de las ciencias naturales. Escribió *Sumario y pronóstico perpetuo* (1594) y *Libro de phisonomía natural y varios efectos de la naturaleza* (1607).

²⁶⁹ Esteban Pujasol, presbítero y psicólogo español del siglo XVII, nacido en Fraga, puede considerarse precursor de la ciencia fisonómica y la más clara influencia en las teorías de psicología criminalista contemporáneas. Escribió *Filosofía sagaz y anatomía de ingenios* (Barcelona, 1637). El texto de la portada dice: “*Es obra muy útil y provechosa cuanto sutil e ingeniosa; en la cual mirándose cada uno a un espejo, o un amigo a otro su rostro, podrá venir a colegir y rastrear, por el color y compostura de sus partes su natural complexión y temperamento; su ingenio, inclinación y costumbres, y no menos cómo podrá obviar la continuación y perseverancia de los vicios y excusar enfermedades venideras*”. En la obra describe la anatomía humana con mucho detalle. Distingue y clasifica cabellos, ojos, nariz y lengua, así como brazos, manos y pies, explicando los *notables*, es decir, su significado psicológico. En el resto de la obra describe una síntesis del cuerpo humano. Además incluye la teoría de los humores y del temperamento, terminando con el “*Tratado que resume y epiloga la intención de todo lo dicho con dos manuales ejemplos tomados de los retratos y figuras que se siguen*”. Hay quien considera a Pujasol como heredero de Juan Huarte de San Juan y su *Examen de ingenios*, llegando al punto de que algunos autores, como Hernández de Morejón, afirman que el primero copió al segundo.

En sus obras, algunas reseñadas, los antiguos tratadistas formularon determinados conceptos que aún hoy preocupan a los modernos penalistas por constituir los ejes principales del Derecho penal. De este modo, construyeron una teoría jurídica del delito y del delincuente, analizando la cuestión de si la ley meramente civil, ya separada de la ley moral, obliga por sí sola. Se examinó la graduación de la responsabilidad penal y las circunstancias modificativas de la misma (atenuantes, agravantes y eximentes). Por lo que se refiere a los delitos concretos, destaca el interés que suscitó 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. También fue estudiado el delincuente bajo el aspecto biológico y fisonómico. Reflexionaron sobre la controversia del Derecho a castigar y estudiaron los fines de la pena y cuantas cuestiones derivan de ella como la corrección del delincuente o su eliminación²⁷⁰. Sobre la pena de muerte consideraron que puede ser aplicada por delitos graves pero ha de ser proporcionada. Asimismo, se ocuparon de los principales vicios del sistema penal y procesal como la tortura judicial o el tormento, encaminado a lograr la confesión que fue, en general, evaluado como falible, ineficaz e injusto. Y se abordó toda la polémica acerca del indulto y del arbitrio judicial.

c.- Valor de esta aportación del P. Montes al Derecho penal español.

La obra que escribe el P. Montes tiene valor de reparación de injusticias y errores acumulados con el paso de los años y trata de situar el origen de la Ciencia penal en España, que venía vinculado a la etapa de la Ilustración y, concretamente, a la

²⁷⁰ Recuérdese la teoría del miembro podrido de los teólogos.

divulgación de la obra de Cesare Beccaria, debido a 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. Sin embargo, 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 penal²⁷¹.

Al hojear todas esas páginas de nuestros teólogos y tratadistas antiguos, el P. Montes descubrió con asombro la laboriosidad de quienes las hicieron y la magnitud de las teorías, que hoy juzgamos inútiles por haber cambiado los gustos y las circunstancias.

Sin embargo, tenemos que admitir con el P. Montes, que el periodo formado por los siglos XVI y XVII constituye la etapa inicial en la formación de la ciencia penal en España y responde a una larga evolución que incluye importantes disputas teóricas de teólogos, filósofos, moralistas, médicos y juristas, diferentes en cada etapa histórica de acuerdo con las circunstancias sociales y culturales que las determinan, quienes proporcionaron a través de sus obras los materiales fundamentales para la formación de la Ciencia del derecho penal, de manera que se puede hablar de una Escuela jurídica española del Derecho penal en los siglos XVI y principios del XVII.

²⁷¹ En este sentido, se había pronunciado con anterioridad al P. Montes, 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*, t. LXI, Madrid 1882, pp. 33-74. Este autor rastrea las hondas raíces que en la Historia de 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; y BULLÓN. E., *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid 1900.

El principal mérito de esta Escuela jurídico-penal clásica española fue facilitar la transición mediante la transformación de los conocimientos de la literatura canónica y teológica de la Edad Media al orden civil. Su papel fue, por tanto, insustituible.

Al P. Montes le cabe el mérito del descubrimiento y sistematización de todos estos autores y obras, siendo la aportación de la que debe partir el conocimiento de la génesis de la ciencia penal en España.

Por eso, a propósito de este estudio, señalo García Suárez que:

“Seguramente que si los fundadores de la Antropología y Sociología criminales hubiesen conocido esta obra magistral, no se hubiesen atribuido la paternidad de tantas y tan ridículas fantasías como en su haber figuran. Admírase en ella al investigador diligente, que con arte insuperable expone en acabadas síntesis, y organiza en cuerpo viviente, lo que eran elementos desordenados y dispersos”²⁷².

Yangüas, refiriéndose al trabajo del P. Montes, afirmó:

“El P. Montes infiltra en nuestros estudios jurídicos una ráfaga de sano españolismo, exponiendo las ideas referentes a la ciencia penal, desperdigadas en los escritos de muy cerca de doscientos autores españoles anteriores al siglo XIX. Es la suya una investigación completamente nueva en su género, que no se ha hecho hasta ahora en España ni fuera de España y que viene a llenar un

²⁷² GARCÍA SUÁREZ, E., “Labor jurídico-penal del P. Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, vol. IX, 1930, pág. 211.

vacío en nuestra historia jurídica, presentando antiguas teorías penales de escritores patrios, algunas de ellas muy curiosas y originales”²⁷³.

Osorio y Gallardo afirmaba que se trata de un libro interesante y profundo y decía:

“No suministrará grandes armas de combate a los anticlericales. Es trabajo de fraile, pero no, ciertamente, de obcecación ni de atavismo”.

Y añadía a continuación:

“El P. Montes, que debe ser, además de hombre culto, ingenio admirablemente equilibrado, no se limita, aunque así lo anuncie, a presentar el fruto de una rebusca cachazuda, sino que aprovecha todas las ocasiones para deslizar atinadas y persuasivas defensas de su criterio espiritualista en orden de los fenómenos delictivos. Reconoce la innegable influencia que en todos los actos humanos ejercen las condiciones fisiológicas del sujeto y el ambiente social en que se mueve. Pero combate con perseverancia, gracejo y sana dialéctica el cuerpo doctrinal de la escuela antropológica, para sostener que la responsabilidad de los actos humanos radica en la voluntad, y que al encauzamiento y educación de ésta, deben dirigirse todos los esfuerzos sociales, científicos y de gobierno. No se crea por esto que el P. Montes es un clásico aferrado a unas cuantas ideas rigoristas y apasionado de hacer entrar con sangre la letra del bien obrar en los espíritus aviesos. Muy al contrario, es

²⁷³ YANGÜAS MESSIA, J., “El P. Jerónimo Montes” en *El Colegial*, San Lorenzo de El Escorial 1911, p. 418.

hombre de su tiempo, se subordina -siquiera sea con dolor- al estado de la conciencia colectiva que encuentra formado y sólo aspira a operar sobre los extravíos humanos en la medida de lo relativo que autoricen las circunstancias de lugar y tiempo”²⁷⁴.

La obra del P. Montes despertó tal interés en nuestro país al estudio de las instituciones penales históricas hasta el punto de que el Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, que dispone la celebración en Madrid de un Congreso nacional de educación protectora de la infancia rebelde, viciosa y delincuente, encargó a la Primera Sección el examen de las antiguas leyes e instrucciones españolas y extranjeras²⁷⁵.

3.2.1.2.- Las causas del crimen

Desde antiguo se ha querido conocer las causas del crimen, su alcance numérico y su distinta naturaleza porque ésta era la forma de combatirlo con más eficacia. De hecho, en las *Relaciones Topográficas* de 1575 mandadas realizar por Felipe II se indagaba ya sobre la delincuencia habida²⁷⁶.

El P. Montes, que no era ajeno a esta cuestión, aborda el estudio desde el planteamiento de las escuelas, no sin conocer la etiología penal.

²⁷⁴ OSSORIO y GALLARDO, A, “El P. Jerónimo Montes Luengos”, en *Nuestro Tiempo*, Navarra 1911, p. 282.

²⁷⁵ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, pp. 48-49.

²⁷⁶ ALLOZA, A., *La vara quebrada de la justicia. Un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVIII*, Madrid 2000.

a.- El planteamiento de las escuelas penales.

Las nociones sobre la propia criminalidad han variado a lo largo de los tiempos, convirtiéndose en una verdadera dificultad para los historiadores, los sociólogos y los criminólogos la elaboración de una teoría general del crimen y sus causas, no habiendo cesado los intentos de explicación de este fenómeno que ha venido preocupando desde siempre hasta los últimos tiempos, habiendo elaborado las escuelas de pensamiento diferentes teorías sobre las causas del crimen.

La escuela clásica, cuya paternidad discutida por el P. Montes se ha achacado a Beccaria, propuso que todas las personas actúan de acuerdo con su libre voluntad racionalmente ejercida.

Por el contrario, la escuela positivista basó las causas del crimen en análisis empíricos apuntando a los factores sociales, personales y ambientales como determinantes del comportamiento criminal y, a ellas se añadirían distintas interpretaciones biológicas, psicológicas y sociológicas defendidas por Lombroso, Garófalo o Ferri, que llegaban a afirmar que el delincuente fortuito no existía sino que había siempre en él un elemento congénito.

Estas teorías, con mayor o menor acierto, han sido desarrolladas por teorías contemporáneas que han influido en mayor o menor medida en las políticas penales desplegadas en casi todos los países del mundo Occidental.

Sin embargo, estas teorías no son enteramente originales a juicio del P. Montes, sino que sus ideas básicas se encontraban insertas en las obras de los teólogos, moralistas y juristas españoles de los siglos XVI y XVII.

La posición del P. Montes, partiendo de aquellos autores consistía en sintetizar los diversos estudios de los antiguos escritores españoles de los siglos XVI y XVII sobre las causas del delito, pero su objetivo final no sólo consistía en observar a nuestros antecesores sino lo que ellos habían contemplado como agentes impulsores de la delincuencia y, sobre todo, neutralizar las ideas de la Escuela positivista que durante el siglo XIX había alcanzado gran auge llegando a consolidarse fuertemente en Europa que al defender la idea del delincuente nato negaban en cierta forma la libertad humana, lo que el P. Montes no aceptaba.

Desde finales del año 1800, tal y como apuntamos en su momento, soplaban en Europa vientos favorables a las teorías de Lombroso entre nuestros penalistas, pero no con demasiado éxito, lo que provocó que surgieran nuevas direcciones como la teoría de la *defensa social* postulada por positivistas como Enrico Ferri (1856-1929) o el eclecticismo de la *Tercera Escuela o Positivismo crítico* con penalistas como Alimena (1861-1915) o Carnevale (1861-1941), para llegar a la denominada teoría *Política criminal* con una fuerte impronta sociológica defendida por Quintiliano Saldaña, que trajo desde Alemania en 1910 tras los cursos a los que asistió en la Universidad berlinesa explicados por Franz von Liszt (1851-1919) y que encontraron una inusitada aceptación, naciendo así un *tercer periodo* ideológico en la Ciencia penal española que defenderá el P. Montes poniendo la levadura para que aquellas doctrinas fermentasen.

b.- Las causas del crimen. Etiología.

Constituye ésta una de las materias más inteligentes que se han escrito en el ámbito del Derecho penal. El sabio agustino para su trabajo sobre la misma se remontó a los orígenes de los estudios sobre el tipo delincuente, con la adivinación y la magia y la astrología judiciaria como precedentes de los estudios fisionómicos, y fue recogiendo, a través de los escritos de más de doscientos escritores, las ideas sobre todos aquellos conceptos jurídicos relacionados con el delito y, singularmente, las influencias naturales en el delincuente, los orígenes orgánicos, físicos, psicológicos, religiosos, económicos, jurídicos, así como las prevenciones educativas del sentimiento, de la inteligencia y de la voluntad, y cómo se corresponden los signos externos (estatura, peso, pecho, manos, etc.) con las cualidades del alma y configuran un perfil determinado del delincuente, analizando los caracteres anatómicos más relacionados con la criminalidad en autores como Lombroso y Jerónimo Cortés, para analizar el tratado de fisionomía de Esteban Pujasol y concluir con las opiniones de los modernos antropólogos y los antiguos tratadistas sobre el tipo criminal y el atavismo.

Sin embargo, las hermosas obras de la filosofía cristiana y de la teología mística de los antiguos escritores españoles de los siglos XVI y XVII, expuestas por el P. Montes, sólo estudiaron los sentimientos del corazón humano, los móviles de la voluntad, los afectos del alma, los pliegues de la conciencia, etc., pero se referían al hombre en general, sin distinguirlo del delincuente. Sólo los fisionomistas dieron importancia a sus rasgos físicos. Decía el P. Montes:

“El estudio del delincuente, considerado como un ser excepcional, distinto de los demás hombres, nacido para el crimen o arrastrado a él por fuerza irresistible, es caso de nuestros días y propio de pocos penalistas”²⁷⁷.

Por eso, después de haber estudiado las obras de los grandes teólogos, filósofos, juristas y médicos del siglo XVI y XVII, que, a su juicio, son los verdaderos precursores del Derecho penal, se pregunta el P. Montes: ¿a quién pertenece el estudio del delincuente: al jurista, al médico o al sociólogo? Y analiza las posibles soluciones en función de los principios doctrinales, y nos dice claramente su intención de:

“Investigar y recoger de obras antiguas españolas cuanto pueda ser utilizado para el estudio del delincuente, no en relación exclusiva y directa con el delito, que esto ni sería una novedad ni ofrecería gran interés, sino como le estudian actualmente los positivistas, esto es, bajo el aspecto biológico y sociológico”²⁷⁸.

En la primera parte de su obra *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*²⁷⁹ dedica uno de los estudios más interesantes que sobre fisonomía del delincuente se han hecho en el ámbito jurídico-penal. El texto contiene un arsenal de materiales para el estudio del delincuente y las causas y remedios del delito, realizando el autor su propósito:

²⁷⁷ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 10.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 32-33.

²⁷⁹ MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Victoriano Suárez, Madrid 1911.

*“No en relación exclusiva y directa con el delito, que esto no sería una novedad ni ofrecería gran interés, sino como le estudian actualmente los positivistas, esto es, bajo el aspecto biológico y sociológico”*²⁸⁰.

Consciente el P. Montes de que no hay delincuentes, sino hombres, supera el viejo lema de los positivistas italianos cuando afirmaban: *“No hay delitos, sino delincuentes”*²⁸¹. Y dedica una parte titulada: *“La ciencia fisionómica y el tipo criminal”* al estudio del delincuente y, principalmente, el aspecto biológico y psicológico del mismo, así como los móviles de la voluntad, el temperamento, los rasgos físicos, el carácter, los hábitos, las anomalías físicas, etc. Y es que la fisonomía revela las cualidades y opera como conjetura²⁸².

Desde luego, al hilo de todas las opiniones y doctrinas que analiza y estudia, el P. Montes expone en su obra sus puntos de vista, acordes con su criterio de hombre de fe y presta especial atención a la influencia que en las conductas humanas ejercen las condiciones fisiológicas del sujeto y el ambiente social en que se mueve, pero aprovecha para dejar claro que en la voluntad humana radica la responsabilidad del hombre por sus actos y a la educación de ésta deben dirigirse los esfuerzos sociales y políticos.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 32

²⁸¹ FERRI, E., *Il nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale* (1ª ed, 1881, 2ª 1884, 3ª de 1892). Esta última se convertirá en su famosa *Sociología criminal*, una de las obras que mayor repercusión han tenido en el mundo del delito y del delincuente. Importa destacar que, tras la postura del P. MONTES, el mismo FERRI en sus *Principii di Dirritto criminale* (Torino, 1928, p. 373) adoptó una postura muy cercana al mismo cuando afirmó que: *“la realidad es que hay...hombres delincuentes”*. (De esta obra se hizo traducción española en el año 1933 por el catedrático de la Universidad de Valencia J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ).

²⁸² Por la fisonomía de Esaú, Rebeca supo de los intentos de su hijo de matar a su hermano; César recelaba de Bruto y Casio por el color pálido y aspecto torvo; y el mismo San Gregorio Nacianceno al ver a Juliano el Apóstata, exclamó: *“¡oh, Santo Dios, que pernicioso monstruo cría el Imperio romano!”*.

De esta manera, el P. Montes llega a un estudio esencial: las “*Causas del delito (etiología)*”, donde parte de la doctrina fundamental que considera el hecho criminal producto del concurso de una serie de causas y analiza las congénitas (entre las que considera la herencia, los temperamentos y las pasiones); a continuación, se refiere al hábito, la edad y el sexo; entre los agentes físicos que tienen influencia general trata de los alimentos, las bebidas, el clima y las condiciones atmosféricas y telúricas; como causas de orden psicológico analiza la cultura intelectual, la educación y la imitación; seguidamente trata de las de orden religioso; y, en las causas ocasionales incluye la ociosidad, la profesión, el juego y la taberna y la densidad de población; a continuación, las causas de orden económico; el carácter y costumbres nacionales; y, por último, las causas de orden jurídico.

El P. Montes había apreciado que la diferencia más importante entre las ideas del siglo XIX acerca del delincuente nato que le consideraban como un ser excepcional, enfermo, nacido para el crimen o arrastrado a él por una fuerza irresistible (atavismo) y el pensamiento de los teólogos moralistas, místicos y filósofos del siglo XVI, es que éstos estudiaron al ser humano y sometieron a examen los móviles y las causas impulsivas de la voluntad, pero refiriéndose al hombre en general, sin diferenciarlo del delincuente²⁸³.

Los factores que para los antiguos tratadistas influían en la voluntad de las personas eran los temperamentos, las pasiones, los hábitos, la edad y el sexo, la cultura

²⁸³ Recuérdese que ya en su tesis doctoral, el P. Montes realizó un estudio sintético de la filosofía mística y la teología cristiana del siglo XVI en las obras de Santa Teresa, San Juan de la Cruz, Fray Luis de León, Fray Luis de Granada y otros muchos autores que estudian las causas que conducen al hombre del pecado al vicio, y del vicio al crimen; se analizan los afectos del alma, los móviles de la voluntad, los pliegues de la conciencia y los sentimientos del corazón humano. Se señalan los medios de evitar el vicio y alcanzar la virtud. Y se enseña al hombre a dominar sus pasiones causa principal del crimen.

intelectual, la educación, el sentimiento religioso y la pobreza. Y para ver cómo influyen en el temperamento es necesario conocer el funcionamiento fisiológico del ser humano.

Decía Galeno que, en la formación de las personas, intervenían cuatro elementos: fuego, tierra, agua y aire a los cuales correspondían cuatro cualidades: calor, frío, humedad y sequedad, relacionadas a su vez con los humores: sangre, cólera, flema y melancolía. De estos humores nace la teoría de los cuatro temperamentos: sanguíneo, colérico, flemático y melancólico, Y de cada uno de estos temperamentos depende la complejión, el carácter, la moral, el ingenio, así como las demás cualidades espirituales del hombre²⁸⁴.

Lo mismo sucedía con las pasiones que los tratadistas consideraban que influían en la voluntad. Sin las pasiones, los moralistas, no concebían el delito. Así Fray Luis de Granada en su *Guía de pecadores* afirmaba que la pasión era: “*la más baja parte de nuestra ánima*”²⁸⁵ y, por tanto, la que mas nos asemeja a los animales, los cuales se rigen únicamente por sexos, apetitos y afectos.

También los moralistas y teólogos, que estudió y sintetizó el P. Montes se refirieron a la educación y su influencia en la costumbre. Decía Luis Vives en su *Introducción a la Sabiduría* que:

²⁸⁴ GALENO DE PÉRGAMO, *Sobre las facultades naturales: las facultades del alma siguen los temperamentos del cuerpo*, IX, 6, Madrid 2003.

²⁸⁵ Fray LUIS DE GRANADA, *Guía de pecadores*, XV, V, Madrid 2005.

“De ninguna cosa nace mayor riesgo a los hijos de los pobres, que de la vil, inmunda, incivil y tosca educación”²⁸⁶.

También Fray Antonio de Guevara manifestaba en su *Menosprecio de Corte y alabanza de aldea* que:

“El malo y el vicioso son los que andan a buscar oportunidad para ser malos, que la virtud y el virtuoso a do quiera hallan lugar para ser buenos...para hombre bueno no hay oficio malo, para hombre malo no hay oficio bueno”²⁸⁷.

Y también la pobreza fue vista por los antiguos moralistas y teólogos del momento como una causa mayor de la delincuencia, aunque al hablar de pobreza se referían a la desigualdad económica como un factor que enojaba el ánimo del pobre y le dirigía a la desesperación y al crimen, especialmente cuando la riqueza y el lujo se exhibían sin pudor frente a la miseria.

Fox Morcillo, en su obra *De regni regisque institutione* citaba como causas de las perturbaciones sociales:

²⁸⁶ LUIS VIVES, *Introducción a la Sabiduría*, III, 2, Madrid 2010

²⁸⁷ Fray ANTONIO DE GUEVARA, *Menosprecio de Corte y alabanza de aldea*, X, 3, Biblioteca virtual cervantes

“La desigualdad que resultaba de ser unos opulentos y otros extremadamente necesitados pobres....desigualdad que origina odios y contiendas”²⁸⁸.

En definitiva, las ideas de aquellos teólogos, moralistas y juristas, reunidas y sintetizadas por el P. Montes, no abordaron problemas jurídico-penales sino los factores que originaban el crimen en términos morales y los juristas nunca fueron indiferentes a las ideas de los moralistas. De hecho la doctrina moral sobre la responsabilidad humana giraba sobre dos principios fundamentales para el derecho penal: la responsabilidad moral, no distinta de la penal, salvo en su extensión y efectos (pues la moral se extiende a todos los actos humanos, mientras que la penal sólo a los delitos); y el grado de responsabilidad nacida del mayor o menor grado de malicia y la mayor o menor libertad del sujeto.

Este amplio y minucioso estudio de todas las obras de aquellos autores para extraer las causas del crimen fue utilizado sabiamente por el P. Montes para rechazar incondicionalmente las ideas positivistas del siglo XIX, argumentando que había causas que llevaban al hombre a delinquir (unas eran ocasionales y otras predisponían al crimen), pero tales causas no producían por sí solas el acto criminal, sino que siempre era necesario la voluntad para cometerla, de tal manera que alguien podía verse inducido a delinquir, pero tomar la dirección contraria, es lo que afirmaba la libertad humana para actuar de un modo u otro²⁸⁹.

²⁸⁸ MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid 1911, pp. 160 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 701 y ss.

c.- Valor de esta aportación del P. Montes al Derecho penal español

Lamentablemente, el interés por la historia de la delincuencia en España ha sido hasta la fecha escaso, aunque no faltan estudios sobre las figuras jurídicas penales como el delito, sus diferentes tipos, las penas, el indulto, el proceso penal o los tribunales de justicia.

Sería deseable la estimulación de estudios históricos como los del P. Montes determinantes, no sólo en el avance del conocimiento de la historia del crimen y la justicia penal en España, sino a la hora de adoptar un criterio firme y sostenido frente a nuevas escuelas y teorías que eliminan la libertad humana.

3.2.1.3.- Culpabilidad y prevención en la legitimación penal

Como consecuencia del estudio realizado por el P. Montes sobre el origen de la Ciencia penal en España, de donde extrae sus aportaciones sobre las causas del crimen, se plantea otra interesante cuestión: la relación que existe entre culpabilidad y prevención en la fundamentación de la legitimación de la pena en el Derecho penal desde la teoría adquirida por los precursores del Derecho penal, siendo ésta la primera vez que se plantea dicha cuestión en el ámbito del Derecho penal, pues el P. Montes era un jurista muy preocupado sobre la razón de penar y el fundamento de la pena, como dijimos antes, aunque dichas consideraciones fueron olvidadas por posteriores maestros de dicha disciplina.

Es cierto que el P. Montes centró su investigación en la teoría y no en la práctica, y como profesionales que somos en el ámbito de la Justicia conocemos los problemas que de dicha relación se derivan, a los cuales, evidentemente, por su condición de agustino jurista, no ejerciente en el ámbito del Derecho penal, era ajeno el P. Montes, pero suficiente es que el estudio se haya realizado sobre los conceptos de nuestra propia historia jurídica pues mediante una profunda visión del pensamiento y la historia, el P. Montes situó los problemas derivados de la culpabilidad (cuestión esencial en el ámbito jurídico-penal) y sus relaciones con la prevención, así como su influencia sobre la formación de la legislación²⁹⁰.

a.- Los problemas derivados de la culpabilidad en la pena

En la parte del libro titulada “*Los medios preventivos del delito (profilaxis)*”, señala el P. Montes los remedios contra las causas hereditarias, los agentes físicos, y muestra las enseñanzas de los moralistas antiguos sobre la materia, especialmente sobre la importancia de la educación, de la inteligencia, del sentimiento y de la voluntad por el arraigo del sentimiento religioso y las medidas de orden social, familiar, administrativo y político y de orden jurídico, y concluye, por vía de ejemplo, con un extracto del libro *De rege et regendi ratione* de Mateo López Bravo, escritor del siglo XVII, y que considera puede darse por desconocido para la generación actual y merece ser conocido y estudiado y que trata de las causas y los medios preventivos del delito.

²⁹⁰ De hecho, en el año 1957, Luis Jiménez de Asúa pronunció una conferencia en la Universidad de Friburgo donde analizaba sobre el pensamiento jurídico español a través de los autores de la ciencia jurídica española para valorar su influencia en Europa. Vid. DE RIVACOBIA, M., *Nuevo Pensamiento Penal*, Chile 1975, pp. 437 y ss.

A raíz de estos estudios, el P. Montes descubre el origen del concepto jurídico penal de culpabilidad que halla en los teólogos y no entre los juristas, porque la Teología y el Derecho Civil y Canónico no estaban aún delimitados y no es hasta el final del siglo XVII cuando la Ciencia jurídico penal empieza a formarse como una materia autónoma, tal y como expusimos.

La relación de la culpabilidad con la pena aparece así en la obra de Alfonso de Castro: “*Poenae enim proprie convenit ordinare culpam, ut videlicet corrigat ordinem, quem perveraret culpa*” (La característica de la pena es ordenar la culpa, es decir, reafirmar el orden que la culpa ha pervertido)²⁹¹. También Domingo de Soto afirmaba: “*Nulla prorsus est lex poenalis, si legitime sit poenalis nominada, qua te non obliget ad culpam*” (No hay ninguna ley jurídico penal, si es que nosotros queremos designarla legítimamente con este nombre, cuya lesión no obligue en culpabilidad)²⁹². Y el propio Francisco Suárez afirmaba que la ley que contiene una norma presupone la culpabilidad del autor: “*Dicendum est ergo legem, qua in verbis suis, et modo, quo fertur, praeceptum continet, etiamsi penam adiuciat, obligare in conscientia, vel sub mortali, vel sub veniali culpa*”²⁹³.

Evidentemente, la falta de distinción entre los deberes jurídicos y religiosos provocó consecuencias sobre el principio de culpabilidad, pues la culpabilidad se entendía más bien como la elusión de un deber de conciencia y como contenido material del pecado de donde surge la fuerte significación que en Derecho Penal ha tenido el concepto de culpabilidad y su confrontación religiosa porque la sanción humana de un pecado se encontraría en una clara contradicción con la máxima bíblica según la cual

²⁹¹ ALFONSO DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, 1550, p. 82.

²⁹² DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, 1556 p. 56.

²⁹³ FRANCISCO SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, 1612, p. 466

todo pecado sólo puede ser sancionado una vez, y únicamente por Dios. Recuérdese el Libro de Nahúm cuando afirma que un pecado: “*super quos non consurget duplex tribulati*”²⁹⁴.

Por tanto, la lesión de una ley humana no debería, en principio, fundamentar ninguna clase de culpabilidad. O dicho de otra manera, la pena no requeriría de la culpabilidad para su justificación sino que, debería dejarla fuera de su consideración.

Esta opinión llevó a la idea dominante de aquel tiempo relativa a la determinación de la existencia de las leyes meramente penales que, el P. Montes aclaró distinguiendo entre aquellas leyes que determinan la punibilidad de un pecado, y aquellas otras que sólo sancionan una acción o una omisión pero no tienen un pecado como causa de la pena. Éstas últimas es decir, las leyes meramente penales, obligan a la pena, pero no en razón de la culpabilidad.

Decía Alfonso de Castro: “*Poena (ut Jurisperiti de illa loquuntur, et nos etiam impraestierun loquimur) non necessario dependet a culpa*”. (La pena, tal como los juristas la vemos, no es necesariamente dependiente de la culpabilidad)²⁹⁵. Y también Suárez, partiendo de esta perspectiva, afirmaba: “*Verun tamen etiam haec ratio nunc urget, nam liceo poena in quadam significatione rigorosa dicat ordinem ad culpam, tamen latius sumpta pro quocunq; supplicio vel damno, aut incomodo potest ouste inferri propter iustam causam sine culpa*”. (Aunque la pena, en sentido estricto, presuponga culpabilidad, puede ser también aplicada sin culpabilidad en la medida en que ella, en sentido amplio, deba ser entendida como una lesión, como un daño o como

²⁹⁴ Nahúm 1,9

²⁹⁵ DE CASTRO, A., *De potestate legis poenalis*, 1550, p. 304.

una tortura)²⁹⁶. La ley penal es, por lo tanto, una auténtica ley y puede crear por ello deberes de conciencia, aunque no pertenece a la esencia de las leyes penales el obligar en conciencia a la acción por ellas exigida.

Este presupuesto subjetivo de la pena dio lugar a distinguir entre la culpabilidad en sentido auténtico y estricto y un concepto jurídico de culpabilidad, de modo que toda pena requiere una culpabilidad, sólo que ésta no tiene porque ser una culpabilidad dirigida contra Dios sino que, en muchos casos, puede ser suficiente con una culpabilidad humana, civil.

b.- La prevención: primera y fundamental tarea del Derecho penal

Esta fundamentación legal de la culpabilidad como presupuesto subjetivo de la pena que tiene lugar a partir de Suárez, es observada agudamente por el P. Montes, quien anota otra importante cuestión de la que se mostrará partidario y es la relación de la pena, no con la culpabilidad, sino con la prevención, que adquiere una especial significación no sólo con la culpabilidad sino también con la individualización de la pena, pues mediante consideraciones preventivas se puede fundamentar la posibilidad de que la pena se determine apartándose de la gravedad de la culpabilidad. Lo que dejaba clara la cuestión y diferenciación de ambos conceptos.

Sin embargo, a mediados del siglo XVIII se produjo en España la liberalización del Derecho penal llegando a justificarse la pena de muerte tanto para el hurto como la aplicación de la tortura en el proceso penal. Y esta cuestión puso de nuevo sobre el

²⁹⁶ SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus ac deo legislatore*, 1612, p. 466.

tapete la proporcionalidad entre el delito y la pena y la cuestión de la culpabilidad y la prevención, que trajo consigo el matonismo a la calle y hasta a las mismas cárceles²⁹⁷.

Por estas razones, el P. Montes defendió los puntos de vista del Derecho penal de culpabilidad, mostrándose partidario de la prevención, y ello porque un Derecho penal que presume la culpabilidad y permite una aplicación de penas extremadamente rigurosas no es capaz de demostrar su capacidad para la protección de valores fundamentales. El P. Montes, lo que hace es elevar la prevención a la primera y fundamental tarea del Derecho penal. Las tareas preventivas, afirma el P. Montes:

“Deben dirigirse sobre todo a la voluntad para educarla y fortalecerla, de tal manera que ella pueda imponerse en la vida, pero éste es un objetivo que difícilmente se alcanza y, por lo tanto, es necesario transformar todas aquellas influencias enfermizas, combatir las inmoralidades y las costumbres e instituciones que contribuyan al delito”²⁹⁸.

Evidentemente, estas ideas del P. Montes, resultaban en el siglo XIX, la gran época de la codificación y de la política criminal como la llamó Antón Oneca²⁹⁹, totalmente ajenas al derecho penal de culpabilidad, que estaba configurado por el individuo libre y la orden que a él le dirige la norma, de conformidad con las ideas jurídico-penales del krausismo y el positivismo, las cuales excluían la prevención en el Derecho penal y fundamentaban la necesidad de la culpa como base de un Derecho penal que consistía en una limitación de los derechos del acusado, que las consecuencias

²⁹⁷ MONTES LUENGOS, J., *Precursores...* p. 473.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 481 y ss., en especial, p. 492.

²⁹⁹ ANTÓN ONECA, J., *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires 1970, p. 337 y ss.

no culpables del hecho fueran imputadas al autor, y que en la práctica se aplicaran penas excesivamente rigurosas, de tal modo que el Derecho penal de culpabilidad de aquel tiempo estaba completamente al margen de consideraciones preventivas de cualquier tipo, hasta el punto de que podemos afirmar que aquel Derecho penal del siglo XIX, el siglo de la codificación penal, era en realidad producto de la exacerbación de la culpabilidad, por encima de cualquier prevención.

Lo que el P. Montes proponía no era un Derecho penal sin pena y sin delito, como había sugerido Dorado Montero, esto es, un Derecho penal “*protector de los delincuentes*”, que contenga un sistema de consecuencias jurídicas de duración indeterminada³⁰⁰, lo que era sin duda una utopía³⁰¹, sino la fundamentación de un sistema penal de consideraciones preventivas.

c.- Valor de esta aportación del P. Montes a la ciencia penal española

Aquellas ideas del P. Montes no surgieron efecto hasta la fundamentación puramente preventiva de la pena introducida recientemente en España en nuestro Código Penal de 1995 que estableció, por una concepción cuyo origen se encuentra en la contribución realizada al Derecho penal por el P. Montes, el dualismo de las penas y las medidas de seguridad dentro de esta problemática en torno a las relaciones entre la culpabilidad y la prevención en el Derecho penal.

Hasta qué punto el legislador consideró estos estudios del sabio agustino Jerónimo Montes o estas medidas preventivas son fruto de los avances sociales, de la

³⁰⁰ DORADO MONTERO, P., *El Derecho protector*, Madrid 1915, pp. 231 y ss.

³⁰¹ ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1951, p. 194.

demanda ciudadana y de la búsqueda en los sistemas comparados a los que se imita, es una idea sólida que dejamos apuntada.

Nos agrada la imagen de que apenas casi cien años después de las aportaciones del sabio agustino jurista P. Jerónimo Montes gozamos en España de un sistema penal que aplica penas de naturaleza preventiva como la localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad e incluso establece medidas de seguridad como la orden de alejamiento o la orden de protección, a fin de garantizar la convivencia pacífica.

Es probable que el Derecho penal avance hacia un sistema preventivo antes que basado en la culpabilidad. Qué papel desempeñará en el futuro la culpabilidad en el Derecho penal es algo que no puede preverse de una manera clara hoy en día, pero la introducción ya en nuestros Códigos y leyes de medidas preventivas no serán seguramente fáciles de eliminar y además los aspectos de la concepción negativa de la culpabilidad que se impusieron durante el siglo XIX, que fueron desenmascarados por el P. Montes, hacen difícil una comprensión de la función de la culpabilidad como garantía del estado de Derecho.

3.2.2.- El crimen de herejía

Cierran las aportaciones del P. Montes a la Ciencia del Derecho penal el estudio dedicado al delito de herejía, de importancia central en su obra, en el que el P. Montes consigue uno de sus mejores textos de la literatura jurídica pues, tal y como ya hemos dicho, el P. Montes además de jurista era religioso.

De esta obra llegó a decir el P. Esteban García Suárez:

*“Interesantísimo estudio jurídico-penal histórico acerca de los delitos que en esta materia podían cometerse... Es, sin disputa., lo mejor que se ha publicado hasta la fecha sobre este punto histórico que, por añadidura -y quizás sin pretenderlo directamente el autor-, resulta la más sólida y documentada apología que se ha hecho de la Inquisición”*³⁰².

Publicado en el año 1918, *El crimen de herejía*³⁰³ había aparecido de forma previa, al igual que las precedentes, en ensayos parciales que se fueron publicando en la revista agustina *La Ciudad de Dios*³⁰⁴ y que sirvieron de base para el texto definitivo de más de 400 páginas.

Y, aunque dicho trabajo no resulta relevante en el momento actual, sin embargo, en el contexto histórico y religioso en que fue escrito supuso una importante aportación, no sólo al campo del Derecho canónico, sino también al del Derecho penal vigentes en la época de su publicación, que no pasó desapercibido a los penalistas que le

³⁰² GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, p. 212.

³⁰³ MONTES LUENGOS, J., *El crimen de herejía (Derecho penal canónico)*, Madrid, 1918.

³⁰⁴ Véanse los volúmenes CXII al CXV de la citada revista.

dispensaron una acogida favorable señalando: que no se trata de un libro más acerca de la Inquisición, como parece por su título, sino de un acabado estudio jurídico-penal histórico sobre los delitos de herejía; un tratado completo de Derecho penal aplicado a los mismos; la más fecunda y más documentada investigación que hasta la fecha se ha publicado sobre esta materia; un libro único en su género³⁰⁵.

La obra trata de los delitos que, en el ámbito de la herejía, podían cometerse por los infieles. Y en ella el P. Montes analiza todas y cada una de las cuestiones de Derecho penal (el delito, el delincuente y la pena) y procesal (el juez, el procedimiento, la prueba, la defensa y la sentencia) que se dan cita en la materia para tratar de poner seguidamente claridad en la controvertida y oscura institución de la Inquisición Española sobre la que pesa la *Leyenda Negra*. En este sentido, el P. Montes se vale de las fuentes que tratan acerca de la materia.

Dice el P. Esteban García:

“Con escrupulosa imparcialidad cede casi siempre la palabra a los documentos, y éstos son los tratados de nuestros grandes teólogos y juristas del siglo XVI, las leyes y directorios que sirvieron de guía a los jueces inquisidores

³⁰⁵ Quintiliano Saladaña, en su “Comentario científico práctico al Código Penal de 1870” vol. I, pág. 88, la llama la obra maestra del P. Montes; Jiménez de Asúa en su “Bibliografía crítica”, pág. 14 la considera: “La más profunda investigación histórico-penal editada en España, no sólo en sus últimos tiempos, sino desde muchos años ha”. La *Civiltá Cattolica* escribía: “Son trabajos excelentes y útiles, estudios científicos no superados hasta nuestros días”. La literatura científica española, decía el insigne Amor y Neveiro, se ha enriquecido con una obra tan sabia, tan interesante y tan patriótica. Y el P. LÓPEZ RIOCEREZO, *Op. cit.*, p. 57, afirmaba que: “Desvanece el P. Montes la multitud de calumnias y difamaciones que se han dicho acerca de la Inquisición española, resultando al final la más sólida y documentada apología que se ha hecho de la misma”.

*en la calificación, procedimientos y castigo del crimen de herejía, todas, como se ve, fuentes auténticas y por lo tanto, irrecusables*³⁰⁶.

Dice el P. Riocerezo que:

*“Todo lector desapasionado experimentará legítimo sentimiento de admiración, y rechazará indignado los asertos o insinuaciones calumniosas esparcidas en tantos libros para desacreditar a dicho sagrado Tribunal”*³⁰⁷.

Opinión que, sin duda, nos parece exagerada. No siempre el hábito hace al monje. Es cierto que consigue hacer un estudio serio y documentado sobre la organización y funcionamiento del Tribunal de la Inquisición, pero no imparcial al prescindir de aludir a sus errores que, sin duda, los hubo y muchos, tanto en el origen, como en el fin.

En la obra, destaca el P. Montes la finalidad del Santo Oficio y su razón de ser que era el beneficio de la unidad religiosa nacional, lo que a su modo justificó que se adoptaran medidas legales: se establecieron las figuras de delitos y las penas con las que se sancionaban, con un procedimiento inquisitivo o secreto que, dice Sánchez Tejerina:

*“Es, en términos generales, tan superior al que hoy se sigue, que son muchos los procesalistas que vuelven su mirada hacia él con sincera admiración”*³⁰⁸.

³⁰⁶ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, p. 212.

³⁰⁷ LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Op. cit.*, p. 77.

³⁰⁸ SÁNCHEZ TEJERINA, I., “Un gran penalista español: El P. Jerónimo Montes”, en *La Ciudad de Dios*, San Lorenzo de El Escorial, 1944, p. 11.

Tras una introducción de carácter histórico en la que el P. Montes valora cómo desde que los Emperadores romanos abrazaron el Cristianismo y pusieron su espada al servicio de la Iglesia, la herejía, la apostasía y otros delitos religiosos fueron incluidos en la legislación penal del Imperio, hasta su generación contemporánea, nacida y criada en un ambiente de indiferencia religiosa por culpa de la idea de supremacía del poder civil y de separación entre la Iglesia y el Estado, el orden religioso y el jurídico, el ciudadano y el hombre, la misma sociedad se ha vuelto incapaz de comprender la significación social y política del crimen de herejía. Por esta razón, escribe el P. Montes el trabajo para presentar a la Inquisición española, sin impugnarla ni defenderla, tal y como fue porque:

“Contribuir a disipar aquella ignorancia no es solamente una obra de amor a la verdad histórica, sino también de patriotismo, ya que sobre nuestra patria ha caído principalmente el oprobio de la Inquisición y las hogueras, el secreto de los juicios y la tortura de los reos, como si sólo en España hubiera habido Inquisición, y sólo por las leyes españolas se hubieran encendido hogueras para el crimen de herejía”³⁰⁹.

Siguen once capítulos, divididos en 167 párrafos o números. Los tres primeros capítulos tratan cuestiones generales de Derecho Penal:

³⁰⁹ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 19.

- *El delito*, en el que tras definir la herejía en su aspecto teológico, moral y jurídico, y el error como nota específica, analiza el elemento intencional o subjetivo y las circunstancias atenuantes y agravantes;

- *El delincuente*, donde estudia al individuo como sujeto del delito, la posibilidad de concurso de varias personas en el crimen, así como el caso especial de la reincidencia; y

- *La punibilidad*, donde tras considerar la insuficiencia de las penas espirituales contra los herejes, y la necesidad de penas temporales o definitivas, trata la doctrina de Alfonso de Castro y Simancas sobre la cuestión, citando a los impugnadores de las penas contra los herejes como San Agustín y San Gregorio Nacianceno, y el fin preventivo de la pena y no como modo de imposición de la fe por el terror o la fuerza.

En los capítulos IV a VII trata cuestiones puramente procesales en las que analiza:

- *El juez*, donde se refiere a la composición del tribunal, tal y como se dispuso para España por el cardenal Cisneros, destacando la especial jurisdicción de que estaban revestidos los inquisidores quienes gozaban de una jurisdicción mixta: espiritual, en tanto que actuaban por delegación del Papa; y civil, al igual que el resto de los tribunales civiles, en cuanto tenían facultad de imponer penas como éstos;

- *El procedimiento*, caracterizado por la brevedad, la rectitud y el secreto, con las dos fases: definitiva y ejecutiva, el cual comprende a su vez el régimen penitenciario y carcelario;

- *La prueba*, singularmente la confesión, el tormento, la purgación canónica, el testimonio, el informe pericial y los indicios y presunciones; y

- *La defensa*, en la que reconoce el P. Montes la necesidad de defensa de los reos y las deficiencias de negarse a éstos la defensa exigida por el derecho natural.

Merece atención especial el capítulo VIII, titulado: *La sentencia*, en el que valora que ésta podía ser modificada por los jueces de la Inquisición bien aumentando o rebajando la pena impuesta, o conmutándola si no había creado la excepción de la cosa juzgada.

De especial interés para el Derecho penal tiene el apartado dedicado al estudio de la “*sentencia indeterminada*”, que hoy tiene su realidad legislativa con la llamada prisión permanente revisable, y que podía aplicarse teniendo en cuenta que el fin de la pena era la reforma moral del penado, su corrección y adaptación a la vida social.

Era ésta una cuestión que interesaba sobre manera a los penalistas de la época³¹⁰. Téngase en cuenta que el clima científico estaba dominado por el positivismo, tanto

³¹⁰ El mismo Luis Jiménez de Asúa obtuvo el título de Doctor por la Universidad Central, hoy Universidad Complutense de Madrid, el día 28 de febrero de 1913 con una tesis titulada “*El sistema de penas determinadas a posteriori en la Ciencia y en la Vida*”. El texto de la tesis dio lugar a un volumen titulado: “*La sentencia indeterminada. El sistema de las penas determinadas a posteriori*” que, con prólogo de Constancio Bernaldo de Quirós, a quien el propio Jiménez de Asúa consideraba su “*querido maestro*”, publicó la Editorial Reus en Madrid el mismo año de 1913.

alemán como italiano, que había sido expandido por toda Europa, y que sostenía que tanto el delito como los medios para combatirlo debían ser considerados no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también desde una perspectiva antropológica y sociológica.

Como el positivismo penal distinguía entre diversas clases de delincuentes y entendía que la pena debía ajustarse al peligro de reincidencia que cada uno de ellos tenía, y cómo no era posible predecir cuáles iban a ser los efectos futuros de la pena sobre el delincuente, se pensó que la pena no podía ser fijada definitivamente en la sentencia, sino que debía ser indeterminada o determinada a posteriori.

Aquel es el sistema de penas que Jiménez de Asúa llamó en su tesis: “*sistema de penas determinadas a posterior o ulteriormente determinadas*” y que tomó del sistema legal establecido para el crimen de herejía estudiado.

El método establecido para el crimen de herejía requería relacionar la pena o la especie de penas con el delincuente o una categoría determinada de delincuentes. Mientras que el P. Montes consideró a qué tipo de herejes debía ser aplicada dicha medida, pues consideraba que sólo era adecuada para el crimen de herejía y no extrapolable al Derecho penal, el propio Jiménez de Asúa fue más allá y consideró que debía ser adoptada “*para todos los delincuentes (...) en su verdadero sentido de tutela penal*”, aunque excluía a los delincuentes políticos³¹¹.

³¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada. El sistema de las penas determinadas a posteriori*, Madrid 1913, pp. 217-219. En ella cuestionó un Código Penal que estableciera un sistema de determinación de la pena caracterizado por su rigidez. Afirmaba que: “*de todas las leyes penales existentes hoy en el mundo civilizado, acaso sea el Código penal español de 1870 el más enconado adversario del libre arbitrio judicial*” y añadía críticamente que el Código penal: “*lo prevé todo, lo reglamenta todo (...) es necesario anular (...) la temida libertad del juez; por eso se dan reglas*

Sin embargo, a pesar de las consideraciones de Jiménez de Asúa, a salvo el crimen de herejía, jamás en el sistema penal español posterior se implementó un sistema de penas determinadas *a posteriori* para todos los delincuentes que permitiera que, dentro de unos límites legales, pudiera el juzgador establecer en la sentencia no el *quantum* fijo de la pena, sino una cantidad comprendida entre un extremo mínimo y otro máximo, de modo que un reo no pudiera ser liberado antes del primero, debiendo serlo antes del segundo, siendo su corrección civil la que determinaría el tratamiento penal.

A pesar de que Jiménez de Asúa finalizó su tesis afirmando que “*su tiempo llegará más pronto o más tarde: yo sabré esperarle*”³¹², ni ha llegado ni creo que llegará jamás, pues ese planteamiento tan pionero e innovador que Jiménez de Asúa pretendió incorporar a la doctrina española, supone saltarse a la ligera los principios penales que han venido rigiendo la imposición de la pena como es el de la legalidad y el de la seguridad jurídica, fundamentalmente. Es preciso tomar en serio la dignidad de la persona y el tratamiento individualizado del penado en la ejecución. Y, de otra parte, porque supone una conexión orgánica de la Administración de Justicia con la ejecución de la pena, donde una larga pena de prisión de un condenado es incompatible con las garantías constitucionales debiendo respetarse la individualidad y la dignidad de la persona³¹³.

minuciosas sobre la manera de aplicar las penas”. De ahí que “*nuestro Código es una traba, un grillete para el magistrado*” (Id., p. 283-284).

³¹² *Ibidem*, p. 292.

³¹³ De hecho, en 1969, un año antes de su muerte, Luis Jiménez de Asúa consciente de que sus tesis no habían tenido los efectos deseados, pese a su alto grado de optimismo, publicó un artículo dedicado a Franz Von Liszt en el que, tomando la idea del eterno regreso de Nietzsche, apostaba por el retorno de las ideas político-criminales de la prevención especial, a las que vinculaba su tesis doctoral. Eran los nuevos tiempos de la reinserción y resocialización de los criminales, de los establecimientos de terapia social y de la ejecución como tratamiento. Pero ya no se hablaba de segregación de tipos de delincuentes ni penas con extremos inferior y superior. Y es que las ideas no regresan y si lo hacen nunca

Más de un siglo después de la disputa científica entre los dos penalistas acerca de los crímenes a los que podría ser aplicable la sentencia indeterminada, ha sido aprobada la llamada *prisión permanente revisable* prevista para ciertos delitos graves. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal (LO 10/1995) dice, respecto de ella que:

“La gravedad de los delitos citados justifica una respuesta extraordinaria que consiste en la imposición de una privación de libertad de duración indeterminada, que no obstante está sujeta a un régimen de revisión, pues tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena (...), acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias (...)”

Ciertamente entre la prisión permanente revisable y la concepción de los dos penalistas, el P. Jerónimo Montes y Jiménez de Asúa, hay notables diferencias metodológicas. Aquél parte de la gravedad del delito cometido para determinar la pena. Su punto de partida es la idea de retribución o prevención general negativa. El P. Montes y Jiménez de Asúa por el contrario, vinculaban la sentencia indeterminada con las categorías de delincuentes a los que puede ser eficazmente aplicada: uno, a los herejes; otro, a todos los delincuentes.

Igualmente pone de relieve el perdón o indulto judicial con el “*Tempus gratiae*” y la condena condicional (institución de nuestros días). Y explica porqué era tan rara la

son idénticas porque los tiempos cambian y con ellos las formas de pensamiento que deben adaptarse a ellos. Por eso, Jiménez de Asúa, pasada su madurez, no volvió a insistir en la sentencia indeterminada.

sentencia absolutoria en los juicios criminales contra la herejía y cómo el arrepentimiento del reo tenía un valor decisivo en casi todas las sentencias inquisitoriales siempre que llevara consigo la sinceridad de la confesión y el deseo pleno de volver al seno de la Iglesia, y ambas condiciones se manifestaran antes de pronunciarse la sentencia. Dice aquí el P. Montes que los esfuerzos empleados por los inquisidores con los impenitentes, antes de dictar sentencia:

*“Para lograr su arrepentimiento y librarlos de la pena civil, constituyen una de las pruebas más patentes del lugar que ocupaba en estos juicios la misericordia, y manifiestan la misión, más paternal que jurídica, de los jueces inquisidores”*³¹⁴.

Distingue dos clases de impenitentes: los afirmativos, que eran los que confesaban el crimen; y los negativos, que se negaban a confesar los hechos jurídicamente demostrados y a los que se daba un tiempo antes de dictar la sentencia definitiva, aunque en la práctica se les acabó negando el tiempo y la misericordia, y ni el arrepentimiento los libraba del brazo de la Iglesia, ni de la muerte.

Y concluye el P. Montes afirmando que:

*“La publicación o lectura de la sentencia solía dar ocasión a un acto público o solemnísimo, uno de los más grandiosos y emocionantes que han conocidos los siglos: los autos de fe”*³¹⁵.

³¹⁴ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, pp. 288-89.

³¹⁵ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 297.

El capítulo IX titulado *La justicia punitiva de la Inquisición* constituye una verdadera apología de la Inquisición española, con todas sus vicisitudes, ataques, defensas y discusiones. Critica que se haya censurado la dureza de las penas prescritas por el Derecho canónico para los crímenes de herejía, siendo éstas más benignas que las dictadas por la justicia punitiva del Estado. Asimismo, considera que los inquisidores se guiaban por la mansedumbre y la misericordia que inspira el espíritu del Evangelio tanto en el curso del proceso inquisitorial como en la aplicación de las penitencias. Y expone, en apoyo de su tesis, las ideas de algunos tratadistas como Alfonso de Castro, Simancas, etc., e insiste en su favor en el hecho de haber sido Inquisidores Generales figuras tan destacadas y relevantes como el Cardenal Cisneros, Tavera, Valdés, Quiroga, Castro, etc., entre otros ilustres prelados, fundadores de Universidades.

Los dos últimos capítulos X y XI tratan de *La penalidad y la Aplicación de las penas*, en los cuales ofrece una clasificación de las penas: penas corporales; carcelarias o restrictivas de la libertad; trascendentales; pecuniarias; espirituales y penitenciales, y el modo de imposición de éstas por los inquisidores con excepción de la pena de muerte, la de mutilación y otras semejantes, impropias del carácter religioso de los mismos. Y chocantes resultan las llamadas penas arbitrarias o extraordinarias, es decir, no determinadas por el Derecho, sino dejadas al prudente arbitrio de los jueces en función de las condiciones del culpable y las circunstancias de cada caso.

No se discute que el P. Montes realiza una obra excelente, fruto de un paciente examen de documentos y libros, que la convierte en un texto ameno y de gran utilidad al ofrecer un estudio serio y profundo sobre la Inquisición y sus relaciones con el Derecho penal. Y compartimos, desde luego, con Sánchez Tejerina la idea de que:

*“Si el P. Montes hubiera hecho con otros delitos un estudio tan perfecto como el llevado a cabo en este libro, hubiera sido, sin disputa, nuestro primer historiador del Derecho, no solo del Derecho Penal, sino, así, del Derecho”*³¹⁶.

Y sorprende, desde luego, que muchas de las instituciones penales actuales fueron practicadas por la Iglesia y por la Inquisición desde tiempos remotos como la condena condicional (institución nuestra); la incomunicación del reo durante la instrucción del proceso; el arresto domiciliario; el perdón o el indulto parcial; o el principio de intraterritorialidad que se llegó a solicitar para este Tribunal y sus delitos por ser la Iglesia católica universal.

No estamos conformes, en cambio, con la apología que el P. Montes hace de la Inquisición española y que apoya el P. Esteban García cuando dice que, tras el libro, ya no será posible:

*“Acumular negruras ni repetir inepcias sobre la Inquisición española. Si hubo defectos y errores –que no negamos- obra eran de la fragilidad humana, no de las leyes por que se regía el Sagrado Tribunal. Y si en adelante hay quien hable de la Inquisición a la usanza del siglo XIX, podrá, por lo menos, ser argüido de ignorancia. No hay, pues, que decir que este precioso libro debiera figurar en la biblioteca de todo español –que por tal se tenga-, ya que, en este punto, la leyenda negra, escándalo por tanto tiempo de pusilánimes y fariseos, queda reducida a lo que en justicia y verdad le corresponde: a la nada”*³¹⁷.

³¹⁶ SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Op. cit.*, p. 10.

³¹⁷ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, p. 213.

Y lo mismo con el P. López Riocerezo cuando afirmaba que:

“Leyendo este libro, examinando sus procesos, bebiendo en sus mismas fuentes, parangonando sus métodos podemos repetir: ¿Dónde está la crueldad española?, ¿dónde esa sevicia peninsular, propagada en Europa contra el honor de España, atacando nuestros métodos penitenciarios, animados por un tono magnífico de humanidad y de dignidad cristiana?”³¹⁸.

Sin duda alguna, la Inquisición española fue una institución jurídica propia de su tiempo, pero no fue modelo de equidad, ni en ella se administraba una justicia con el más elevado concepto que exige su aplicación moderna actual, por más que entre los inquisidores los hubiera de exquisita y probada conciencia, como dice el P. Miguel de la Pinta Llorente³¹⁹; ni por el hecho de que el procedimiento fuera legal, pues legal no es sinónimo de justo ni justifica las penas humillantes o degradantes, ni las mutilaciones, la tortura o la muerte; ni por el hecho de que las penas del Estado fueran más injustas; ni porque los inquisidores se emplearan con misericordia en sus funciones, porque no aparece en el Evangelio en parte alguna el uso del rigor empleado por la Inquisición contra los pecadores, cuyo trato no se ajustaba a las más exigentes normas de humanidad y caridad cristiana, que de hecho llevó recientemente a la Iglesia a pedir perdón por tantos errores cometidos por la Inquisición.

³¹⁸ LÓPEZ RIOCEREZO, *Op. cit.*, p. 67.

³¹⁹ PINTA LLORENTE, M., *La Inquisición española*, Madrid 1948, p. 431-451, en quien se apoya el P. López Riocerezo para sostener la tesis de la benignidad y moderación de las sentencias dictadas por el procedimiento inquisitorial, en LÓPEZ RIOCEREZO, *Op. cit.*, p. 68.

Es evidente que las cuestiones analizadas por el P. Montes están en clara contradicción con las ideas y sentimientos de nuestra época. Y el P. Montes, consciente de este hecho, justifica sus ideas al decir que:

“Para formarnos un juicio exacto de estas penitencias humillantes y de sus efectos en el penado y en el ánimo de los demás, sería preciso conocer muy a fondo las circunstancias de los tiempos, el modo de pensar y sentir, las costumbres y la psicología particular de las sociedades en que tales penitencias se imponían y practicaban”³²⁰.

Es por esto que, aunque no es una cuestión de actualidad, nos parece que debe ser tenida como una importante aportación al Derecho penal, ya que en él se estudian sucesivamente el delito, el delincuente, la punibilidad, el juez, el procedimiento, la sentencia, la justicia punitiva de la Inquisición, la penalidad y la aplicación de las penas, siempre, claro está, en relación con la herejía punible, hoy inexistente, pero no puede por esto desmerecerse la importancia que el trabajo tiene al confrontar el P. Montes las doctrinas de los antiguos tratadistas con las teorías que ocupan hoy el orden penal, pues pone de manifiesto cómo muchas de las instituciones penales modernas fueron ya practicadas por la Iglesia desde tiempos remotos: la libertad condicional, la sentencia indeterminada, el sistema de aislamiento del reo, el arresto domiciliario, algunas de las cuales estuvieron en vigor desde la edad Media.

³²⁰ MONTES LUENGOS, J., *Op. cit.*, p. 400.

3.2.3. Otras aportaciones a la investigación histórico-penal

El P. Montes publicó otros muchos trabajos de índole histórica y jurídica en forma de monografías en la revista *La Ciudad de Dios*, y que no son sino capítulos de una más amplia obra que pretendía realizar y que llevaría por título: “*Historia de la Ciencia penal española*”, pero la muerte no le permitió llegar a publicar, aunque tenía en preparación, habiéndonos quedado los estudios parciales publicados hasta ese momento.

Se trata de monografías breves acerca de diversas cuestiones no menos importantes como la ley penal, sus efectos obligatorios, la costumbre como fuente del derecho penal, el arbitrio judicial, la ignorancia en el derecho penal, los precedentes doctrinales del “Estado de necesidad”, etc., basándose para ello en las doctrinas de nuestros antiguos teólogos, moralistas y juristas.

Lamentablemente, como hemos dicho, la muerte impidió al P. Montes reunir todos estos trabajos en ese amplio estudio que preparaba sobre la Historia de la ciencia penal española, que hubiera alcanzado cotas de popularidad y una innegable importancia en el ámbito de la Ciencia jurídica penal, pues en España es poco lo que se ha escrito en este sentido, a pesar de que el P. Montes demostró que existen materiales abundantes para una sólida y elaborada construcción histórica penal, sin necesidad de importar de otros países novedades arriesgadas y oscuras para nuestro país.

Se lamentaba el P. Esteban de la quebrantada salud del P. Montes, la cual no le permitió el estudio de algunos centenares de volúmenes para realizar una ardua empresa pues:

“Durante algún tiempo, acarició la idea de formar un tratado completo y sistemático de derecho penal con las doctrinas de nuestros escritores antiguos, ya que, según él, todas o casi todas las cuestiones que hoy comprende esta ciencia, sin excluir las aportaciones antropológicas y sociológicas, se hallan contenidas en las obras de estos varones insignes”³²¹.

No obstante, sus estudios quedaron escritos. Les falta una hilazón a todos ellos. De momento, fueron breves apuntes sobre la investigación histórica:

- En *La ignorancia en el Derecho penal*³²² abordó la doctrina de los antiguos tratadistas acerca de la ignorancia como excusa de la culpa y de la pena;

- En *De re poenali*³²³ estudia el problema de si la pena debe ser corrección o escarmiento;

- En *“La costumbre como fuente del Derecho Penal”* analizó la importancia de la costumbre y su validez en el Derecho penal³²⁴;

³²¹ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, pp. 214-215.

³²² MONTES LUENGOS, J., “La ignorancia en el Derecho penal”, en *La Ciudad de Dios*, San Lorenzo de El Escorial CXLVIII (pp. 353-69); CXLIX (pp. 43-60); y CL (pp. 39-53, 277-97 y 321-38).

³²³ MONTES LUENGOS, J., “De re poenali. ¿La pena debe ser corrección o escarmiento?”, en *La Ciudad de Dios*, vol. XC (pp. 433-44); “De re poenali. El problema del castigo corporal”, en *La Ciudad de Dios*, vol. XCI (pp. 12-25).

³²⁴ MONTES LUENGOS, J., “La costumbre como fuente del Derecho Penal”, en *La Ciudad de Dios*, vol. CXX (pp. 218-34, 350-67).

- En la “*Introducción al estudio de la ley penal según las doctrinas de los moralistas y jurisconsultos españoles*”³²⁵, que parten de la existencia de una ley natural objetivamente inmutable, derivada de la naturaleza racional del hombre y superior a toda ley humana, fuente y norma del Derecho positivo;

- Y estudios donde siguió abordando las cuestiones que suponía podrían formar parte de la investigación histórico penal: *Valor científico de la defensa social en la penalidad*³²⁶, *El arbitrio judicial en la determinación de la pena*³²⁷, etc.

³²⁵ MONTES LUENGOS, J., “Introducción al estudio de la ley penal según las doctrinas de los moralistas y jurisconsultos españoles”, en *La Ciudad de Dios*, vols. CXXI, CXXII, CXXX, CXXXI, CXXXII, CXXXV, CXL.

³²⁶ MONTES LUENGOS, J., “Valor científico de la defensa social en la penalidad”, en *La Ciudad de Dios*, Vol. CIX, pp. 5-27.

³²⁷ MONTES LUENGOS, J., “El arbitrio judicial en la determinación de la pena”, en *La Ciudad de Dios*, Vol. CXX, pp. 5-22 y 117-32.

TOMA DE POSTURA

Decía el P. Esteban García Suárez, mártir agustino:

“Es el P. Montes uno de los valores más destacados que posee la ciencia penal española. Todos sus estudios son notables y de positivo mérito, pero los dedicados a la investigación histórica pueden considerarse como definitivos”³²⁸.

Es justo afirmar que nadie, en su época, incorporó al Derecho penal y a la Criminología tanta profundidad de pensamiento, tantas ideas nuevas, ni mostró mayor esfuerzo para encontrar la relación entre los conceptos, la perspectiva histórica del Derecho penal, el estudio de los antiguos teólogos y filósofos.

El P. Montes era conocedor de las antiguas ciencias: la Mitología, la Psicología, la Antropología, la Sociología y hasta la Alquimia y supo hilvanarlas con esmero al estudio de la ciencia penal, aplicando una sesuda inteligencia y una increíble capacidad de trabajo que dieron lugar a la elaboración de ideas sugerentes que muestran su inagotable fertilidad.

Es cierto que algunas de estas ideas han perdido vigencia, otras en cambio son realidad en nuestros días, pero en todo caso, unas y otras forman parte del andamiaje sólido que sostiene el Derecho penal, válido para la actual ciencia jurídico-penal y la Criminología.

³²⁸ GARCÍA SUÁREZ, E., “Labor jurídico-penal del P. Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, vol. IX, 1930. p. 211.

Hasta tal punto el tratado de *Derecho Penal español* del P. Montes satisfizo plenamente aquella ausencia y la finalidad propuesta, que su aceptación vino no solamente de los propios alumnos del Escorial, sino de los estudiantes en la licenciatura en Derecho de todas las Universidades españolas así como de los aspirantes a las oposiciones estatales, y del profesorado, que se vio enriquecido por una obra clara y al mismo tiempo completa y profunda, así como a los penalistas que vieron en esta obra el primer tratado moderno de Derecho penal publicado en España, tal y como reconoció el propio Jiménez de Asúa³²⁹.

Un autor consagrado de obras penales destacadas como Constante Amor y Neveiro (1862-1935), bajo el epígrafe: “*Un libro notable y de alto interés científico*”, dijo que:

*“El P. Montes, como penalista doctrinal, es uno de los primeros de nuestra nación, si no es el primero. Su Derecho Penal español, del que van publicados dos volúmenes, es la obra general más sólida y original que de estos estudios se ha publicado en España hasta el presente”*³³⁰.

Y el P. Esteban García Suárez, dijo que:

“En el terreno doctrinal quedan muestras de su claro ingenio, suficientes, y aún sobradas para poder considerarle -dicho sea sin ánimo de

³²⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires 1950, p. 691.

³³⁰ AMOR Y NEVEIRO, C., *Bibliografía de los estudios penales por orden alfabético de autores, seguida de varias clasificaciones que facilitan el uso de la misma*, Madrid 1918, p. 433.

rebajar méritos a nadie- como uno de nuestros primeros penalistas, si no es el primero”³³¹.

En orden a nuestra historia jurídico-penal, el P. Montes hizo los mayores esfuerzos por acumular materiales. Trajo a España, a partir de las doctrinas de nuestros tratadistas antiguos, en un momento en que en el Derecho penal no había más que figuras adocenadas y libros vulgares, así como textos que no resultaban de aplicación a nuestro sistema nacional, los principios en los que se asentaría la ciencia jurídica penal moderna, planteó y discutió sus problemas fundamentales, y construyó una teoría científica digna de respeto llegando por el rigor de sus estudios a desmerecer la celebridad de Beccaria, al atribuir a los antiguos teólogos y juristas la paternidad intelectual de la Ciencia del Derecho penal.

En conclusión, la figura del P. Jerónimo Montes, injustamente olvidada por la posteridad, aparece ante nosotros como un jurista discreto como lo fue su persona. Su obra es trabajo de fraile medieval. *Ora et labora*, dice la regla monástica que Benito de Nursia escribió a principios del siglo VI para los monjes benedictinos. Y de esa labor paciente, callada, minuciosa, de monje medieval, miniaturista, encerrado horas y horas en una Biblioteca y de picar y picar en la cantera del Derecho penal, que guardaba intactos los tesoros de la ciencia jurídico-penal, surgieron sobre la mesa de trabajo del P. Montes obras que tienen la virtud de despertar la afición al estudio de nuestras instituciones penales históricas y son referencia obligada para conocer la historia del Derecho penal, al margen de haber contribuido a la formación de catedráticos, jueces y abogados de todos los tiempos.

³³¹ GARCÍA SUÁREZ, E., *Op. cit.*, p. 215.

SEGUNDA PARTE

LA APORTACIÓN DEL P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ (1898-1992)

A LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL



CAPÍTULO CUARTO. EL ARABISMO ESPAÑOL. SU DIMENSIÓN JURÍDICA

Los estudios acerca del Derecho musulmán que realizó el P. López Ortiz durante su vida le consagraron como el primer jurista español especialista en dicha materia. Dichos estudios son la primera y la mayor aportación realizada al conocimiento y profundización del derecho musulmán para aquellos juristas o expertos en la materia que aborden el estudio del ordenamiento jurídico musulmán, tanto en su aspecto aislado, como en su evolución respecto del ordenamiento jurídico español.

Esta línea de investigación sobre el Derecho musulmán determinó que, en el estudio de la Historia del Derecho en España, el P. López Ortiz tenga tal importancia cuya mención no se debe ni se puede omitir.

Resulta, sin embargo, necesario para poder conocer cuales fueron sus aportaciones a la Historia del derecho español dedicar unas primeras líneas a la formación y desarrollo del Derecho musulmán³³². En este sentido, no cabe entender la historia jurídica hispana sin tener ciertos conocimientos del período hispano-musulmán. Dice el profesor Aguilera Barchet con gran acierto a este respecto:

³³² Sobre la historia de los musulmanes puede verse, entre otros textos interesantes, los siguientes: GARCÍA TOLSA, J., “Los musulmanes”, en *Historia de España y América*, 1, Barcelona 1974; BOSCH VILA - HÖNNENBACH, J., *Andalucía islámica, textos y estudios*, Granada 1980; CHEJNE, A.G., *Historia de la España musulmana*, Madrid 1980; ARIAE, R., “España musulmana (siglos VIII-XV)”, en TUÑÓN DE LARA, M., (dir), *Historia de España*, III, Barcelona 1982; CHALMETA, P., *Invasión e islamización. La sumisión de Hispania y la formación de Al-Ándalus*, Madrid 1994; CANO PEDRO, D., *Al-Ándalus: el Islam y los pueblos ibéricos*, Madrid 2004; GONZÁLEZ PALENCIA, A., *Historia de la España musulmana*, Barcelona 1945; JACKSON, G., *Introducción a la España medieval*, Madrid 1975; WATT, M., *Historia de la España islámica*, Madrid 1970.

“Para comprender el derecho tan imprescindible resulta analizar la estructura lógica de los objetos históricos por cuanto que el pasado jurídico se diluye en una pura sucesión temporal de modelos empíricos, como examinar el carácter histórico de la estructura de las categorías vigentes, a fin de contar que éstas puedan presentarse como puras elaboraciones abstractas adquiridas sin el esfuerzo de la crítica histórica”³³³.

Vamos a dedicar tres epígrafes para conocer la formación y desarrollo del Derecho musulmán; los estudios realizados sobre el mismo; y finalmente, la dimensión jurídica del arabismo español.

4.1. Formación y desarrollo del Derecho musulmán

4.1.1. Origen de la tradición jurídica musulmana

La tradición jurídica musulmana comienza en la Península Ibérica con la entrada de las tropas de Tariq en el verano del año 711 lo que provocó la caída de la débil Monarquía visigoda y su organización política, cuya soberanía se disputaban los hijos del penúltimo rey visigodo Vitiza con Don Rodrigo, último monarca elegido por el Senado visigodo que fue derrotado por los musulmanes a su entrada en la Península ibérica³³⁴.

³³³ AGUILERA BARCHET, B., “Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 9 (1991), pp. 299-378, esp. p. 376-377.

³³⁴ ORLANDIS, J., “Ocaso y ruina de la España visigótica”, en *Historia del reino visigodo español*, Madrid 2003, pp. 113-134. SEMPERE Y GUARINOS, J., en su *Historia del Derecho Español*, Madrid 1846, p. 124, se cuestionaba: “¿Cómo veinte o treinta mil mahometanos pudieron derrotar el ejército de Rodrigo, compuesto por lo menos de doble o triple número de españoles, no menos valientes que ellos? ¿Cómo en dos años los sarracenos pudieron apoderarse de casi toda la Península, cuya ocupación había costado doscientos años a los romanos, y otros tantos a los godos?... La monarquía

Don Rodrigo había traído a la Península Ibérica la unidad política y religiosa con la conversión de Recaredo al catolicismo en el III Concilio Nacional de Toledo en el 589; y, la jurídica, con el *Liber Iudiciorum*³³⁵, que será la base jurídica de los cristianos peninsulares tras la ocupación musulmana y cuya eficacia alcanzará hasta la codificación civil española en el 1889.

La caída de don Rodrigo, último de los reyes godos, a la orilla del río Guadalete por el ejército de Tariq provocará la invasión y ocupación de la Península Ibérica por parte de los musulmanes, seguidores de las creencias islámicas, lo que marcará jurídicamente esta nueva época.

goda fue destruida por las mismas causas que otros grandes imperios, esto es, por su mal gobierno". Y en el mismo sentido, PÉREZ PUJOL, E. en su Historia General del Derecho Español, Madrid 1886, p. 190, respondía a la misma cuestión diciendo que: "el mahometismo por lo que tiene de fanático, es la religión más apropiada para exaltar el ánimo de sus creyentes, y esto es lo que dio ímpetu a los árabes para conquistar la Península española..."

³³⁵ El *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*) contiene las leyes visigodas de carácter territorial para toda la Península Ibérica. Ordenado por el rey Recesvinto y promulgado el año 654, derogó las leyes anteriores (el *Breviario de Alarico* para los romanos y el *Código de Leovigildo* para los visigodos). También es conocido como *Código de Recesvinto*, *Libro de los Jueces*, *Liber Iudicum*, *Liber Gothorum*, *Fori Iudicum*, *Forum Iudicum* y *Forum Iudiciorum*. Consta de un Título preliminar y doce libros, subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas setenta y ocho leyes. Contiene trescientas veinticuatro leyes del anterior Código godo (que en el texto se califican de *antiquae*), noventa y nueve leyes elaboradas por Chindasvinto (o en vida de éste) y ochenta y siete leyes propias de Recesvinto (las del padre se encabezan en el texto con el nombre Flavius Chindasvintus Rex y las del hijo con Flavius Recesvintus Rex). Finalmente había tres leyes de Recaredo y dos de Sisebuto. En la Historia del Derecho se considera esta compilación como la gran obra legal del reino visigodo. En 1241 fue traducido, con algunas modificaciones, del latín al castellano por orden del rey de Castilla Fernando III para ser concedido como fuero a ciertas localidades de la zona meridional de la península ibérica, siendo denominado *Fuero Juzgo*. Aunque existe un debate entre los historiadores del derecho (Sánchez Albornoz, D'Ors y García Gallo) respecto a si las atribuciones aportadas por el derecho romano vulgar eliminaron cualquier rasgo de las costumbres legales del pueblo germano, lo cierto es que esta gran obra recoge el derecho romano posclásico, con una mayor influencia del *Código de Teodosio*, y parte del derecho romano vulgar y el derecho canónico. Y se basa en fuentes de derecho visigodo anteriores, que se introdujeron en el *Liber Iudiciorum* bien de forma intacta, como el *Código de Eurico* y el *Codex Revisius*, o bien corregidos, lo que refleja la correlación entre los textos visigodos. Una edición puede verse en *Liber Iudiciorum. El Libro de los Juicios*, Boletín Oficial del Estado 2015. Vid. IGLESIA FERREIROS, A., *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid 1996; GARCÍA-GALLO, A., *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, Madrid 1953; PÉREZ-PRENDES, J.M., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid 1983; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid 2005; D'ORS, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de Derecho natural como límite del Derecho positivo*, Madrid 1999; ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid 2003.

El origen del Islam lo representa Mahoma (570-632), comerciante, cuya huida de la Meca el 15 de julio de 622 marcará el inicio de la Hégira (la emigración) que, a su vez, marca el inicio de la era musulmana, el inicio de su calendario y el inicio de la comunidad de musulmanes creyentes en Alláh (Él es), iniciando su expansión³³⁶.

A la muerte de Mahoma, resulta clave la figura de los califas en la creación del ordenamiento jurídico islámico, si bien no tienen por misión legislar (la *sharia*, la ley divina, ya ha sido creada por Aláh como esencia inmutable), sino la de matizar y aclarar los mandatos divinos del Corán que, a partir del 650, serán puestos por escrito hasta que el control del ordenamiento jurídico islámico pasó de los Califas, tras el derrumbamiento del Califato de Damasco, a los Doctores o expertos en la ley islámica (los *ulema*), convirtiéndose en derecho inmutable³³⁷.

³³⁶ San Juan Damasceno, nacido hacia el 650 y muerto medio siglo después, fue el primer conocedor de las primeras fases de la predicación islámica. Nacido en una familia árabe-cristiana, servía en la Administración financiera en la Corte de los califas Omeyas de Damasco cuando se vio obligado a renunciar a su puesto por la política anticristiana del califa Abdemalik (685-705), acabando su vida como monje en el Monasterio cristiano de Mar Saba en Jerusalén. A él se debe la primera obra importante contra el islamismo. Escribió "*Fuente del conocimiento*", originariamente en griego, que ejerció una gran influencia en el Occidente cristiano y dedicó su atención, entre otros temas, a las herejías del Cristianismo por lo que acabó denominándolo "*Libro de las herejías*", donde incorporó una breve descripción del Islam (aún no denominado de esta manera) al que consideró una doctrina cristiana errónea. Juan Damasceno llamó a los seguidores de esta nueva fe ismaelitas, por Ismael, hijo de Abraham, que desde el historiador griego Sozomenos (siglo VI después de Cristo) solía ser considerado como el antepasado común de los árabes. Y consideró a Mahoma un falso profeta. En su libro lo presenta como precursor del Anticristo. (Ya el teólogo sirio Efraim en su *Comentario a la Biblia* había dicho de los ismaelitas que eran "*un obstinado asno salvaje procedente del desierto*") Por esta razón, Mahoma, como fundador de la fe islámica fue considerado sino el Anticristo, si un personaje funesto contrario a la Iglesia católica. Mahoma fue para los cristianos medievales un hereje y un falso profeta. En el *Libro de las herejías* se le atribuyó un conocimiento elemental y defectuoso del Antiguo Testamento y del Nuevo Testamento. BÁDENAS DE LA PEÑA, P., "El Islam como herejía en la obra de Juan Damasceno", en Barceló, M. y Martínez Gázquez, J. (eds.) *Musulmanes y cristianos en Hispania durante las conquistas de los siglos XII y XIII*, Barcelona 2005, pp. 9-23; BELTRÁN, M., "Los atributos divinos en Juan Damasceno y su influencia en el Islam", en *Collectanea Christiana Orientalia*, Vol. 2 (2005), pp. 25-42; HERRIN, J., "La crisis de la iconoclastia" en MAIER, F. G., *Bizancio*, Madrid 1979, pp. 82-127; PETERS, F. E., *Los hijos de Abraham. Judaísmo, Cristianismo, Islam*, Barcelona 2007; PINDER-WILSON, R. H., "El imperio del Profeta", en TALBOT RICE, D. (dir.), *La Alta Edad Media*, Madrid 1988, pp. 62-101.

³³⁷ AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho musulmán*, Madrid 2007, pp. 91-96.

Desde su comienzo, la comunidad de musulmanes se escindió en dos grandes corrientes religiosas del Islam: los sunnitas (musulmanes ortodoxos) y los chiitas (musulmanes heterodoxos).

El Islam surgió así, en un ámbito comercial, urbano, y politeísta en ciudades como La Meca y Medina, tratando de dar respuesta a los orígenes del ser humano y su relación con el prójimo y con Dios. Desde su aparición en el año 622, en que se convirtió en una de las tres religiones monoteístas junto al Cristianismo y el Judaísmo, el Islam forma parte de la historia mundial del siglo XXI.

En una primera acepción, Islam es sinónimo de religión. Así en Corán 5,5 se dice: “*Yo (Alá) os he dado como religión el Islam*”. La equiparación es puramente conceptual, pues la palabra religión es equivalente a *din*. En otras ocasiones, se utiliza la cuarta forma verbal de raíz hebrea *s-l-m* que significa “*entregarse sometido a Alá*” (Corán 2, 106, 122, 127; 4,124). En su forma sustantiva, Islam es el acto de sometimiento a la voluntad de Dios con lo que musulmán es el adepto al Islam, como mahometano es el seguidor de Mahoma, término este último en desuso por los historiadores del Islam³³⁸.

Los comienzos de la religión islámica provocaron grandes consecuencias en la historia de España por la incidencia que el Derecho musulmán tuvo en la España sometida al Islam. De hecho, durante toda la Edad Media coexistirán en la Península Ibérica dos zonas perfectamente diferenciadas: la islámica y la cristiana hasta la Reconquista, con la repoblación cristiana y la toma de Granada, último reducto

³³⁸ PÉREZ-VICTORIA BENAVIDES, M. M^a, *El Islam: historia, religión, derecho (Prelección del curso académico 2001-2002)*, Granada 2001, p. 2.

musulmán, por parte de los Reyes Católicos el 2 de enero de 1492, donde se consiguió la unificación de los territorios de la Monarquía y el triunfo de la fe católica frente a la islámica, si bien la toma de Granada no supuso la desaparición definitiva del Derecho musulmán en la Península, apareciendo incluso una normativa específica destinada a regular, desde el prisma cristiano, la condición social y jurídica de los moriscos españoles.

En este punto se deben señalar tres leyes fundamentales:

- Las *Leyes de Moros*, del siglo XV, destinada a los abogados cristianos necesitados de conocer y aplicar el ordenamiento jurídico islámico y que recoge la doctrina malequí compuesta, más que para el uso por juristas musulmanes, para su uso por abogados cristianos que necesitaban conocer y aplicar el derecho musulmán cuando el tribunal de apelación debía resolver los procesos iniciados en primera instancia ante los cadíes musulmanes, como en los litigios entre musulmanes y cristianos.

- El *Breviario Sunní*, obra jurídica y religiosa de Ica de Gebir, alfaquí e imán de Segovia, del siglo XV, redactada en castellano y cuyos destinatarios son los propios musulmanes, en la que se recoge la pureza ritual, las oraciones islámicas, el peregrinaje a la Meca y un resumen de la propia doctrina musulmana. Fue compuesta en 1462 por el imán de Segovia Ica de Gebir que sigue la doctrina malekita y es el típico caso de literatura aljamiada (árabe castellanizado o castellano arabizado) por los musulmanes que desconocían el árabe caído en desuso.

- El *Breve compendio de nuestro sagrado derecho y Sunna*, obra de la literatura jurídica mudejar del siglo XVI³³⁹.

De este modo, en esta época, convivirán en España musulmanes, cristianos y judíos. El ordenamiento jurídico islámico será uno más de las múltiples culturas jurídicas que se han aplicado en el contexto histórico de España³⁴⁰.

Los invasores musulmanes denominaron a las tierras conquistadas Al-Ándalus, constituyéndose en el año 756 en un emirato político independiente aunque reconociendo la supremacía religiosa del califato de Bagdad. Sin embargo, en 929 Abdelrahmen III asumió el título de Califa dejando de existir el califato en 1030 reemplazado por pequeños reinos o taifas. A partir de 1236 el poder musulmán se derrumbó rápidamente y los cristianos conquistaron toda la España musulmana, excepto el reino nazarí de Granada, que sobrevivió hasta 1492³⁴¹.

³³⁹ GEBIR, I. de, “Suma de los principales mandamientos y devadamientos de la Ley y Cunna” en *Memorial histórico español*, tomo V Madrid 1853, pp. 247-421; y *Leyes de Moros* del siglo XIV, en *Memorial histórico español*, Madrid 1853, pp. 11-246. También vid. CARMONA GONZÁLEZ, A., “El autor de las leyes de Moros” en *Homenaje al profesor José María Forneas Besteiro*, Granada 1995, p. 957-962; y AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho musulmán*, op. cit, pp. 227-267.

³⁴⁰ ALTAMIRA, R., *Historia de la civilización española*, Alicante 2014 (Edición digital basada en la 2ª ed. corregida y aumentada de Barcelona, Herederos de Juan Gili, 1909), p. 61: “*Los nuevos dominadores representaban un elemento muy diferente del romano y del visigodo, no sólo por su religión, sino por el tipo entero de su vida. Pero como los visigodos, no trataron de borrar por entero la personalidad de los vencidos. No obstante, el sentido intransigente de algunos musulmanes (v. gr. los bereberes o habitantes del Norte de África: moros) y de la crueldad que revelaron en algunas de sus campañas (en Aragón, por ejemplo), en general respetaron las ideas y prácticas religiosas de los españoles, su derecho sus costumbres y, en mucha parte hasta su propiedad*”.

³⁴¹ En este contexto tiene lugar la leyenda épica del héroe castellano Rodrigo Díaz de Vivar, conocido como el Cid Campeador, título derivado de la voz árabe “*sid*” que significa “*señor*”. El Cid nació alrededor de 1040 en Vivar, cerca de Burgos. Pierde el favor del Rey y es exiliado, pero logra la captura de Valencia en 1094, convirtiéndose en su gobernante hasta su muerte en 1099, pasando nuevamente la ciudad a dominio musulmán. La leyenda tiene mucho de fantasía pero permite conocer características de la época y cómo la lucha no es algo heroico sino una forma de ganarse la vida y el honor no depende del nacimiento sino de las acciones. De otra parte, el poema del Cid contiene elementos jurídicos. El Cid logra la reivindicación de sus derechos no por las armas sino ante un tribunal y según el derecho romano. Se ha llegado a afirmar que el Poema del Cid fue compuesto por un jurista. Vid. MACKAY, A., “Una sociedad pluralista: la España medieval” en ELLIOT, J. H. (ed.), *El mundo hispánico: civilización e Imperio. Europa y América, pasado y presente*, Barcelona 1991, p. 20.

El emirato cordobés duró hasta el 929 en que el emir Abdelrahmen III tomó el título de Califa, además de príncipe de los creyentes por su autoproclamación como sucesor del Profeta y se desvinculó de la autoridad religiosa del califa de Bagdad sucediéndole en el trono su hijo Alhakhem III (961-976). Se producirá entonces un gran esplendor en la cultura árabe de España.

Al-Hakhem II fue el principal e incuestionable soberano de España y no sólo le rindieron honor los reyes cristianos de León y Navarra y los Condes de Castilla y Barcelona, sino que recibió embajadores de Bizancio y del sacro Imperio Romano germánico³⁴².

Con Hissan II (976-1009), siguiente Califa, quien realmente ejerció el poder fue el general y primer ministro (*hachib*) Al-Mansur (Almanzor en castellano) que llegó hasta Santiago de Compostela. Durante su reinado, Córdoba alcanzó una extraordinaria vida política³⁴³, artística³⁴⁴, religiosa³⁴⁵ y cultural³⁴⁶ con una gran tolerancia entre las religiones, conviviendo en Córdoba ulemas musulmanes, rabinos judíos y un obispo cristiano.

En 1469, tras el matrimonio de Fernando de Aragón e Isabel la Católica se unieron las dinastías cristianas españolas e iniciaron la conquista de Granada, último enclave musulmán de la Península, expidiendo una serie de disposiciones contra los judíos y

³⁴² AGUILERA BARCHET, B., *Derecho musulmán*, p. 153.

³⁴³ ROSENTHAL, E.I.J., *El pensamiento político en el Islam español*, Madrid 1967.

³⁴⁴ LEVI-PROVENZAL, *La civilización árabe en España*, Madrid 1949.

³⁴⁵ CUEVAS, C., *El pensamiento del Islam. Contenido e historia. Influencia en la mística española*, Madrid 1972.

³⁴⁶ HERNANDEZ, M. C., *Historia del pensamiento en el mundo islámico*, Madrid 1981.

musulmanes como el Decreto de expulsión de los primeros en 1492, y de los segundos en 1502.

La España del siglo XVI era una tierra resultante de la confluencia de tres religiones. La cultura visigoda influyó en los reinos cristianos de la Reconquista pero, a su vez, los musulmanes dejaron su huella en la cultura española. Es por esto que Alfonso X de Castilla fomentó activamente la transmisión cultural del legado musulmán al cristiano.

Desde 1800, como consecuencia de las relaciones mantenidas por las autoridades musulmanas con las potencias occidentales se produjo una codificación materializada en el Código de Comercio otomano de 1850 e incluso el Código Civil islámico de 1877, cuando nuestro país se regía por la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805, pero sin abandonar la ley sagrada del Islam.

Concluyendo, la expansión islámica en la Península Ibérica alcanzó su mayor esplendor en el siglo X con la instauración del Califato de Córdoba entre 929-1031 en el que desaparece la mitad de Al-Ándalus surgiendo los reinos de Taifas hasta el Reino nazarí de Granada, último reducto islámico de la Península, creado como Reino de Taifas, hasta la entrada en Granada de los Reyes Católicos en enero de 1492. Este hecho, sin embargo, no supuso el final de la presencia musulmana en España, pues su definitiva expulsión se ordenó por Felipe III entre 1609 y 1614.

4.1.2.- Etapas del marco jurídico hispano-musulmán

Los 900 años de historia de presencia musulmana en España llevaron al P. López Ortiz a considerar que el Islam forma parte integrante de nuestra historia y en consecuencia de nuestro presente.

A partir de los estudios sobre Derecho musulmán que hace el P. López Ortiz en sus diferentes trabajos que analizaremos en detalle se infiere la existencia de cuatro grandes etapas del marco jurídico hispano-musulmán necesarias para conocer las aportaciones de este sabio agustino a la Ciencia jurídica española:

4.1.2.1.- El derecho romano-visigodo

Antes de la conquista de Hispania, los habitantes de la Península Ibérica se regían por el *Liber Iudiciorum o Lex Visigothorum*, un conjunto de leyes dispuesto por Recesvinto hacia el año 654. Esta obra jurídica, influenciada por el *Código de Teodosio*, es el resultado de varias derogaciones y modificaciones de anteriores legislaciones.

Sin embargo, pese a la importancia y eficacia jurídica de esta normativa, la sociedad visigoda de los últimos años de Hispania antes de la conquista fue sometida a una legislación de naturaleza distinta, surgida en Oriente como una nueva religión, lengua y cultura diferentes.

Dice el P. López Ortiz, acerca de la escasa cobertura jurídica de los habitantes de Al-Ándalus durante los años siguientes al 711 que:

“En los primeros tiempos de la conquista resulta ocioso buscar otra cosa que derecho militar, pues la psicología de los primeros invasores de España no era la más apropiada para introducir el ideal religioso que aparece en las obras de jurisprudencias posteriores”³⁴⁷.

Y es que en estos tiempos iniciales de la Conquista lo más relevante del sistema jurídico se refiere a cuestiones tan puramente superficiales y escasamente jurídicas como el reparto del botín y de las tierras.

Aparte de las cuestiones jurídicas derivadas de la conquista se encuentran las religiones ligadas al Derecho musulmán, de gran importancia en la construcción de la nueva sociedad constituida por musulmanes pero también por cristianos y judíos³⁴⁸.

Sin embargo, el Derecho musulmán que llegó a Al-Ándalus no estaba totalmente estructurado y definido desde el principio, sino que fue gestándose a lo largo de siglo y medio, y en ello fue decisiva la aparición de las dos primeras obras jurídicas musulmanas: el *Corpus Iuris* de Abú Zayb y el *Muwatta* de Malik Anas junto con el nacimiento de las principales doctrinas o escuelas jurídicas (*madáhib*). Es aquí donde se inicia la actividad jurídica de Al-Ándalus que desempeñaron los primeros cadíes llegados de Oriente, como juristas conocedores del Corán y la Sunna³⁴⁹.

³⁴⁷ LÓPEZ ORTIZ, J., “La recepción de la escuela malequí en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VII (1930), p 41.

³⁴⁸ MARTOS, J., *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid 1999, pp. 43-46; Idem, *El mundo jurídico en Al-Ándalus*, Madrid 2005, pp. 32-36.

³⁴⁹ FIERRO, M., “Nuevas perspectivas sobre la formación del derecho islámico”, en *Al-Qantara*, 21 (2000), pp. 511-523.

En este marco de Al-Ándalus, primero dependiente de Damasco, y después constituido como emirato independiente, se formó y desarrolló la actividad jurídica y judicial que dio respuesta a las necesidades de la sociedad heterogénea que acababa de iniciar su camino hacia la islamización.

4.1.2.2.- El derecho musulmán en Al-Ándalus: la doctrina maliki.

Esta segunda etapa abarca hasta el final de la desmembración del Califato.

Durante esta etapa se produjo la recepción e implantación de la doctrina maliki, la formación de la primera generación de juristas andalusíes y la vigilancia y control de aquellas conductas contrarias al Islam.

Se debe al P. López Ortiz el establecimiento de esta etapa en el Derecho hispano-musulmán como etapa clave en la formación del Derecho musulmán, pues fue el sabio agustino el primero que consideró que la doctrina Maliki penetró con éxito en Al-Ándalus llegando a ser plenamente aceptada e instaurada como oficial³⁵⁰.

Sobresalen en este periodo figuras destacadas en el ámbito jurídico³⁵¹, pero los juristas de esta época, con algunas excepciones, no aprenden directamente de Malik, porque el imán de Medina ya había fallecido cuando viajaron a Oriente, sino a través de

³⁵⁰ LÓPEZ ORTIZ, “La recepción de la escuela malequí en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VII (1930), p 33.

³⁵¹ Sobre los juristas y cadíes de esta época vid. ARCAS, M., “El derecho y los juristas de Al-Ándalus en el siglo IX”, en *Actas del Congreso Proyección histórica de España en sus tres culturas III (Medina del campo 1991)*, Valladolid 1993, pp. 27-32 y MARÍN, M., “Cadíes en la frontera de Al-Ándalus durante el emirato omeya”, en EL HOUR, R., (ed), *Cadíes y cadiazgos en Al-Ándalus y el Magreb medieval, estudios onomásticos. Biografía de Al-Ándalus*, XVIII, Madrid 2012, pp. 19-45.

sus discípulos. Con los comentarios de otros juristas y sus propios criterios, esta primera generación de juristas tuvo gran relevancia jurídica.

Otra cuestión de esta época fue el control y defensa del Islam, no sólo frente a algunos grupos cristianos hostiles, sino también contra los mismos musulmanes que atacaban la fe islámica³⁵².

Puede afirmarse, por lo tanto, que la verdadera hégira o era islámica se inicia desde el momento en que los musulmanes se convierten en una comunidad político-religiosa que predica y practica la guerra santa (*yihad*) contra los infieles o no creyentes. Con ellos convivirán los cristianos y judíos que tienen la Biblia como texto sagrado, si bien pagando un impuesto, la *yizya*.

Es en este momento, como tuvo el acierto de apuntar el P. López Ortiz, cuando se produjo la verdadera construcción del ordenamiento jurídico musulmán cuya influencia será decisiva en la Península Ibérica a partir del siglo IX³⁵³, coincidiendo con la aparición de los primeros juristas musulmanes de Al-Ándalus como consecuencia de la doctrina jurídica del medinés Malik Ibn Annas, fundador de la Escuela ortodoxa, cuya influencia fue decisiva en la Península, destacando juristas hispano-musulmanes como Malik ibn Wuhayb, Averroes³⁵⁴, Abu Bakr ibn Arabi, Ibn Hazum, Abd al Barkr.

³⁵² Así, en esta etapa tuvieron lugar varios procesos judiciales contra musulmanes acusados de herejía o apostasía. Sobre las herejías en Al-Ándalus vid FIERRO, M., *La heterodoxia en Al-Ándalus durante el periodo omeya*, Madrid 1987.

³⁵³ LÓPEZ ORTIZ, J., “La recepción de la escuela malequí en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VII (1930), pp. 1-67.

³⁵⁴ De especial interés, aunque no para nuestro estudio, salvo esta referencia, es la figura del jurista cordobés Averroes (1126-1198) cuya doctrina fue la cumbre de una ciencia jurídica propia de la España musulmana. Su contribución a la ciencia abarcó tres ámbitos bien diferenciados: el Derecho, la Medicina y la Astronomía. Escribió una valiosa obra de Fiqh o Derecho islámico, la *Bidaya*, el tratado jurídico más importante de la ciencia jurídica musulmana en España. que hay que insertar dentro de los

Por tanto, entre los años 800 y 1000 se desarrolló el denominado periodo clásico del Derecho musulmán y un siglo después de la Hégira surgieron las primeras escuelas jurídicas musulmanes sustituidas posteriormente por las escuelas *sunnitas* (que reconocen el valor de la Sunna como parte de la ley islámica, que es la codificación de la tradición oral islámica) y las *heréticas* (que sólo admiten los dogmas coránicos).

En el siglo XII, se produjo una vuelta al malikismo, es decir, a la tradición con la aparición de los almorávides y los almohades, debido a la tendencia por la recuperación de la pureza de la religión islámica destacando la figura de Averroes (1126-1198) médico, jurista y figura esencial en la Filosofía universal.

Finalmente, la toma de Granada significó un auge en el Derecho musulmán, además de la aparición de una nueva normativa destinada a regular desde el punto de vista cristiano la condición jurídica y social de los moriscos españoles.

4.1.2.3.- El derecho musulmán consolidado.

Tras un siglo de Califato, Al-Ándalus se vio fragmentado en reinos de taifas y posteriormente unificado bajo la hegemonía de dos dinastías: los almorávides y los almohades.

En lo que se refiere al ámbito jurídico en esta etapa destaca el carácter oficial de la doctrina Maliki, aunque surgen otras escuelas y doctrinas.

estudios dedicados a los fundamentos del Derecho, y que implicaba el análisis comparativo de las diferentes escuelas jurídicas islámicas.

Asimismo, en este periodo destacaron numerosos personajes relacionados con el Derecho musulmán, bien por su composición de obras jurídicas, bien por desempeñar cargos relacionados con la Administración de justicia. Y merecen un comentario las obras de procesos judiciales y los formularios notariales.

Las obras del primer tipo recogen los trámites por los que se inician y cierran los procesos y las actuaciones de los cadíes durante los mismos. Destaca en esta materia la obra de Ibn Sahl que contiene una recopilación de sentencias sobre casos litigiosos con sus distintas fases procesales³⁵⁵.

El segundo tipo de obras son los formularios notariales, que recogen los modelos de escritos sobre los que el Notario debía dar fe pública. Dichos escritos, convertidos en documentos reales, incorporan datos concretos, ofrecen la redacción a la que debían ajustarse los actos notariales sobre las relaciones humanas más comunes (matrimonios, contratos, impuestos, herencias, etc.) y aportan una importante información sobre los elementos de la vida cotidiana.

Sin embargo, son escasas las obras de estos tipos que se conservan. El P. López Ortiz, no obstante, rescató un importante número de ellas, tradujo algunas de interés y tuvo el gran acierto de observar cómo mediante dichos documentos se podía llegar a

³⁵⁵ La obra de Ibn Sahl contiene casos reales con los nombres de las partes, de los cadíes y miembros de la Sura o Consejo asesor del cadí, así como referencias a lugares y barrios de Córdoba y a los tipos de litigios. También se encuentran procesos penales con las conductas delictivas y las penas impuestas, siendo los delitos de sangre, contra la propiedad, el orden y el honor los más castigados. Vid. EL HOUR, R., "Una reflexión acerca de Ibn Sahl y su obra jurídica", en BILARDO, A., (ed.), en *Studi Magrebini, Nuova Serie*, IX (2011), pp. 143-161.

conocer las costumbres, la sociedad, la economía y la cultura de los pobladores de España durante la invasión musulmana³⁵⁶.

4.1.2.4.- El reino nazarí de Granada.

Finalmente, el último reducto de Al-Andalus quedó ubicado en Granada bajo el nombre de *Estado nazarí* hasta que se rindió a los cristianos en 1492, siendo la última etapa de la historia de Al-Ándalus, si bien duró dos siglos y medio. La conquista de Granada, por tanto, supuso, el final de Al-Ándalus. Ocho siglos después de la desaparición de la Hispania visigoda se volvió a producir el proceso de adaptación de la sociedad andalusí a las leyes, lengua, cultura, y religión de los nuevos gobernantes.

En este periodo, la doctrina maliki vivió una segunda época de esplendor, llegando a formarse una escuela de figuras relevantes³⁵⁷. Tras la conversión obligatoria en 1502, los musulmanes abandonaron el suelo patrio y los que permanecieron pasaron a ser “*cristianos nuevos*” y moriscos. No solo desapareció Al-Ándalus, sino también la sociedad andalusí hasta la España de los Reyes Católicos se unificó en un único territorio y una sola fe (la cristiana), y bajo una cobertura legal única que fue el derecho romano-visigodo con la incorporación de nuevas leyes como *El Liber o Fuero Juzgo* de Fernando III, el *Liber o Fuero Real*, *Las Partidas* de Alfonso X y los *Fueros de Aragón* de Jaime I y Jaime II.

³⁵⁶ A este periodo corresponden las obras siguientes: LÓPEZ ORTIZ, J., “Formularios notariales de la España musulmana”, *La Ciudad de Dios*, CXLV (1926), pp. 260-75; LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunas capítulos del Formulario Notarial de Abensalm de Granada, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. IV (1927), pp. 319-75; y LÓPEZ ORTIZ, J., “Figuras de Jurisconsultos hispano-musulmanes”, en *Religión y Cultura*, XVI (1931), pp. 94-104; y XVII (1932), pp. 186-98.

³⁵⁷ SECO DE LUCENA, L., “La escuela de juristas granadinos en el siglo XV”, en *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos*, VIII (1959), pp. 7-28.

4.1.3.- Consecuencias jurídicas de la invasión musulmana

No se puede dejar de hacer mención, por último, a un tema que para los historiadores del Derecho ha sido muy polémico: las consecuencias jurídicas de la invasión islámica en España.

Por una parte, supone una de las páginas más dramáticas de la historia de España. Ningún otro pueblo europeo sufrió en plena Edad Media el fenómeno de ver instalado en su territorio un pueblo ajeno a su mentalidad con una cultura y una religión distinta.

La valoración de la invasión musulmana de España sigue siendo un problema abierto que conviene apuntar para esclarecer lo que significó en su evolución histórica y por lo que pudo influir la presencia árabe en la formación del carácter español.

Américo Castro fue quien estudió con mayor profundidad el contexto histórico español en la Edad Media donde se forjó el contacto con los árabes. Para Castro hay muchas actitudes del hombre español, muchos modos de vida, influidos por el elemento árabe hasta el punto de que, a su juicio, lo árabe es un elemento fundamental del carácter español. Según Castro, España quedó cristalizada desde que comenzó el contacto entre cristianos y musulmanes hasta el punto que la influencia árabe es un capítulo decisivo en la historia de España³⁵⁸.

Contra esta tesis, se enfrentó Sánchez Albornoz que sostuvo que la contextura vital hispánica no se fraguó en el contacto con los árabes, sino que es anterior a la época

³⁵⁸ CASTRO, A., *España en su historia: cristianos, moros y judíos*, Barcelona 1983; Idem, *La realidad histórica de España*, México 1980.

islámica y perduró después de la expulsión del último rey musulmán de Granada. Consideraba el historiador que la realización cultural de España fue muy lenta y refiere una serie de aspectos del contacto con los árabes de los que deduce la no islamización de la contextura vital hispánica:

- El bilingüismo. Frente a Américo Castro que sostenía que los españoles fueron bilingües (árabe y latín) hasta el siglo XII, Sánchez Albornoz estima que pocos españoles hablaban árabe.

- Las relaciones entre los árabes y los cristianos fueron siempre o casi siempre de pugna, de lucha por el poder, de modo que, a su juicio, no pudo haber un gran contacto entre ambos pueblos.

- Tampoco cree que los mudéjares influyeran en la arabización española porque eran masas vencidas, sometidas por los cristianos entre los que vivían y trabajaban mientras avanzaba la Reconquista, por lo que no pudieron aportar un gran contagio árabe³⁵⁹.

Sea como fuere, lo cierto es que ese Derecho musulmán en formación durante la ocupación influyó en el Derecho cristiano medieval peninsular. Y esto determinó una serie de consecuencias, religiosas y jurídicas. Así, existió tolerancia relativa con los credos diferentes al musulmán. Existía un estatuto religioso que establecía un principio de tolerancia islámica por mandato del Corán (Sura IX, 29). Y también un estatuto

³⁵⁹ SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *España. Un enigma histórico*, Barcelona 2000.

jurídico-teológico que imponía al musulmán la obligación de someter a protección a los miembros de otros credos a cambio de que acepten la dominación del Islam.

Es evidente, que los ocho siglos de permanencia de los musulmanes en España hasta 1492, en que los Reyes Católicos toman Granada, último reducto en poder de los musulmanes, imponiendo la fe católica en toda España, produjo consecuencias a todos los niveles (políticas, jurídicas, culturales y religiosas), aunque a nosotros sólo nos interesan las histórico jurídicas:

- Entre las consecuencias políticas merece la pena señalar que con la invasión musulmana desapareció la unidad política y territorial de España que, desde la caída del Imperio romano de Occidente hasta el primer tercio del siglo VII, había sido consolidada por la Monarquía visigoda.

- En el aspecto jurídico, la legislación llevada a cabo por Justiniano en el siglo VI no volverá a resurgir hasta el reconocimiento jurídico medieval iniciado a finales del siglo XI tras el descubrimiento de las *Pandectas* de Justiniano y la labor llevada a cabo en las Universidades europeas que sitúan el Derecho romano como instrumento unificador y de cohesión en toda Europa.

- Las consecuencias culturales y religiosas fueron muchas. Con los musulmanes llegaba a España una cultura y una religión monoteísta distinta a la católica que había sido un factor de cohesión en el mundo antiguo y medieval, penetrando en la cultura de nuestros pueblos latinizados, de tal modo que desde el siglo VIII, frente a la cultura

latina, que se había impuesto por el *ius romanum*, que había configurado una cultura jurídica europea común, se opone una contracultura árabe islámica³⁶⁰.

Lo que es evidente es que los musulmanes crearon en España una estructura política, social y jurídica independiente. Su asentamiento en España durante ocho siglos hizo que nuestro país fuera el único de Europa en el cual se desarrolló un Derecho musulmán propio con una estructura política y religiosa que facilitó su rápida expansión motivada por su religión, pues lo político y lo religioso estaban unidos indisolublemente³⁶¹.

Es por ello que, aún durante los siglos XVI y XVII, subsistieron manifestaciones del Derecho musulmán entre los moriscos como las abluciones, las oraciones, etc.³⁶². Y todavía persisten huellas de las normas jurídicas por las que se rigieron los andalusíes, como el Tribunal de las Aguas de Valencia o el Consejo de los Hombres Buenos en Murcia. Además ha quedado una repercusión lingüística del Derecho musulmán con una infinidad de arabismos integrados en el Derecho español (albacea, albarán, alquiler, alguacil, etc.).

³⁶⁰ Sobre la influencia del ordenamiento jurídico islámico en la Península ibérica, vid. AGUILERA PLEGUEZUELO, J., “El derecho islámico en Al-Ándalus, una materia poco estudiada de nuestra investigación histórico-jurídica”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 26-1 (1993), ejemplar dedicado al Homenaje a Fray José López Ortiz, OSA (1898-1992), pp. 287-302.

³⁶¹ AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al derecho musulmán*, Madrid 2007, p. 28.

³⁶² CARMONA, A., “Textos jurídico-religiosos islámicos de las épocas mudéjar y morisca”, en *Áreas. Revista de Ciencias sociales*, 4, (1992), p. 24.

4.2. Los estudios sobre Derecho musulmán

España es el único Estado de la Unión Europea donde se ha desarrollado durante más de ocho siglos un Derecho islámico propio, un ordenamiento jurídico que se recibió en un momento en que nuestro país se encontraba en pleno proceso de formación³⁶³.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la transformación que dicho acontecimiento supuso para nuestro país, los juristas, especialmente los historiadores del derecho, no prestaron la debida atención a este capítulo de nuestra historia jurídica relativa a la ocupación musulmana de la Península Ibérica, a las fuentes y a las instituciones del Derecho islámico.

Podemos señalar dos causas de esta falta de estudios e investigaciones sobre ésta época de nuestra Historia: la complejidad de la materia y la barrera del idioma.

4.2.1.- Complejidad de la materia.

A diferencia de Occidente, en el Derecho musulmán no existe una separación entre derecho y religión hasta el extremo de que el derecho es la esencia de la religión islámica, siendo el estudio del Derecho musulmán la mejor forma de entender la civilización musulmana.

³⁶³ En este sentido puede verse: MARTÍNEZ DHIER, A., “Algunas consideraciones sobre la historia del derecho musulmán en España”, en *Historia, Instituciones, documentos*, 34 (2007), pp. 189-206, en esp. Vid. p. 194; ABDELKARIM, G., “Reflexión en torno a un siglo de Arabismo español”, en *BIBLID* 3 (1995); MANZANARES DE CIRRE, M., *Arabistas españoles en el siglo XIX*, Madrid 1972, pp. 32-34.

Europa ha tenido siempre un derecho propio, un ordenamiento jurídico derivado de su legislación civil, e independiente de las creencias religiosas. El Derecho musulmán es, por el contrario, un derecho confesional en el sentido de que derecho y religión son, como dice Aguilera Barchet, “*una misma cosa*”³⁶⁴. En este sentido, el ordenamiento jurídico musulmán es tenido por los creyentes como un estatuto jurídico que afecta a todos con independencia de su ubicación geográfica.

Decía, con acierto, el catedrático de Historia del Derecho español Eduardo Pérez Pujol, que:

*“El mahometismo confunde la Moral y el Derecho, la Religión y el Estado, perteneciéndole al Califa el poder en lo religioso y en lo civil, desde el momento que es el vicario del profeta, por lo que vemos que el pueblo musulmán estaba regido como una Monarquía absoluta. Bajo este punto de vista el Derecho musulmán no ejerció influencia en el Derecho cristiano que se apoya en la distinción entre la Iglesia y el Estado”*³⁶⁵.

Y en el mismo sentido, también el Catedrático de Historia del Derecho español Galo Sánchez apuntaba:

“La religión y el Derecho de los musulmanes son inseparables: el derecho musulmán es un derecho revelado, esto es, tiene origen divino para los creyentes; sus principios fundamentales son dogmas. Quien lo infringe, comete un pecado.

³⁶⁴ AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho musulmán*, *Op. cit.*, p. 27.

³⁶⁵ PÉREZ PUJOL, E., *Historia General del Derecho Español*, Valencia 1886, pp. 195-196.

*Pero al lado de la ley revelada ha de tenerse en cuenta la labor de interpretación que han realizado las personas autorizadas para ello*³⁶⁶.

Téngase en cuenta, además, que el Derecho musulmán es fruto de las diferentes etapas y fases que sufrió a lo largo de su evolución durante las cuales fue adaptándose a las circunstancias y renovándose en algunos contenidos.

Decía García de Linares en la reseña que hizo del tratado de Derecho musulmán del P. López Ortiz a propósito de la complejidad de la materia:

*“Si grandes son los obstáculos de forma, mayores son, si cabe, los de fondo. A la abrumadora complejidad del derecho islámico –mar sin orillas, en frase de sus propios cultivadores- únese la carencia casi absoluta de principios generales, tan imperiosamente requeridos por nuestra mentalidad occidental*³⁶⁷.

Es evidente, por tanto, que adentrarse y conocer el Derecho musulmán supone una especial complejidad, dado que el Derecho musulmán es un ordenamiento de carácter netamente religioso como acertadamente apuntó el P. López Ortiz.

La revelación divina es el elemento que justifica la existencia, no sólo islámica, sino del propio derecho musulmán, de tal modo que ninguna institución islámica es ajena a la vida religiosa.

³⁶⁶ SÁNCHEZ, G., *Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes*, Madrid 1949, p. 133.

³⁶⁷ GARCÍA DE LINARES, R., “López Ortiz, José: Derecho musulmán. Un volumen en 8º, de 239 págs.”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1932, pp. 479.

Para el musulmán todo acto humano expresa una sumisión a Alláh, siendo los premios y castigos de los hechos de esta vida recibidos en una vida futura. Es, por tanto, la religión la que fija las bases jurídicas de los actos y hechos humanos.

Este carácter extra-mundano del Derecho musulmán reviste todas sus normas, leyes, e instituciones islámicas y dificulta su conocimiento pues está en permanente evolución e interpretación.

4.2.2.- La barrera del idioma.

La segunda razón de la inhibición de los historiadores del Derecho para el estudio y conocimiento del Derecho musulmán ha sido motivada por los escasos conocimientos de la lengua árabe. Ha sido éste otro poderoso obstáculo para que los juristas españoles se interesaran por el estudio del Derecho musulmán, dada la dificultad del conocimiento de la lengua árabe.

Añadía García de Linares en la referida reseña al tratado del P. López Ortiz, donde alababa la valentía del estudio, a propósito de la dificultad del idioma que:

“La preparación necesaria para abordar cualquiera de las dos tareas exige un largo y pesado aprendizaje. A la dificultades inherentes del idioma árabe se suman las no menores del tecnicismo jurídico, aun no completamente aclarado, a pesar de la apreciable ayuda que al investigador prestan las Additions aux dictionnaires árabes, de Fagnan. El desconcertante laconismo a que tan aficionados son muchos juristas musulmanes –insuperado en el cablegráfico Muhtasar de Jalil- la

heterogénea mezcolanza de concretísimas cuestiones, de muy diversa índole, que en una misma página ocurren, privan al no habituado a estas tareas del principal recurso que para la inteligencia de las obras árabes existe: el contexto, antecedentes y consiguientes de la frase dudosa”³⁶⁸.

No fue éste el caso del P. López Ortiz, dotado de una extremada facilidad para el manejo de las lenguas extranjeras pues, junto al dominio del alemán, francés, inglés, italiano, y arameo, hablaba perfectamente la lengua árabe con sus ocho dialectos, lo que le permitió ser un profundo conocedor de la lengua y la literatura islámica, llegando a ser con sus trabajos el pionero del estudio del Derecho musulmán en España. Gracias a él nuestra historiografía jurídica no se resiente de la falta de estudios serios de rigor y calidad sobre el Derecho musulmán, que forma parte de nuestro sistema cultural y jurídico.

No obstante dicha dificultad, el interés científico es grande en España si se tiene en cuenta la influencia que el Derecho musulmán y la jurisprudencia desarrollada en Al-Ándalus tuvieron en la Península Ibérica. Es posible afirmar, que a pesar de las dificultades existentes como la complejidad de la materia y el idioma, los trabajos pioneros del P. López Ortiz sobre esta cuestión, abrieron una brecha muy importante en la Historia del Derecho español, pues surgieron con él, y después de él numerosos investigadores que aportaron sus estudios a la cuestión. Con ellos se formó lo que se llamó el arabismo español, y al cual nos referiremos a continuación, pero en su dimensión jurídica.

³⁶⁸ GARCÍA DE LINARES, R., “López Ortiz, José: Derecho musulmán. Un volumen en 8º, de 239 págs”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1932, pp. 479.

4.3.- El arabismo español. Su dimensión jurídica

4.3.1.- La dimensión jurídica del arabismo español

¿Por qué es importante hablar del arabismo español? ¿Qué papel ha desempeñado en la Historia del Derecho español este conjunto de estudios sobre la cuestión árabe?

Sin duda alguna, sin el arabismo no habiéramos tenido un profundo estudio y conocimiento de una parte importante de nuestra historia. El arabismo ha suscitado trabajos críticos e investigaciones meritorias cuyas aportaciones al legado cultural español han sido decisivas para conocer siete siglos de Historia de nuestro país, no sólo de Al-Ándalus, sino de la misma Península Ibérica.

Este movimiento llamado “*arabismo*” ha permitido profundizar en el conocimiento del pasado para comprender mejor el presente, pero al mismo tiempo estimuló toda una serie de actividades, no solo de investigaciones encaminadas a este fin, sino la puesta en marcha de Institutos y Escuelas dirigidas a fomentar el estudio del legado cultural de Al-Ándalus³⁶⁹.

Las investigaciones que se han llevado a cabo por el arabismo español abarcan todas las disciplinas humanas, desde las religiosas hasta las científicas, pasando por las jurídicas, que también han tenido su propio calado específico. Aunque, a primera vista, pareció que las investigaciones realizadas no iban a ir más allá del aspecto histórico, tras

³⁶⁹ GONZÁLEZ PALENCIA, A., “El arabismo español y los estudios literarios”, en *Bulletin of Hispanic Studies*, vol. XXIV, núm. 94, abril (1947), pp. 108-116.

los estudios del P. López Ortiz, resultó de vital importancia el aspecto jurídico del legado ofrecido.

En este sentido, desde finales del siglo XVIII y principios del XIX surgió un interés y gusto por lo oriental claramente demostrado en las manifestaciones literarias, cuya raíz se ubica en la novela y los romances moriscos del siglo XVII español, lo mismo que en los estudios de carácter histórico en los que lo árabe aparece claramente privilegiado³⁷⁰.

De esta manera, aumentaron en España los estudios y las investigaciones sobre la lengua, la historia, la literatura y la cultura de los árabes, tanto de Oriente como de Occidente, de cuya dinámica surgió una importante escuela de arabismo consciente del legado que los ocho siglos de invasión musulmana dejaron en la Península Ibérica, y ansiosa por conocer, estudiar y divulgar el valioso caudal de nuestro pasado hispano-árabe³⁷¹.

En este marco, no puede desconocerse la importancia del arabismo en su dimensión jurídica, expresión usada para referir todas aquellas investigaciones y estudios que tienen como objeto principal los aspectos, no sólo históricos, sino técnicos y jurídicos del Derecho musulmán³⁷².

³⁷⁰ ABDELKARIM, G., “Reflexión en torno a un siglo de Arabismo español”, en *BIBLID* 3 (1995), p. 35.

³⁷¹ MANZANARES DE CIRRE, M., *Arabistas españoles en el siglo XIX*. Madrid 1972, pp. 32-34.

³⁷² El arabismo es una palabra derivada del árabe e incorporada a otro idioma. Algunos arabismos proceden originalmente de otra lengua, como el persa, de la que pasaron al árabe. También se usa el término arabismo para la disciplina científica que se ocupa del estudio de la lengua y cultura árabes, y además para denominar a la arabidad, esto es, la devoción por los intereses, la cultura, aspiraciones e ideales árabes. Y de ésta a su vez, se deriva el término Panarabismo, que ha sido más utilizado en el ámbito político.

La citada expresión “arabismo en su dimensión jurídica” fue acuñada en la *Segunda Semana de Historia del Derecho* convocada por iniciativa del *Anuario de Historia del Derecho* y bajo el doble patrocinio del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y del Consejo Superior de Investigaciones Científicas celebrado en Madrid los días 9 al 15 de diciembre de 1948.

Dicho acontecimiento fue presidido por el profesor José Castán Tobeñas (1889-1969), eminente jurista español especialmente destacado por sus trabajos sobre el Derecho Civil, que llegó a ser Procurador en las Cortes Españolas durante las nueve primeras legislaturas del período franquista.

En dicho acto intervinieron diferentes profesores universitarios, investigadores y personalidades de diferentes profesiones del derecho como Galo Sánchez, Ramón Prieto Bances, Vladimiro Vince, Joaquín Cerdá, Isamel Sánchez Bella, Guillermo Céspedes del Castillo, Rafael Gibert, Alfonso García Gallo, Jaime Guasp y el magistrado Federico Castejón.

La reunión tenía como objetivo hacer posible un contacto personal entre los estudiosos e interesados en la Historia del Derecho y un intercambio sobre los diferentes puntos de vista de la Historia del Derecho español a fin de contribuir con sus trabajos a la gran tarea de la tradición y la renovación jurídica de nuestro país, oficiándose por el P. López Ortiz, ya Obispo de Tuy, una misa en la Iglesia de San Manuel y San Benito de Madrid por las almas de los profesores fallecidos.

Cuando el P. López Ortiz intervino pronunció una conferencia titulada: *Las investigaciones del Derecho musulmán y la Historia jurídica española*, en la cual expuso un resumen de sus años de aprendizaje y trabajo consagrados a esta especialidad, a la que el autor quiso dar el carácter de despedida de todas las etapas de tanteos y ensayos dedicados a esta especialidad, poco cultivada y con métodos muy desencaminados.

Los asistentes apreciaron de tal modo sus aportaciones realizadas para el futuro de los que prosiguieran por este camino tan poco transitado que le dieron el título de “*fundador del arabismo español*” en su dimensión jurídica³⁷³.

Aunque se han realizado algunos estudios, escasos, sobre los seguidores del arabismo en general³⁷⁴, no nos consta que se haya realizado una relación específica de aquellos investigadores o estudiosos del derecho que se detuvieron con especial detenimiento en la cuestión jurídica musulmana y que integrarían, la que nosotros denominados, “escuela de arabismo jurídico español”.

Nos parece, pues, oportuno situar al autor estudiado en relación con aquellos otros que son precursores del arabismo jurídico español para un mejor conocimiento de su importancia, haciendo una breve semblanza bio-biográfica de cada uno.

³⁷³ Vid. S (sic) “Segunda semana en Historia del Derecho”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 19 (1948-1949), pp. 871-876.

³⁷⁴ Pueden verse: MARTÍNEZ DHIER, A., “Algunas consideraciones sobre la Historia del Derecho musulmán en España”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 34 (2007), pp. 189-206.

4.3.2.- Los precursores del arabismo jurídico español

A pesar de las notables dificultades, antes apuntadas, para el conocimiento del Derecho musulmán, surgieron algunos estudios, escasos, en el ámbito de la Historia del Derecho español sobre la materia, y que merecen ser destacados³⁷⁵.

Los estudios fundamentales, clásicos ya en el derecho musulmán, y pioneros en la materia, fueron los realizados por el P. José López Ortiz. Con mayor profundidad, puesto que la tesis versa sobre sus aportaciones a la Historia del Derecho español, nos detendremos en la importancia que representa su obra en la ciencia jurídica española, además de estudiar sus valiosas aportaciones al Derecho musulmán y a la Historia del Derecho español.

Nos referiremos, a continuación, con una breve reseña biográfica para situar al autor y una indicación somera de su obra más destacada, a aquellos autores precursores del arabismo jurídico español a fin de poder contextualizar mejor a nuestro autor y la importancia de su obra.

En este sentido, merecen ser destacados como principales exponentes del arabismo jurídico español por su importante aportación al conocimiento de aspectos jurídicos del Derecho musulmán los siguientes:

³⁷⁵ Para hablar de los orígenes del arabismo español hay que acudir a la obra de Manuela Manzanares de Cirre titulada *Arabistas españoles del siglo XIX*, publicada por el Instituto Hispano-Árabe de Cultura en 1972, con interesante prólogo del profesor Pedro Chalmeta y una bibliografía muy detallada que es hasta el momento la obra más completa. Posteriormente se han publicado estudios sobre las principales figuras del arabismo original como las ediciones de María Jesús Viguera, Cristina Álvarez Muillán, Manuela Marín, además de Bernabé López García.

1.- Pascual de Gayangos y Arce (1809-1897)

Pascual de Gayangos y Arce fue un erudito historiador, arabista y bibliógrafo español. Miembro numerario de la Real Academia de la Historia. Nombrado catedrático de árabe de la Universidad de Madrid en 1843, cargo que desempeñó hasta 1871.

Gayangos fue, además, un prolífico autor que escribió numerosos ensayos y estudios muy destacados sobre arabismo, historia de la literatura española, catalogación y bibliografía. Las obras principales en el campo del arabismo fue la traducción al inglés para la Real Sociedad Asiática de la monumental *Nafh al-tīb o Historia de las Dinastías Musulmanas en España* del erudito del siglo XVII Ahmad ibn Muhammad al-Maqqari³⁷⁶.

Su importancia dentro del arabismo jurídico español que le hace merecer un lugar en este grupo se debe a que, desde su cátedra de árabe en la Universidad Central de Madrid, formó una excelente generación de arabistas, entre los que destacan nombres tan importantes como Francisco Codera Zaidín quien, a su vez, formaría grandes seguidores, iniciándose de esta manera la preocupación, a partir de él, del tema jurídico en el campo del arabismo español, y la importancia de analizar el Derecho musulmán como fundamento de las relaciones habidas en la Península Ibérica durante la ocupación musulmana³⁷⁷.

³⁷⁶ Además de la traducción de la obra de al-Maqqari, compuso un estudio sobre la *Crónica del moro Rasis* (Ahmad ibn Muhammad al-Razi) en el que demostraba su autenticidad. Otra importante obra fue su *Tratado de legislación musulmana*, Madrid 1853.

³⁷⁷ ROCA, P., “Noticia de la vida y obras de Pascual de Gayangos”, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, vol. I (1897), pp. 544-565; vol. II (1898), pp. 13-32, pp. 70-82, pp. 110-130, pp. 562-568; vol. III (1899), pp. 101-106.

2.- Francisco Codera Zaidín (1836-1917)

Francisco Codera y Zaidín fue historiador, filólogo y arabista español³⁷⁸. Su personalidad llenó la vida científica española, relacionada con los temas del arabismo, entre el último cuarto del siglo XIX y los primeros años del siglo XX.

Tras realizar estudios de Teología, Humanidades y Derecho en la Universidad de Zaragoza, obtuvo la cátedra de griego, hebreo y árabe respectivamente en Granada, Zaragoza y la Universidad Central de Madrid. Su discurso inaugural de la Universidad de Zaragoza de 1870 versó sobre *La importancia general que tiene para España el estudio de la lengua árabe y en especial para los que han nacido en el antiguo reino de Aragón*. Ingresó como académico numerario de la Real Academia de la Historia en 1879 y académico de la Lengua desde 1910³⁷⁹.

Su actividad científica, en la que destacó como arabista, puede dividirse en tres grandes apartados principales, con una secuencia cronológica clara: la numismática hispano-árabe, la epigrafía y las fuentes árabes³⁸⁰.

³⁷⁸ Sobre su vida, vid.: SAAVEDRA, E., "Introducción", en *Estudios de Erudición Oriental, Homenaje a D. Francisco Codera en su jubilación del profesorado*, Zaragoza 1904, pp. IX-XXXVIII; GARCÍA GÓMEZ, E., "Homenaje a don Francisco Codera (1836-1917)", en *Al-Ándalus*, XV (1950), pp. 263- 274; MATEU Y LLOPIS, F., "Cartas de D. Francisco Codera a Don Álvaro Campaner y Fuertes sobre numismática hispano-árabe (1875-1891)", en *Numario Hispánico*, III, 5 (1954), pp. 55-86; LÓPEZ GARCÍA, B., (compil.), *Textos y obras clásicas sobre la presencia del Islam en la Historia de España*, serie III, vol. III, Madrid 1998; MENÉNDEZ PIDAL, F., (compil.), *Obras clásicas sobre Numismática Ibérica*, serie V, vol. III, Madrid 1998.

³⁷⁹ Sus trabajos se centran en las fuentes historiográficas de origen árabe: *Estudios de historia árabe-española, Decadencia y Desaparición de los Almorávides en España*, (1899); *Tratado de numismática arabigoespañola* (1879); *Estudios críticos de Historia árabe española* (1917) y, sobre todo, su monumental *Biblioteca arabigohispana* (1882-1895) que consta de 10 volúmenes.

³⁸⁰ De su desmesurada producción bibliográfica merece destacarse por su importancia para el arabismo las siguientes trabajos: "Los numismáticos extranjeros y las monedas árabe españolas", en *Revista de la Universidad de Madrid*, 4 (abril 1874), pp. 430-446; "Los numismáticos extranjeros y las monedas árabe-españolas", en *Revista de la Universidad de Madrid*, 6 (junio 1874), pp. 656-673; *Errores de varios numismáticos extranjeros al tratar de las monedas árabe-españolas e impugnación*, Madrid 1874; "Cecas árabe-españolas", en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, 4, 2 (1874),

págs. 195-197; 211-214; 227-230; 342-4; 358-360; 374-377 (Madrid 1874); “Moneda árabe inédita de Almutaffir de Lérida”, en *Revista Histórico Latina* (1874), pp. 3-6; “Miscelánea de Numismática árabe-española”, en *La Ciencia Cristiana* (1878), pp. 268-278 y 369-373; *Tratado de numismática árabe-española*, Madrid 1879; “Abderrahman I y su pretendida influencia religiosa”, en *Revista contemporánea*, 26 (1880), págs. 257-269; “Manuscritos árabes españoles traídos de Oriente y adquiridos por la Biblioteca de la Universidad de Leiden” y “Monedas árabes regaladas a la Academia por el señor Don Celestino Pujol y Camps, académico de número”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 10 (1887), pp. 17-26 y 380-387, 387-392 y 435-438, respect.; “Tres manuscritos importantes de autores árabes españoles en la mezquita mayor de Túnez”, “Hamudíes de Málaga y Algeciras: noticias tomadas de Aben Hazm”, “Los Tochibíes en España: noticias de esta familia tomadas de Aben Hazam” y con E. Saavedra: “Inscripción árabe de Xela”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 12 (1888), pp. 325-329, 380-399, 399-407, 479-490, 490-503 y 503 y ss., respect.; “Biblioteca de la mezquita de Azeitunah de Túnez”, “Noticias de los Omeyyas de Alandalus por Aben Hazam”, “Manuscrito de Aben Hayán en la Biblioteca de los herederos de Çidi Hammouda en Constantina” y “Embajada de príncipes cristianos en Córdoba en los últimos años de Alhaquem II”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 13 (1888), pp. 26-44, 44-53, 53-66 y 463-465, respect.; “Los manuscritos árabes de Aben Amira y Aben Bassam en la Biblioteca de la Real Academia de la Historia”, “Embajadores de Castilla encarcelados en Córdoba en los últimos años de Alhaquem II” y “Campaña de Gormaz en el año 364 de la Hégira”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 14 (1889), pp. 177-187, 187-194 y 436- 456, respect.; “Numismática y metrología musulmana por M. H. Sauvaire”, “Catálogo de libros árabes adquiridos para la Academia en virtud del viaje a Túnez”, “Anteproyecto de trabajos árabes y publicaciones que la Academia debiera emprender” y “Bosquejo histórico de la dominación islamita en las Islas baleares por D. Álvaro Campaner”, en *Boletín de la Real Academia de Historia* 16 (1890), pp. 361-366, 377-395, 395-405 y 473-497, respect.; “Nuevos manuscritos árabes adquiridos para la Academia de la Historia”, y “Noticias de algunos manuscritos árabe-españoles”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 17 (1890), pp. 152-160 y 476-481, respect.; “Noticias de la Murcia musulmana á mitad del siglo VII de la Hégira”, “Catálogos de bibliotecas de Constantinopla” y “Catálogo de libros árabes existentes en el Cairo en la biblioteca del Jedive”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 18 (1891), pp. 212-217, 297-303 y 473-484, respect.; “Tres nuevos manuscritos árabes” y “Copia del tomo de Aben Çaid en la Biblioteca de la Academia”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 19 (1891), págs. 135-139 y 498-507, respect.; “Manuscritos árabes adquiridos para la Academia”, “Manuscritos árabes de la mezquita mayor de Túnez en la Exposición histórico- europea” y “Biblioteca árabe-hispana. Noticias (ts. VII y VIII)”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 21 (1892), pp. 25-31, 462-464 y 492- 503, respect.; “Libros árabes impresos en Túnez”, “Informe acerca del libro titulado ‘Monedas de las dinastías árabe-españolas’ del Sr. Vives”, “Inscripción árabe de la capilla de Santa Catalina, en Toledo”, “Catálogo de los manuscritos árabes de la Biblioteca departamental de Argel” y “Libros árabes adquiridos para la Academia”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 23 (1893), pp. 58-67, 279-282, 434-437, 441-448 y 448-455, respect.; “Un historiador marroquí contemporáneo”, “Marruecos desconocido” y “Manuscritos árabes adquiridos para la Academia”, en *Boletín de la Real Academia de Historia* 30 (1897), pp. 251-275, 305-315 y 372-375, respect.; “Paleografía árabe. Dificultades que se ofrece. Su estado. Medios de desarrollo” y “Manuscritos árabes del Escorial. Su importancia; su estado. Necesidad de su arreglo. Trabajo previo. Autorización indispensable al que estudie detenidamente algún manuscrito. Su préstamo”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 33 (1898), págs. 297-307 y 465-476, respect.; “Decadencia y desaparición de los almorávides en España”, en *Colección de Estudios Árabes*, Zaragoza 1899; “La España musulmana. Método de investigación histórica”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 34 (1899), pp. 381-405; “Historia de los Benialhamar de Granada y Boletín bibliográfico del Islam magrebí” y “Catálogos de Bibliotecas de Constantina”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 35 (1899), pp. 211-217 y 494-501, respect.; “Enseñanza del árabe vulgar”, en *Revista Contemporánea* (1899); “Mohamed Ataul, rey moro de Huesca” y “Monografías históricas de Cataluña”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 36 (1900), pp. 318- 324 y 410-417, respect.; “El filósofo autodidacto de Aben Tofail”, “Glossarium latino-arabicum del siglo XI. Nota bibliográfica”, “Inscripción sepulcral árabe encontrada en Málaga”, “El abad San Iñigo y dos Códices del Monasterio de Oña” y “Traducción francesa de dos obras árabes importantes para nuestra historia”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 38 (1901), pp. 5-7, 20-23, 144-146, 206-212 y 244-248, respect.; “Apuntes históricos sobre el reino de Oman” y “Enciclopedias árabes de autores egipcios”, en *Boletín de la Real Academia de Historia*, 57 (1910), pp. 278-280 y 364-367, respect.

a.- En cuanto al primer apartado, escribió el primer tratado sobre esta materia (Madrid, 1879) que durante más de un siglo fue el único en su género, trabajo en el que reconoce la preeminencia de los trabajos del anticuario de la Real Academia de Historia, Antonio Delgado y Hernández en la numismática hispano-árabe; una secuencia inagotable de publicaciones de hallazgos, estudios sobre dinastías, monedas aisladas, correcciones de errores y la adquisición de monedas para el recién creado Museo Arqueológico Nacional, junto con los informes preceptivos remitidos a la Real Academia de la Historia sobre determinadas monedas; asimismo, supervisó el trabajo de Antonio Vives y Escudero en la redacción del Catálogo de Moneda Hispano-Árabe del Museo Arqueológico Nacional de Madrid, editado por Rada y Delgado en 1892.

b.- En el campo de la epigrafía, el Boletín de la Real Academia fue el órgano de expresión de once artículos sobre epigrafía árabe, selección que enlaza con los trabajos de Amador de los Ríos con aportaciones singulares, como la información sobre Al-Mansur, el rey aftasí de Badajoz.

c.- Pero los últimos años de la vida de Codera contemplaron su esfuerzo más intenso y espectacular: el llevar a cabo la edición de las fuentes árabes de la historia de España, la Biblioteca Árabe-Hispana, empresa a la que se dedicó desde 1882 para editar los diez primeros volúmenes, aunque el Estado sólo sufragó los tres primeros.

Fue maestro de grandes arabistas. De hecho, sus discípulos arabistas en el campo académico fueron conocidos como los “Beni Codera”³⁸¹. Y entre sus discípulos cabe citar a Julián Ribera³⁸².

³⁸¹ ÁGREDA, F., “Nuevas y viejas fuentes sobre los *Beni Codera*”, en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos. Sección Árabe-Islam*, 57 (2008), pp. 425-450; PASAMAR ALZURIA, G.; PEIRÓ

3.- Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919)

Eduardo de Hinojosa y Naveros, nacido en Granada, fue jurisconsulto, acaémico de la Real Academia de la Historia e historiador español destacado.

De mente preclara y dotado de una inteligencia natural exquisita obtuvo a los 19 años el doctorado en Derecho por la Universidad de Granada; y con 28 años el doctorado en Letras, obteniendo posteriormente diferentes cátedras: la cátedra de Geografía histórica de la Escuela Superior de Diplomática; la cátedra de Historia Antigua y Media de España en 1900; la cátedra de Historia de América desde 1906.

Sus numerosas obras hicieron las primeras alusiones al tema musulmán y sirvieron de fundamento para múltiples trabajos posteriores. Su *Historia general del derecho español* (1887), que termina con los visigodos, se utilizó como manual en las universidades españolas durante mucho tiempo. También hay que citar *Historia del Derecho romano* (1880-85), *Origen y vicisitudes de la pagesía de remensa en Cataluña* (1902) y *El elemento germánico en el derecho español* (1915).

MARTÍN, I., *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos*. Madrid 2002; MANZANARES DE CIRRE, M., *Arabistas españoles del siglo XIX*, Madrid 1972.

³⁸² VIGUERA, M. J., “Al-Ándalus y España. Sobre el esencialismo de los Beni Codera” en MARÍN, M., (ed.). *Al-Ándalus/España: historiografías en contraste: siglos XVII-XXI*. Madrid 2009, pp. 67-81.

A Eduardo de Hinojosa se le considera el verdadero refundador o renovador de los estudios de historia jurídica en España y, sobre todo, el fundador de la moderna escuela española de cultivadores de esta disciplina llamada la “Escuela de Hinojosa”³⁸³.

4.- Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930)

Otra gran figura destacada en el campo jurídico del arabismo español fue Rafael de Ureña y Smenjaud (1852-1930).

Fue catedrático de varias disciplinas jurídicas de la que destaca su cátedra (Real Orden del 28 de abril) en Historia de la literatura jurídica de la Universidad Central de Madrid (hoy Universidad Complutense), materia que varió de nombre a lo largo de los años, transformándose en Literatura y Bibliografía Jurídica y más tarde en Historia de la Literatura Jurídica Española.

El 8 de noviembre de 1909 fue nombrado decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, cargo que siguió desempeñando cuando se jubiló en 1922 y que ocupó hasta su muerte.

Fundó y dirigió la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (1918-1936), pero su producción escrita se centró, principalmente, en el estudio de las distintas legislaciones que se redactaron en la Península Ibérica desde sus orígenes, haciendo hincapié en la literatura jurídica medieval y, principalmente, en sus ingredientes semitas que

³⁸³ HINOJOSA Y NAVEROS, E., *Historia del derecho español*, Madrid, 1887 (reimpresión en 1925). La obra representa la transición de la tradición romanista a la germanista. En efecto, en su tomo I, único publicado, el autor presentaba una exposición sistemática del derecho de los pueblos primitivos de la Península, del de la España romana sobre todo, y unos capítulos iniciales sobre el de la época visigoda, que no llegó a desarrollar.

conformaron la singularidad jurídica española. Fue, asimismo, un experto en la edición de varios fueros municipales, prestando una especial atención al derecho consuetudinario, y autor de monografías y ediciones de fuentes jurídicas que conservan buena parte de su vigencia. Asimismo, fue autor de numerosos discursos, artículos y comunicaciones en revistas y publicaciones especializadas en obras de otros autores³⁸⁴.

Una constante en la obra de Ureña fue la tendencia a presentar las raíces históricas del derecho moderno y sus teorías dentro de una concepción evolutiva de algunos elementos del derecho patrio. La Escuela Histórica del Derecho y el racionalismo e idealismo, combinados y armonizados en el positivismo, fueron sus bases filosóficas y científicas³⁸⁵.

Fruto de su entusiasmo por el Derecho puso en marcha el *Museo Laboratorio Jurídico* en la Facultad de derecho de la Universidad Central, lo que constituyó una de

³⁸⁴ Entre sus obras merecen destacarse: *Nacimiento y muerte de los Estados hispano-musulmanes*, *Discurso de inauguración en la Academia de Jurisprudencia de Oviedo*, Oviedo 1880; *Apuntes para un curso de Literatura y Bibliografía Jurídicas*, Madrid 1894; *La influencia semita en el Derecho medieval de España*, Madrid, 1897; *Sumario de las lecciones de Historia crítica de la Literatura Jurídica española dadas en la Universidad Central durante el curso de 1897 a 1898 y siguientes (intento de una historia de las ideas jurídicas en España)*, publicadas, recogidas y extractadas por su antiguo discípulo J.M.P., Madrid 1897-1898; *La influencia semita en el Derecho medieval de España*, Madrid 1898; *Legislación gótico-hispana (Leges Antiquiores, Liber Iudiciorum)*, Madrid 1905 (ed. y estudio crítico de C. Petit, Pamplona, Urgoiti eds., 2003); *Historia de la Literatura Jurídica española*, Madrid 1906; *Fuero de Usagre (siglo XIII) anotado con las variantes del de Cáceres y seguido de varios apéndices y un glosario*, Madrid 1907; *Real Academia de la Historia. El Fuero de Zorita de los Canes, según el código 247 de la Biblioteca Nacional (siglos XIII y XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el Romanceado de Alcázar*, Madrid 1911; *Obras del maestro Jacobo de las Leyes. Jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid 1924; *Fuero de Cuenca. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice*, Madrid 1935 (ed. facs., Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003) y “Plan de un Curso de Derecho Islámico español (escuela de Malec Ben Anas)”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Tomo IV (1921) 59-63.

³⁸⁵ Marqués de Siete Iglesias, “Real Academia de Historia. Catálogo de sus individuos. Noticias sacadas de su archivo”, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. CLXXVI, cuaderno II (mayo-agosto) Madrid 1979, pp. 356-358; PETIT, C., “La prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, en *Quaderni Fiorentini*, XXIV (1995), pp. 199-302; UREÑA FRANCÉS, R., *Rafael de Ureña y Smenjaud. Una biografía intelectual*, Oviedo 2002; MARTÍNEZ DHIER, A., “*Rafael de Ureña y Smenjaud y sus observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho español*”, Granada 2007; FONT RIUS, J. M^a., “Derecho histórico” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo I, Barcelona 1950, p. 501; y PESET, M., MORA, A., CORREA, J., GARCÍA TROBAT, P., PALAO, J., MASRZAL, P. y BLASCO, Y. *Historia del Derecho*, Valencia, 2000, p. 32.

sus mayores aportaciones a la vida universitaria con la que trataba de modernizar las enseñanzas jurídicas, haciéndolas más prácticas y científicas³⁸⁶.

5.- Julián Ribera y Tarragó (1858-1934)

También en el grupo de los grandes arabistas españoles debe destacarse a Julián Ribera y Tarragó³⁸⁷.

Fue un importante filólogo, arabista y musicólogo español, descubridor de la existencia del dialecto románico mozárabe. Catedrático de lengua árabe en las universidades de Zaragoza y Madrid, dirigió la Biblioteca Árabe-Hispana, la Colección de Estudios Árabes y la Revista de Aragón³⁸⁸.

En sus últimas obras mostró la existencia de un dialecto románico desconocido, el mozárabe, que convivía con el árabe literario cultivado por las clases cultas. Estudió

³⁸⁶ CASTAÑEDA, V., "Don Rafael de Ureña y Smenjaud", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. XCVII, Cuaderno II, Octubre-diciembre (1930), p. 509-522, en esp. pp. 511-512.

³⁸⁷ El P. López Ortiz le dedicó dos necrológicas de sumo interés. Vid LÓPEZ ORTIZ, "Julián Ribera y Tarragó" (1887-1934), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 11 (1934), pp. 584-586; y Id., "In memoriam. Ribera" (1858-1934), en *Cruz y Raya*, 5 (1934), pp. 131-133.

³⁸⁸ Entre sus obras realmente significativas al arabismo español merecen destacarse: *La enseñanza entre los musulmanes españoles* (1893). Discurso leído en la Universidad de Zaragoza (1893-94). En 1925, segunda edición por la Academia de Córdoba; *Bibliófilos y bibliotecas en la España musulmana*, Zaragoza 1896; *Supersticiones moriscas*, Zaragoza 1899; *Orígenes del Justicia de Aragón* (Zaragoza 1897; "Orígenes de la Filosofía de Raimundo Lulio", en *Homenaje a Menéndez y Pelayo, en el año vigésimo de su profesorado*, Madrid 1899; Idem., "Origen del Colegio Nidami de Bagdad", en *Homenaje a don Francisco Codera en su jubilación del profesorado*, Zaragoza 1904; Idem., *Lo científico en la historia*, Madrid 1906; Idem., "Historia de la conquista de España de Abenalcotía el Cordobés, seguida de fragmentos históricos de Abencotaiba", en *Colección de obras árabes de Historia y Geografía*, Madrid 1926. Asimismo editó la *Historia de los jueces de Córdoba por Aljoxaní*, Madrid 1914 y pronunció su discurso de ingreso en la Real Academia de la Lengua sobre el *Cancionero de Abencuzmán* (1912). Publicó también estudios de musicología hispanoárabe (*Música de las Cantigas*, 1922).

también la lírica arábigo-andaluza y su influjo sobre la lírica popular castellana y la lírica provenzal³⁸⁹.

Su consideración en el grupo de la llamada dimensión jurídica del arabismo español se debe por haber sido maestro del gran arabista Miguel Asín Palacios.

6.- Francisco Pons Boigues (1861-1899)

Francisco Pons Boigues debe ser recordado, sobre todo, por su *Ensayo bio-bibliográfico sobre los historiadores y geógrafos arábigo-españoles* (premiado por la Biblioteca Nacional en 1893 y publicado en 1898).

Fue discípulo del también arabista Francisco Codera Zaidín, que se convirtió en su maestro, y por cuyo consejo cursó los estudios de la Facultad de Filosofía y Letras de Madrid, donde fue alumno de Marcelino Menéndez Pelayo³⁹⁰.

7.- Mariano Gaspar Remiro (1868-1925)

Mariano Gaspar Remiro fue catedrático de árabe y hebreo en las universidades de La Habana (1892), Salamanca (donde publicó una Gramática Hebrea en 1895), Granada

³⁸⁹ En el prólogo a su traducción de la *Crónica de Abenalcotía* recuerda la existencia de una épica popular andaluza desde fines del siglo IX.

³⁹⁰ Publicó notables y eruditos estudio en la revista *El Archivo*, unos interesantes Apuntes de un viaje por Argelia y Túnez, en la *Revista Contemporánea*, de Madrid; varios artículos en el *Courrier Espagnol*, de París; otros en el *Boletín de Archivos, Bibliotecas y Museos*, de Madrid, y el importante *Ensayo bio-bibliográfico sobre los historiadores y geógrafos arábigo españoles*, que fue premiado en concurso público por la Biblioteca Nacional en 1893 y publicado a expensas del Estado (Madrid 1898). Esta obra debía ir seguida de un *Ensayo bio-bibliográfico sobre los médicos y naturalistas arábigo españoles*, que quedó inédita. Se debe igualmente a su pluma unos *Apuntes sobre las escuelas mozárabes toledanas que se conservan en el Archivo Histórico Nacional* (Madrid 1897).

(1898), donde fue vicerrector y decano de Filosofía y Letras, y, finalmente, en la entonces Universidad Central, en Madrid (1913).

Era Licenciado en Filosofía y Letras y Licenciado en Derecho en la Universidad de Salamanca. Miembro de la Real Academia de la Historia, miembro del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino. Fundó y dirigió la *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada*³⁹¹.

Su obra se centró en temas de gramática hebrea, vocabulario judaico-español así como la traducción de importantes obras árabes³⁹².

8.- Miguel Asín Palacios (1871-1944)

Miguel Asín Palacios fue canonista, catedrático y arabista español.

Estudió la carrera eclesiástica y se ordenó sacerdote. En 1891 conoció a Julián Ribera, del que fue alumno aventajado, llegando a entablar con él una larga amistad y numerosas colaboraciones científicas y, poco después, en 1896, con Menéndez Pelayo, quien estaba precisamente en su tribunal de doctorado. Ambos orientaron su futuro

³⁹¹ PASAMAR ALZURIA, G. V. y PEIRÓ MARTÍN, I., *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, Madrid 2002, p. 290.

³⁹² Pueden destacarse de ASÍN PALACIOS, M., las siguientes obras: *Gramática hebrea, con ejercicios de lectura, análisis y traducción*, Salamanca 1895; *Traducción y prólogo de Abū Ḥammū, El Collar de Perlas del rey Muza II*, Zaragoza 1899; *Escritores árabes de Granada*, 1907; *Documentos árabes de la Corte Nazari de Granada*, Madrid 1911; *Granada en poder de los Reyes Católicos (años 1492-1494)*, 1912. *Vocablos y frases del judeo-español*, 1912; “Los manuscritos rabínicos de la Biblioteca Nacional”, en *Estudios históricos de Granada*, V (1916), págs. 302 y ss.; *Los cronistas hispano-judíos* (discurso leído ante la Real Academia de la Historia en el acto de su recepción pública el día 23 de mayo de 1920 por D. M. Gaspar Remiro y contestación por D. Adolfo Bonilla San Martín, académico de número, Madrid, Real Academia de la Historia), 1920.

hacia los estudios árabes, por lo que ganó por oposición la Cátedra de Lengua Árábica de la Universidad de Madrid en la que sucedió a Francisco Codera Zaidín³⁹³.

Participó en la fundación del Centro de Estudios Históricos en 1910 que contó con dos secciones de estudios árabes, aunque tuvo una vida bastante corta. Uno de sus frutos fue el *Catálogo de los manuscritos árabes y aljamiados* de la Biblioteca de la Junta para la Ampliación de Estudios en 1912. Ese mismo año ingresó en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en 1919 en la de la Lengua y en 1924 en la de Historia, desde las que propulsó los estudios arábigos desde su cátedra. En 1932 se crearon las Escuelas de Estudios Árabes de Madrid y Granada. En 1933 fundó y dirigió, junto con Emilio García Gómez la revista *Al-Ándalus*, dedicada a los estudios árabes y publicada hasta el año 1978 en fue sustituida por las revista *Al-Qantara*³⁹⁴

Durante la Guerra civil, residió en San Sebastián, lugar de retiro de sus vacaciones estivales junto con El Escorial, adónde acudía también con frecuencia para trabajar en los manuscritos árabes de su biblioteca. Allí conoció y formó a tres agustinos como arabistas: Melchor Martínez Antuña³⁹⁵, Nemesio Morata³⁹⁶ y, nuestro autor, José López Ortiz, colaboradores después de la Escuela de Madrid.

³⁹³ Su prestigio internacional le abrió las puertas de los más selectos centros científicos de España y del extranjero. Fue miembro de numerosas sociedades científicas extranjeras: de la Hispanic Society of America, de la Koninkhje Akademie van Wetenschappen de Ámsterdam, de The Medieval Academy of America, del Comité International d'Histoire des Sciences, de la Royal Asiatic Society de Londres, de la Société Asiatique de París y de la Academia Árabe de Damasco. Fue sumiller de cortina de Alfonso XIII y miembro de la Junta Constructora de la Ciudad Universitaria de Madrid.

³⁹⁴ GRACIA MECHBAL, M., "Instituciones científicas durante el Protectorado: la Escuela de Estudios Árabes", en BENGOCHEA TIRADO, E, MONZÓN PERTEJO y PÉREZ SARMIENTO, D. G. (eds.). *Relaciones en conflicto. Nuevas perspectivas sobre relaciones internacionales desde la Historia.España-Marruecos: pasado, presente y futuro de las relaciones bilaterales*, Madrid 2015, pp. 75-81.

³⁹⁵ Melchor Martínez Antuña (1889-1936) fue arabista, sacerdote agustino y Doctor en Letras. Bibliotecario en el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial y profesor de la Escuela de Estudios Árabes y de la Universidad Central de Madrid. Escribió un enorme volumen de artículos y varios libros sobre Humanidades y Literatura y cultura hispanoárabes. Pueden destacarse: *Abenhayán de Córdoba y su obra*

Pocos meses después de su muerte, el CSIC, le honró con la creación del *Instituto Miguel Asín*, nombre que, a partir de este momento, llevó la Escuela de Estudios Árabes de Madrid y Granada, quedando el Instituto Benito Arias Montano dedicado a los estudios hebraicos y antiguo Oriente³⁹⁷.

Su obra se centró en encontrar las relaciones mutuas que ligaron la cultura cristiana y la islámica y en exhumar textos apenas conocidos, sintiendo un especial interés en este sentido por la filosofía islámica³⁹⁸.

histórica (1924), *La corte literaria de Alhaquen II en Córdoba* (1929) y *Las Campañas de los Almohades en España* (1935). Vid. <http://mcnbiografias.com>.

³⁹⁶ Nemesio Morata (1886-1960). Sacerdote agustino, especializado en lenguas semíticas ejerció la docencia en El Escorial y en la Escuela de Estudios Árabes de Madrid. Entre sus obras figuran: *Los nuevos estudios arábigos en España*, 1920; *Avempace*, 1924; *Colección de Fatwas*, 1932; *Catálogo de los fondos árabes primitivos de El Escorial*, 1934; *La presentación de Averroes en la corte almohade*, 1941. Vid. DEL ESTAL, G., “El padre Morata o el magisterio socrático”, en *ABC (Madrid)* - 27/04/1960, p. 21 - ABC.es Hemeroteca.

³⁹⁷ Actualmente, con la reorganización del CSIC de 1985 este Instituto ha desaparecido al ser integrado en el nuevamente “recreado” Centro de Estudios Históricos.

³⁹⁸ Una de sus obras clave es *La Escatología musulmana en la Divina Comedia* (Madrid, 1919), discurso de ingreso en la Real Academia Española, en la que defendía la hipótesis de que el escritor florentino se sirvió de los textos de Ibn al-Arabi para componer su conocida obra. Desde su ingreso en la Academia de la Historia profundizó en la figura del escritor Ibn Hazm, lo que culminó en el libro *Abenhazan de Córdoba y su historia crítica de las ideas religiosas* (Madrid, 1927-1932). En *El Islam cristianizado* (1931) estudió la relación entre el sufismo y el ascetismo cristiano hasta el siglo XVI y desvela la ascendencia cristiana de la mística de Ibn al-Arabi, Abén Massara y Abentofail; *La espiritualidad de Algazel y su sentido cristiano* (1934) demuestra la ascendencia cristiana de la teología de Al-Ghazali (Algazel o Algazel).

También deben destacarse: *Mohidin, escritor musulmán del siglo XII, natural de Murcia*, Madrid 1899; *El filósofo zaragozano Avempace*, Zaragoza, 1900; *Algazel: Dogmática, moral, ascética*, Zaragoza 1901; *El filósofo autodidacto*, Zaragoza 1901; *Averroísmo teológico en Santo Tomás de Aquino* (1904); *Description d'un manuscrit arabe chrétien de la bibliothèque de M. Codera (le poete Isa El-Hazar)*, París 1906; *La indiferencia religiosa en la España musulmana según Abenhazam, historiador de las religiones y de las sectas*, Madrid 1907; *La polémica anticristiana de Mohamed el Caisi*, Nueva York 1909; *Un tratado morisco de polémica contra los judíos*, París 1909; *Un faqih siciliano, contradictor de Al Gazzdli (Abu Abd Alldh de Mazara)*, Palermo 1910; *Manuscritos árabes y aljamiados de la Biblioteca de la Junta. Noticia y extractos por los alumnos de la Sección Árabe bajo la dirección de J. Ribera y Asín*, Madrid 1912; *Noticia de los manuscritos árabes del Sacro-Monte de Granada*, Granada 1912; *El original árabe de “La disputa del asno” contra Fr. Anselmo Turmeda*, Madrid 1914; *Introducción al Arte de la Lógica por Abentomlús de Alcira*, Madrid 1916; *Los caracteres y la conducta: Tratado de moral práctica por Abenhazám de Córdoba*, Madrid 1916; *Un compendio musulmán de pedagogía: El libro de la introducción a las ciencias de Algazel*, Universidad 1924; *El místico murciano Abenarabi. (Monografías y documentos). I. Autobiografía cronológica*, Madrid 1925; *Dante y el Islam*, Madrid 1927; *El justo medio de la creencia. Compendio de Teología dogmática de Algazel*, Madrid 1929; *El místico Abulabas Benalarif de Almería y su “Mahasin Al Machalis”*, Madrid 1931; *Muhammad ibn Al Arabi. Vidas de Santos andaluces. La “Epístola de la Santidad” de Ibn Arabi de Murcia*, Madrid 1933; “Un precursor hispanomusulmán de San Juan de la Cruz” en *Al-Ándalus*, 1 (1933) pp. 7-79; *La espiritualidad de Algazel*

Su producción arabista, fuera de los estudios estrictamente filológicos, se vertebró en cuatro direcciones: exhumación de textos hispano-árabes y confrontación de sus contenidos con la obra de los grandes pensadores islámicos orientales para constatar sus relaciones; influjo de la espiritualidad cristiana en el pensamiento sufi; aportación de la filosofía árabe al Renacimiento de la Escolástica cristiana del siglo XIII; y precedentes islámicos en el gran florecimiento místico hispano del siglo XVI³⁹⁹.

9.- Maximiliano Agustín Alarcón Santón (1880-1933)

Maximiliano Agustín Alarcón Santón fue un arabista y hebraísta español, doctor en Filosofía y Letras (1904) en la Universidad Central de Madrid con una tesis titulada *La Guerra de Tetuán según un historiador marroquí contemporáneo*, alcanzando la cátedra de árabe en la Universidad de Granada en 1920⁴⁰⁰.

y su sentido cristiano, Madrid 1934-1941; *Huellas del Islam. Santo Tomás de Aquino, Turmeda, Pascal, San Juan de la Cruz*, Madrid 1941.

³⁹⁹ Sobre su vida y su obra puede verse: EPALZA, M., *Algunos juicios teológicos de Asín Palacios sobre el Islam*, Madrid 1969, pp. 145-82; VALDIVIA VÁLOR, J., *Don Miguel Asín Palacios. Mística cristiana y mística musulmana*, Madrid 1992; RAMÓN GUERRERO, R., “Miguel Asín Palacios y la filosofía musulmana”, en *Revista Española de Filosofía Medieval*, 2 (1995), pp. 7-17; GÓMEZ IZQUIERDO, A., “Estudios de Asín Palacios sobre la filosofía musulmana”, en *La Ciencia Tomista*, 10 (1914), pp. 277-314; CASTÁN, F., *Aragoneses contemporáneos, 1900-1934. Diccionario biográfico*, Zaragoza 1934, pp. 54-55; LATOR, E., “Islamismo y cristianismo en la última obra de Asín Palacios”, en *Razón y Fe*, 107 (1935), pp. 359-379; GARCÍA GÓMEZ, E., “En la jubilación de Don Miguel Asín”, en *Al-Ándalus*, 6 (1941), pp. 265- 270; DOMINGUES, J. A., *A maior figura do arabismo D. Miguel Asín Palacios*, Lisboa 1944; “Don Miguel Asín (1871-1944). Esquema de una biografía”, en *Al-Ándalus*, 9 (1944), pp. 267-291; “Don Miguel Asín”, en *Revista de Indias*, 5 (1944), pp. 723-742; GONZÁLEZ PALENCIA, A., “Don Miguel Asín Palacios”, en *Arbor*, 2 (1944), pp. 179-206; LASSO DE LA VEGA, M., “Necrología. Don Miguel Asín Palacios”, en *Hispania*, 4 (1944), pp. 467-469; LONGÁS, P., “Bibliografía de don Miguel Asín”, en *Al-Ándalus*, 9 (1944), pp. 293-319 (es la bibliografía más completa); MARICHALAR, A., “Memoria de Don Miguel Asín”, en *Escorial*, 46 (1944), pp. 474-475; CONIGLIO C., “La aportación de don Miguel Asín a los estudios árabes”, en *Al-Ándalus*, 10 (1945), pp. 225-229; GONZÁLEZ CARREÑO, G., “La obra filosófica de Miguel Asín”, en *Revista de Filosofía*, 4 (1945), pp. 127- 188; PEIRÓ MARTÍN, I Y PASAMAR ALZURIA, G., *Diccionario Akal de historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, Madrid 2002, pp. 90-92.

⁴⁰⁰ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, I. (coord.), *Educación, Ciencia y Cultura en España: Auge y colapso (1907-1940)*. Ciudad Real 2012.

La obra más importante de Alarcón fue su traducción al español del *Tratado político y filosófico del siglo XI, Lámpara de los príncipes* («*Syrat al-muluk*»), singular obra de Abú Bakr de Tortosa⁴⁰¹.

Lo incluimos en el catálogo de arabistas españoles en su aspecto jurídico al haber sido discípulo de Miguel Asín Palacios.

10.- Angel González Palencia (1889-1949)

Gran historiador y arabista fue Cándido Ángel González Palencia.

Aunque tampoco era jurista, era discípulo de los grandes arabistas Julián Ribera y Miguel Asín Palacios, lo que le llevó a realizar un doctorado en Filosofía y Letras en 1915 con una edición y traducción de la *Lógica* de Abusalt de Denia, llegando a obtener en 1927 en la Universidad Central la cátedra de literatura arabigoespañola, sucediendo a Julián Ribera.

Fue académico de la Real de la Historia (1930) y director de la *Escuela de Estudios Árabes* del Centro de Estudios Históricos de Madrid, de la *Biblioteca de Asuntos Orientales* y de la *Biblioteca SAETA de literatura española*.

Fecundo investigador, autor de ediciones y traducciones de textos árabes e innumerables estudios literarios, históricos, bibliográficos y eruditos de su especialidad⁴⁰².

⁴⁰¹ <https://www.pandora.dipualba.es/high.raw?id=0000000039&name=00000001.original.pdf>.

11.- Claudio Sánchez Albornoz (1893-1983)

Licenciado en Filosofía y Letras, se doctoró en 1914 por la Universidad de Madrid con una tesis titulada *La Monarquía en Asturias, León y Castilla durante los siglos VIII al XIII. La Potestad Real y los Señoríos*, fue catedrático numerario de *Historia de España* en las universidades de Barcelona, Valencia, Valladolid y Madrid.

Asimismo, fue rector de la Universidad Central entre 1932 y 1934, diputado por Ávila entre 1931 y 1936, ministro de Estado en 1933, vicepresidente de las Cortes en 1936, consejero de Instrucción Pública entre 1931 y 1933, y embajador de España en Lisboa.

No fue un jurista y bien podría afirmarse de él que no pertenece al arabismo español, pero es el autor profano que más atención ha prestado precisamente a la historia de la España musulmana y por ello, creemos debe ser incorporado al grupo de arabistas interesados por el aspecto jurídico del Derecho musulmán.

⁴⁰² Entre sus obras, merecen destacarse: *Tratado de Lógica por Abusalt de Denia, texto árabe, traducción y estudio previo*, Madrid 1915; *Índice de la España Sagrada*, Madrid 1918; 2ª ed., Madrid 1946; *Historia de la literatura árabe-española*, Barcelona 1928; 2ª ed. revisada, Barcelona 1945; *Historia de la España musulmana*, Barcelona 1929; *El amor entre los musulmanes españoles*, Madrid 1930; *Influencia de la Civilización Árabe*, Madrid 1931; *El Islam y Occidente*, discurso de entrada en la Real Academia de Historia, Madrid 1931; *Edición y traducción de El catálogo de las ciencias, de Alfarabí*, Madrid 1932. Texto árabe según una copia de 1310 conservada en El Escorial, cotejada con la edición de El Cairo de 1931, dos versiones latinas: la publicada por Camerario, procedente de Domingo Gundisalvo o de Juan Hispano; y la de Gerardo de Cremona y traducción española. 2ª ed.: Madrid-Granada 1953.

Su obra *La España musulmana, según los autores islamistas y cristianos medievales*⁴⁰³, es una antología brillante de trozos de autores islamistas y cristianos medievales con gran criterio de selección: las conquistas y las guerras civiles; el Al-Ándalus separado del califato; el emirato de Córdoba, la España Califal; los reinos de Taifas; los almorávides; y la agonía y muerte de la España musulmana, lo que le consagra como un arabista de raza⁴⁰⁴.

12.- Luis Seco de Lucena y Paredes (1901-1974)

Luis Seco de Lucena y Paredes fue un arabista español, catedrático de Lengua Árabe en la Universidad de Granada, ciudad a la que dedicó buena parte de sus investigaciones, en su periodo nazarí⁴⁰⁵.

Además de ser autor de numerosas obras sobre la temática árabe⁴⁰⁶, fundó y dirigió la revista *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebreos (Sección Árabe-Islam)*, decana de las revistas sobre los Estudios Árabes e Islámicos en España (entre las que se publican actualmente) y probablemente la revista más antigua de la Universidad de Granada,

⁴⁰³ SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *La España musulmana, según los autores islamistas y cristianos medievales*, Buenos Aires 1946.

⁴⁰⁴ Entre sus obras más destacadas merecen señalarse: *En torno a los orígenes del feudalismo*, Mendoza, 1942; *Ruina y extinción del municipio romano en España e instituciones que lo reemplazan*, Buenos Aires 1943; *España y el Islam*, Buenos Aires 1943; *El Ajbar Maymu'a. Problemas historiográficos que suscita*, Buenos Aires 1944; *El "Stipendium" hispano-godo y los orígenes del beneficio prefeudal*, Buenos Aires 1947; *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, México 1965; *Investigaciones sobre historiografía hispana medieval (siglos VIII al XIII)*, Buenos Aires 1967; *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*, Santiago de Chile 1970; *Miscelánea de estudios históricos*, León 1970; *Orígenes de la nación española. Estudios críticos sobre la Historia del reino de Asturias*, Oviedo, t. I: 1972, t. II: 1974, t. III: 1975; *Del ayer de España. Trípticos históricos*, Madrid 1973; *Ensayos sobre Historia de España*, Madrid 1973; *El Islam de España y el Occidente*, Madrid 1974; *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Madrid 1976.

⁴⁰⁵ CABANELAS, D., "Luis Seco de Lucena y su obra", en *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos*, 20 (1971), pp. 7-43.

⁴⁰⁶ Pueden destacarse: SECO DE LUCENA, L., "Documentos árabes granadinos", en *Al-Ándalus* 8, (1943), pp. 415-429; y 9 (1944), pp. 99-107; Id., "Actas notariales arabigo-granadinas", en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos* 2 (1953), pp. 99-197; Id., *Los Hammdíes, señores de Málaga y Algeciras* (1955); Id., *Los abencejarres, leyenda e historia* (1960); Id., *Orígenes del orientalismo literario* (1963); *Topónimos árabes identificados* (1974), Id., *La Granada nazarí del siglo XV* (1975), entre otras.

puesto que viene publicándose ininterrumpidamente desde su creación en el año 1952 hasta la actualidad. Se trata de una revista interdisciplinar que abarca todas las materias relacionadas con los Estudios Árabes e Islámicos, tanto en época clásica (Al-Ándalus y Oriente), como en los periodos moderno y contemporáneo, incluidos los aspectos jurídicos del Derecho musulmán, desde la Edad Media hasta el presente más inmediato, con una periodicidad anual.

13.- Salvador Vila (1904-1936)

Merece destacarse también en la dimensión jurídica del arabismo español a Salvador Vila (1904-1936)⁴⁰⁷ que, si bien tampoco era jurista, investigó la aportación alemana al arabismo español, publicando interesantes estudios⁴⁰⁸.

Fue Rector de la Universidad de Granada y catedrático de Cultura e Instituciones Musulmanas. Su muerte tan precipitada al ser fusilado en Viznar privó a la ciencia jurídica española de un “*arabista especializado en la historia de las instituciones*” tal y como afirmó Alfonso García-Gallo⁴⁰⁹.

14.- Emilio García Gómez (1905-1995)

⁴⁰⁷ Salvador Vila nació en Salamanca el 2 de agosto de 1904. Licenciado en Filosofía y Letras y Derecho. Se doctoró en Madrid en 1927. Amplió sus estudios en Alemania, becado por la Universidad de Berlín. Fue republicano de izquierdas, aunque no militó en ningún partido, y discípulo de Miguel de Unamuno. Dicen que Unamuno no volvió a ser el mismo tras conocer el triste desenlace de Vila, y que incluso su muerte precipitaba su propio fallecimiento que tuvo lugar tan solo dos meses después. Vid. DEL AMO, M., *Salvador Vila, el Rector fusilado en Viznar*, Granada 2005.

⁴⁰⁸ VILA, S., “Abenanoguit, “formulario notarial”, cap. de matrimonio”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 8 (1931), pp. 6-200; y Id., “Un contrato de matrimonio entre musulmanes en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 10 (1933), 186-196 + III de Apéndice.

⁴⁰⁹ GARCÍA-GALLO, A., “Reseña” a la obra de E. LEVÍ-PROVENZAL y E. GARCÍA GOMEZ, “Sevilla a comienzos del siglo XII. El Tratado de Ibn Abdun”, Madrid 1948 en *Anuario de Historia del Derecho Español* 19 (1948-49), pp. 656-664, en esp. p. 656.

Cabe destacar dentro del “arabismo jurídico español” a Emilio García Gómez, Doctor honoris causa de la Universidad de Granada (1945), Premio nacional de Historia (1989), catedrático de Lengua y Literatura árabe, académico y presidente de la Real Academia de la Historia así como académico de la Real academia española.

Fue el primer director de la *Escuela de Estudios árabes* de Granada (1932) y el primer director del *Instituto Hispano Árabe de Cultura* inaugurado en 1954 en la sede de la Escuela Diplomática de Madrid.

En sus obras abordó la poesía andalusí⁴¹⁰. Aunque el formidable tratado del cordobés Ibn Hazm, *El collar de la paloma, sobre el amor y los amantes*, había sido traducido con anterioridad por autores europeos, hizo una inmejorable traducción del mismo, prologada por Ortega y Gasset.

En otras obras abordó la literatura comparada, la métrica árabe, las jarchas, la paremiología, los zéjeles de Ben Guzmán, los tratados sobre Ordenanzas del zoco o la alambicada y sutil poesía epigrafiada de la Alhambra a la que consagró los últimos años de su existencia.

15.- José López Ortíz (1898-1992).

Finalmente, a dicho grupo ha de incorporarse a su fundador, el P. José López Ortiz, al que dedicamos ahora nuestra atención.

⁴¹⁰ Su primer gran éxito editorial fueron los *Poemas arabigoandaluces* (1930), decisivos por su influencia en la Generación del 27 y, más concretamente, en Federico García Lorca, que en ellos halló la inspiración para su *Diván del Tamarit*.

CAPÍTULO QUINTO. EL P. JOSÉ LÓPEZ ORTIZ. BREVE BIOGRAFÍA. PERSONALIDAD Y LÍNEA DOCTRINAL DE SUS INVESTIGACIONES.

5.1. Breve trayectoria biográfica e intelectual

El P. José López Ortiz nació en San Lorenzo de El Escorial (Madrid) el día 10 de julio de 1898⁴¹¹.

Cursó los primeros estudios de primaria y bachillerato en el Colegio Alfonso XII de San Lorenzo de El Escorial, su pueblo natal, ingresando en 1914 el Seminario de Madrid donde cursó algunas asignaturas de Filosofía y Letras.

Tras un periodo de tres años en el seminario de Madrid, ingresó en la Orden de San Agustín, llegando a profesar de votos simples el día 2 de abril de 1918 y de solemnes el 3 de abril de 1921.

En 1922 finalizó sus estudios de Teología en el *Studium Generale* de la Orden y ese mismo año recibió el presbiteriado completando su formación con el estudio de las lenguas clásicas (latín, griego y hebreo) así como con el francés, alemán y árabe.

⁴¹¹ El estudio biográfico más exhaustivo que se puede consultar es el realizado por GONZÁLEZ VELASCO, M., “Fray José López Ortiz (1898-1992), en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, 26/1 (1993), pp. 13-110. Es además de un estudio biográfico, un estudio bio-bliográfico que enumera todas las publicaciones de carácter biográfico. También se puede ver PELÁEZ, M. J. (ed.), *Diccionario Crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, Vol. I, Barcelona, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 493-494. En el mismo sentido, vid. “López Ortiz, José Ángel (fray José López Ortiz, O.S.A.)”, en PEIRÓ, I - PASAMAR, G., (eds.) en *Diccionario Akal de historiadores españoles*, Madrid, Akal, 2002, pp. 363-364; ORLANDO, J., “Fray José López Ortiz, OSA (1898-1992)” en *Archivo Histórico del Derecho español*, 63-64 (1993-1994), pp. 1401-1403; ANDIÓN MARIAN, J., “El magisterio de fray José López en la Diócesis de Tuy-Vigo”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVI-1 (1993), pp. 145-167; CASTAÑO DE LA PUENTE, F., “Ilmo. y Rvmo. Sr. Dr. Fray José López Ortiz”, en *Historia del Real Colegio de Alfonso XII*, San Lorenzo de El Escorial, 1996, I, pp. 1026-1055; GIBERT, R., “Recuerdos de fray José López Ortiz”, en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, vol. XXVI, 1 (1993), pp. 203-204.

Tras su ordenación sacerdotal obtuvo la licenciatura en Derecho civil en la Universidad Central de Madrid en 1925, donde entró en contacto con grandes maestros de Historia del Derecho como Galo Sánchez y Alfonso García Gallo, lo que marcaría el rumbo de sus estudios, doctorándose en la misma Universidad en 1931 con una tesis original y novedosa titulada: “*La recepción de la escuela malequí en España*”⁴¹². En ella sostiene que en la España musulmana predominó la escuela malekita fundada por Malik Ibn Anas de la escuela de Medina y preconizada por el emir Hisham I, quien ordenó a los jueces musulmanes seguir las reglas malekitas al resultar insuficientes las costumbres locales basadas en El Corán y la Sunna.

Al año siguiente de aquel trabajo, publicó un compendio titulado “*Derecho musulmán*”⁴¹³, que recibió el aplauso de los juristas e investigadores y se convirtió en la primera obra en lengua española que aborda dicha parcela de nuestra historia jurídica española, lo que le mereció el reconocimiento como pionero y fundador del arabismo español en su dimensión jurídica. De hecho, por esta razón, las autoridades de la Segunda República le nombraron jefe de la sección de Derecho e Instituciones musulmanas de la Escuela de estudios árabes de Madrid y comenzó a colaborar en la revista *Al-Ándalus*.

En 1934 obtuvo la cátedra de Historia del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, que ocupó solamente un año, al trasladarse a Madrid como auxiliar de dicha disciplina en la Universidad Central de Madrid (hoy, Universidad Complutense)

⁴¹² LÓPEZ ORTIZ, J., *La recepción de la escuela malekí en España*, Madrid 1931. Ésta tesis, que tuvo una gran aceptación en los medios jurídicos y científicos donde se dio a conocer, fue el resultado de una beca concedida por la Junta de Ampliación de estudios, lo que le permitió profundizar en el estudio de la cultura árabe en las Universidades de Murcia, Wurzburg y Berlín.

⁴¹³ LÓPEZ ORTIZ, J. *Derecho musulmán*, Madrid 1932.

hasta que, en 1942, ocupó la misma cátedra en la Universidad Central de Madrid, donde se le encomendó la sección de Historia del Derecho canónico del *Anuario de historia del Derecho español*, órgano de expresión de la llamada *Escuela de Hinojosa*, insigne historiador del Derecho español⁴¹⁴.

La Guerra civil española le sorprendió en El Escorial, donde fue detenido por el Frente Popular y conducido, junto con toda la Comunidad de agustinos, el día 6 de agosto de 1939 a la cárcel de San Antón en Madrid donde permaneció encarcelado en ella hasta el 27 de octubre en que fue puesto en libertad por mediación de Wenceslao Roces, Subsecretario del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, y de donde fue trasladado y paso a permanecer en la Embajada rumana hasta el final de la guerra⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Eduardo de Hinojosa y Naveros (1852-1919), perteneció a la que Pedro Laín Entralgo llamó la “*generación de sabios*” o “*generación de 1880*” y que integraron hombres como Ramón y Cajal (1854-1934), Menéndez Pelayo (1856-1912), el mismo Hinojosa (1852-1919), Costa (1846-1911), Torres Quevedo, Cossío, Ferrán, Oloriz, entre otros y que se dedicaron fundamentalmente a “*hacer ciencia*” (Vid. LAÍN ENTRALGO, P., “Prólogo” al tomo XXXIX de la *Historia de España* de Ramón MENENDEZ PIDAL, *La Edad de Plata de la cultura española (1898-1936)*, Madrid 1993, pp. 9 a 52, en particular pp. 20 a 22.

Doctorado en Derecho por la Universidad de Granada con tan sólo 19 años, Hinojosa obtuvo la cátedra de Geografía histórica de la Escuela Superior de Diplomacia, y publicó dos obras esenciales en la ciencia jurídica: una obra de carácter general, *Historia del Derecho romano según las más recientes investigaciones*, Madrid 1880, en dos volúmenes; y su conocida y fundamental *Historia general del Derecho español*, Madrid 1887. Dicha obra tuvo una segunda edición en 1924. Su pretensión era, decía: “*suplir (...) el vacío de nuestra literatura en punto a libro de texto*” de la recién creada asignatura de Historia del Derecho español. Consta de una *Introducción* y cuatro capítulos dedicados a la *España primitiva*, nueve a la *España romana* y tres a la *España visigoda*. Pero los principales hitos de Hinojosa fueron la obtención de la cátedra de Historia Antigua y Media de España en 1900, la cátedra de Historia de América desde 1906 y su labor como miembro de la Real Academia de la Historia a partir de 1889, además de haber ocupado diversos cargos políticos: gobernador civil de Alicante, Valencia y Barcelona, senador por la Universidad de Santiago y Director de Instrucción Pública en el Ministerio de Fomento.

Al crearse, en 1910, el Centro de Estudios Históricos, formó una escuela con un selecto grupo de jóvenes discípulos, entre los que destacan José María Ramos Loscertales, José Giner, Pedro Longas, Galo Sánchez, y sobre todo, Claudio Sánchez Albornoz. (Vid. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C., “*En el centenario de Hinojosa*”, en *Cuadernos de Historia de España*, XVII (1952), pp. 5 a 19.

Al morir Hinojosa en el año 1919, sus discípulos, antes citados a los que se habían sumado algunos otros becarios o investigadores, coincidentes en inquietudes y formación, quisieron conservar la honestidad, intelecto y calidad científica de su maestro y fundaron la llamada *Escuela de Hinojosa*, una escuela en la que todos los historiadores se sienten deudores del eminente profesor granadino en cuanto fundador de una ciencia moderna, crítica, europeísta y rigurosa. Vid. GARCÍA-GALLO, A., “Hinojosa y su obra”, publicado como estudio preliminar a la edición de sus *Obras*, por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, I, 1948; II, 1955 y III, 1974.

⁴¹⁵ Wenceslao Roces, Subsecretario del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, no Ministro de Educación como señala González Velasco en p. 33, *Op. cit.*, pues el Ministro era Jesús Hernández Tomás nombrado el 4 de septiembre por el nuevo jefe del gobierno republicano, el socialista

Tras la Guerra civil española, se encargó de la cátedra de Historia del Derecho. Y en 1942 obtuvo, por concurso, la cátedra de Historia de la Iglesia.

Fue consagrado Obispo de Tuy el 21 de septiembre de 1944 en la Real Basílica de San Lorenzo de El Escorial, lo que le apartó de las enseñanzas de la Historia de la Iglesia e Historia del Derecho y las Instituciones⁴¹⁶, llegando incluso a ser padre conciliar en el Concilio Vaticano II.

En 1969 fue nombrado Vicario General Castrense y Arzobispo titular de Grado y Vicario General castrense hasta su renuncia en 1977. Y en 1972 fue elegido Presidente de la Comisión Episcopal de Enseñanza y miembro de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal.

El P. José López Ortiz falleció en Madrid, el día 4 de marzo de 1992. Sus restos mortales reposan en la Iglesia Arzobispal Castrense de Madrid.

Además de su labor docente en la Universidad de Santiago de Compostela, en la Central de Madrid y en la de El Escorial, en el Colegio San Agustín, en la Escuela de Estudios Árabes de Madrid, en los cursos de verano de Santa María de la Rábida,

Francisco Largo Caballero. Vid. ÁLVAREZ REY, L., *Los Diputados por Andalucía de la Segunda República, 1931-1939: Diccionario biográfico II*, Sevilla 2010, p. 263.

⁴¹⁶ Aunque se mantuvo durante años como codirector o miembro del Consejo de dirección del *Anuario de Historia del Derecho español* desde 1944 hasta 1984. Vid. GARCÍA-GALLO, A., "Breve historia del Anuario", en *Anuario de Historia del Derecho español*, LI bis (1982). Concretamente, López Ortiz había realizado una elogiosa reseña de aquel y de la altura científica de su obra, calificándola de trabajo elaborado a conciencia, lleno de aportaciones personales, orientador incluso para los especialistas de la Historia del derecho. Vid. López Ortiz, J., "Un avance en la Historia de nuestro derecho positivo" en *Arbor, Revista General de la Investigación y la Cultura*, VII, 1947, 67-73.

organizados en Huelva por la Escuela de Estudios hispanoamericanos de la Universidad de Sevilla, fue conferenciante en numerosos y distinguidos foros.

Fue académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y académico correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas; Vicepresidente del Consejo Superior de Investigaciones científicas; director del Instituto Enrique Flórez de Historia de la Iglesia⁴¹⁷; miembro del Instituto de Estudios Políticos; Vocal de la Junta Bibliográfica del Consejo de Investigaciones Científicas; Jefe de Estudios, Bibliotecas y Seminarios de la Facultad de Derecho de Madrid; miembro del Instituto de Estudios Políticos desde su constitución; Asesor del Sindicato Español universitario; Presidente de la Sección de Historia del Derecho en el Instituto de Estudios Jurídicos; miembro de la Subcomisión Mixta de Enseñanza creada por la Comisión Mixta de Obispos y Superiores Mayores; y definidor dentro de la Provincia Agustiniana (nombrado en el Capítulo de 1943).

Asimismo, el P. López Ortiz fue un importante colaborador en prestigiosas revistas científicas como la *Revista del Instituto de Estudios Políticos*; la *Revista de la Facultad de Derecho* en Madrid; *La Ciudad de Dios*; *Religión y Cultura*; *El Escorial*; *Al-Ándalus*; *Nueva Etapa*; *Ensayos*; *Anuario de Historia del Derecho*; *Misión*; *Sí*; *Ya*; *Arbor*, etc.⁴¹⁸.

⁴¹⁷ De hecho, el primer número de la revista *Hispania Sacra* apareció en 1942 con una presentación muy programática de López Ortiz. Vid. LÓPEZ ORTIZ, J., "Presentación", en *Hispania Sacra: revista de historia eclesiástica*, 1 (1947), pp. 5-10.

⁴¹⁸ El P. López Ortiz fue fundador y director de la revista *Arbor* hasta el número 18 inclusive (1946), y cuyo nombre procede del modo en que el beato mallorquín Ramón Llull representaba la ciencia, *Arbor Scientiae*, y que el Consejo Superior de Investigaciones Científicas adoptó como logotipo inspirado en el *Árbol de la ciencia del bien y del mal* del *Libro del Génesis*.

Recibió importantes distinciones honoríficas y condecoraciones. El 15 de enero de 1940, el Dario de la Cancillería de la Orden de Medavia de la Zona de Protectorado de España en Marruecos le otorgó el grado de “*Jitisas*” (oficial) en la Orden Medavia; el 23 de octubre de 1944 le fue impuesta la insignia de Asesor Nacional del Sindicato nacional Español Universitario; el 22 de noviembre de 1944 le fue impuesta por el Excmo. Sr. Ministro de educación la Cruz de la Orden de Cisneros; el 29 de diciembre de 1949 se le concedió la Gran Cruz de la Orden del Mérito Civil.

5.2. Personalidad

Caracterizado por un privilegiado talento y amor por el estudio, el P. López Ortiz fue un historiador sabio y fino, lo que le llevó a ser un destacado jurista en su época. Fue notable conferenciante y fecundo escritor. Sus trabajos destacan por la profundidad de su ciencia que demuestran la excepcional valía y su alta autoridad.

Religioso ejemplar, era además un investigador profundo y un trabajador incansable. Su obra le consagró como el primero de nuestros especialistas en Derecho musulmán, fundador del arabismo jurídico en España, al conocer el sentido jurídico y comprensión del fenómeno histórico hispano-musulmán.

Estaba dotado de una extremada facilidad para el estudio de las lenguas tal y como dijimos anteriormente. Hablaba alemán, francés, inglés, italiano, arameo y árabe (ocho dialectos), que le permitieron ser un profundo conocedor de la lengua y la literatura islámica y superar las dificultades que el estudio del Derecho musulmán entraña.

A sus excelentes cualidades de jurista y su espíritu investigador, se une una increíble vocación de magisterio que le llevó a ser un maestro generoso y bondadoso en una gran amplitud de instituciones donde ejerció su actividad docente.

El P. López Ortiz fue ideológicamente cercano al nuevo régimen, de orientación ideológica franquista y tradicionalista, aunque sin concesiones a la Falange ni excesivos dogmatismos, pues era un intelectual tolerante. En su memoria de oposición a la cátedra apuntaba una serie de: “*servicios prestados al nuevo Estado*” como haber cesado en octubre de 1936: “*por disposiciones persecutorias del Gobierno marxista*”, “*rehabilitado en sus derechos sin sanción*” el 9 de octubre de 1939, y “*reintegrado en los haberes dejados de percibir durante la dominación marxista*” el 30 de noviembre de 1940⁴¹⁹.

José Orlandis Rovira, que fue discípulo y ayudante en la cátedra de Historia de la Iglesia, definió al P. López Ortiz como:

⁴¹⁹ El expediente de la convocatoria se conserva en el Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, Sección de Educación y Ciencia (Caja 1529). En documentación aparte de la mencionada caja 1529 del Archivo general de la Administración de Alcalá de Henares se guarda en el expediente del concurso de traslado el siguiente certificado:

“*Don Ángel Palencia Gallardo, Jefe de la Oficina Técnico-administrativa para la depuración del personal del Ministerio de educación nacional,*

Certifico:

Que los antecedentes que obran en esta Oficina de mi cargo, resulta que el expediente de D. José López Ortiz, Catedrático excedente y Auxiliar de la facultad de Derecho de esta capital, se halla resuelto por Orden de 9 de octubre de 1939, con la confirmación en su cargo, por lo tanto se le considera persona adicta al Glorioso Movimiento Nacional.

Y para que conste y surta los efectos consiguientes, expido la presente certificación, autorizada con el sello de esta Oficina y visada por la Dirección General correspondiente, en Madrid, a veintitrés de Agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

Ángel Palencia. (firmado y rubricado por autorización en el lugar correspondiente al Vº Bº del Director General)”.

*“Un maestro indiscutible en el quehacer universitario. Era un hombre verdaderamente excepcional. Yo creo que es de los hombres más inteligentes que he conocido y de los más interesantes”*⁴²⁰.

Un aventajado alumno y discípulo en las aulas de la Universidad de Madrid, Rafael Gibert Sánchez de la Vega (1919-2010), catedrático de Historia del Derecho en las Universidades de Granada, Complutense y UNED⁴²¹, dijo:

*“No era el P. López Ortiz un orador de los que se estilaban en sus años, de los llamados de altos vuelos. No tenía ni la voz ni el estilo, pero tenía la facultad de palabra, claridad y concisión de ideas, por lo que comunicaba fácilmente con el público”*⁴²².

Resulta, por demás, interesante el retrato político que hizo del P. López Ortiz, al que califica de “liberal” y de “azañista”⁴²³ y “hombre abierto, tolerante y liberal”⁴²⁴.

⁴²⁰ ORLANDIS ROVIRA, J., “Fray José López Ortiz, O.S.A. (1989-1992)”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, LXIII-LXIV (1993-1994), pp. 1401-1403.

⁴²¹ Licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid con Premio Extraordinario, obtuvo su Doctorado con la defensa de su tesis “La paz del camino en el derecho medieval español”, con la calificación de sobresaliente, ejerciendo su labor docente en diferentes Universidades. Obtuvo por oposición, con el número uno, la Cátedra de Historia del Derecho en la Universidad de Granada. Allí creó la Escuela granadina de Historia del Derecho, donde se formaron diversos profesores, algunos catedráticos: Fernández Espinar, Zurita Cuenca, Pérez-Victoria Benavides, Pérez Martín, Martínez Gijón, Saínz Guerra, López Nebot, entre otros. También fundó el Seminario Eduardo de Hinojosa, primer seminario de la Facultad de Derecho granadina, dedicado a la Ciencia de la Historia del Derecho y que perdura hasta nuestros días. A lo largo de su vida mostró un especial agradecimiento hacia dos maestros: Galo Sánchez, quien le salvó la vida al irlo a buscar a la cárcel y sacarlo de allí tres días antes de que empezaran las crueles expediciones a Paracuellos del Jarama; y el P. José López Ortiz, que fue su maestro. Vid. FERNÁNDEZ ESPINAR, R., “El Catedrático de Historia del Derecho: Don Rafael Gibert y Sánchez de la Vega”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. XVII, núm. 17 (2010); MORÁN, R., “D. Rafael Gibert Sánchez de la Vega. Historia del Derecho en la Distancia, In memoriam”, en *Revista de Derecho*, UNED, vol. VI, núm. 6 (2010), pp. 543-554; y PÉREZ MARTÍN, A., “In Memoriam: Rafael Gibert y Sánchez de la Vega (1919-2010)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXXXI, (2011), pp. 1177-1187.

⁴²² GIBERT, R., “Recuerdos de Fray José López Ortiz”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVI-1 (1993), pp. 201-261.

⁴²³ IDEM, *Ibidem*, p. 204.

⁴²⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 208.

El P. López Ortiz tuvo grandes amigos: el profesor Galo Sánchez, Alfonso García Gallo y san José María Escrivá de Balaguer, entre los más destacados.

Del primero escribió:

“Yo, para Galo Sánchez, tengo recuerdos llenos de gratitud; el me animó a que hiciera oposiciones a la Cátedra de Historia del Derecho. El me sostuvo en aquellos días difíciles y él me hizo un servicio, nada menos del que dependía mi vida. El, que era hombre tímido, que no pedía favores para nadie, se echó a la calle en los días difíciles del verano del 1936 para sacarme de la cárcel. Y me sacó exactamente tres días antes de que hubieran empezado aquellas expediciones de Paracuellos del Jarama, en las cuales yo hubiera caído sin remedio”⁴²⁵.

Con Josemaría Escrivá de Balaguer tuvo una amistad más fiel, más cercana, más de “hábito”. Ambos se conocieron en las aulas de la Universidad de Zaragoza en 1924. El P. López Ortiz formó, además, parte del Tribunal de la tesis doctoral de Escrivá de Balaguer, que llevaba por tema *La Abadesa de las Huelgas. Estudio teológico jurídico*, en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid en diciembre de 1939⁴²⁶. Hasta 1975, año en que falleció el Escrivá de Balaguer, mantuvieron una fiel y estrecha amistad⁴²⁷.

⁴²⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “Recuerdos de la Cátedra de Historia del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, XV, 40 (1956).

⁴²⁶ El P. López Ortiz, sobre la misma, dijo: “Un trabajo de investigación jurídica llevado con un talento y un estilo verdaderamente extraordinarios, que llamaron la atención de todos los que formábamos parte del tribunal, y que hicieron que la tesis fuera calificada de Sobresaliente. Aunque los hechos hablan por sí mismo, éste ciertamente es aleccionador, pues evidencia con obras el valor de la doctrina, tantas veces predicada por Josemaría, de que la santidad está en santificar, hacer bien y acabar las diversas actividades en que cada uno debe ocuparse en cada momento de su vida, sin perder de vista el punto de referencia sobrenatural. Esta es la lección que al menos yo saco de este episodio que

5.3. Línea doctrinal de sus investigaciones

Las investigaciones del P. López Ortiz se pueden reducir a tres grandes bloques: Derecho canónico, Derecho medieval y Derecho musulmán. Este último es el principal al objeto de nuestra tesis, sin desmerecer aquellos. Vamos a referirnos a ellos:

5.3.1. Derecho canónico

Por Orden de 21 de febrero de 1942, el P. José López Ortiz fue nombrado, según convocatoria realizada por Orden de 1 de agosto de 1941, para ocupar la cátedra de Historia de la Iglesia de la Universidad Central de Madrid, tras el fallecimiento de Don Vicente de la Fuente (1817-1889), que había sido catedrático de Derecho canónico de la Universidad de Salamanca y Rector de la Universidad Central.

Ocupó este cargo desde 1942 hasta 1944 por su nombramiento como Obispo de Tuy. De 1939 a 1942 había desempeñado dicha cátedra el catedrático de Derecho canónico Eloy Montero.

Decía el P. López Ortiz en justificación de sus méritos y trabajos para obtener la Cátedra de Historia de la Iglesia y del Derecho canónico:

testífico". Vid. LÓPEZ ORTIZ, J., *Testimonio sobre el fundador del Opus Dei. Beato Josemaría Escrivá de Balaguer: un hombre de Dios*, Madrid 1992, pp. 15-16.

⁴²⁷ Vid. MARTÍN DE LA HOZ, J. C., "Un amigo de san Josemaría: José López Ortiz, OSA, obispo e historiador", en *Studia et Documenta: rivista dell'Istituto Storico San Josemaría Escrivá*, 6 (2012), pp. 91-121. Vid. LÓPEZ ORTIZ, J., *Josemaría Escrivá de Balaguer: Un hombre de Dios*, Madrid 1992 (publicado luego en libro aparte, y recogido en su obra colectiva *Testimonio sobre el fundador del Opus Dei. Beato Josemaría Escrivá de Balaguer: un hombre de Dios*, Madrid 1994, pp. 205-224).

“Mi primera iniciación científica fue en ciencias eclesiásticas. Mis estudios en el Seminario conciliar de Madrid y sobre todo en el Real Monasterio de El Escorial fueron realizados con la seriedad que pretendo acreditar con el certificado de los mismos expedido por el P. Regente de Estudios de El Escorial.

En la Universidad de Santiago de Compostela, el Curso 1934 a 5, que permanecí en ella, me encargué de la explicación de la Cátedra de derecho Canónico. La revolución marxista, al despojarme de todos mis libros y papeles me privó de unas interesantes notas de aquel año inolvidable. Había preparado el Programa, dedicando una parte proporcionada del mismo a Historia, no solo de las fuentes del Derecho canónico, sino principalmente de sus Instituciones y tuve la alegría de comprobar el interés y el provecho con que los escolares participan en esta clase de trabajos y el fruto que para la construcción de la sistemática canónica se deriva de una sola comprensión histórica de las mismas.

Habiéndose divulgado en el círculo de mis más íntimos amigos científicos la noticia de mis trabajos en esta materia, se me encargó, por entonces, de la sección de Historia del derecho canónico en el Anuario de Historia del derecho español (Véase Vol. XI, año 1934, p. 537)⁴²⁸.

⁴²⁸ Se custodia el original de la Memoria explicativa de los méritos y trabajos alegados para el Concurso a la Cátedra de Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico presentada por el candidato fray José López Ortiz en el Archivo General de la Administración de Alcalá de Henares, sección de Educación y Ciencia, Caja 1529, documento suelto. Dicho documento, inédito hasta el momento, fue publicado y corregido en su ortografía por PELÁEZ, M. J., “La enseñanza de la Historia de la Iglesia”. Puede leerse en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5260/1/MANUEL%20J.%20PELAEZ.pdf>, pp. 497-501.

Fruto de este nombramiento es la aportación del P. López Ortiz en este aspecto a la restauración de los estudios histórico-canónicos, tan necesitados en España de un impulso vigoroso.

Resultado de la dedicación a esta materia son varios trabajos, de los que destacaríamos los siguientes:

- “Un canonista español del siglo XVI, el Doctor Navarro. D. Martín de Azpilicueta”⁴²⁹, sobre la vida y obra de este filósofo, religioso y teólogo navarro, llamado *Doctor navarrus* y uno de los más importantes intelectuales de su tiempo; y

- “Sobre los cluniacenses y la abolición del reconocimiento mozárabe”⁴³⁰, donde analizó la supresión del antiguo rito hispánico que formó parte del grupo de liturgias de lengua latina entre los siglos V y VII en Occidente y la intervención que tuvieron los cluniacenses.

- Asimismo, para facilitar el estudio de los alumnos publicó un manual de Historia del Derecho Canónico. Decía el P. López Ortiz, en el Prólogo al *Derecho Canónico* en el año 1947:

⁴²⁹ LÓPEZ ORTIZ. J., “Un canonista español del siglo XVI, el Doctor Navarro D. Martín de Azpilicueta” en *La Ciudad de Dios* CLIII (1941), pp. 271-302. Martín de Azpilicueta (1492-1586) o *Doctor navarrus*, fue un filósofo, religioso y teólogo navarro y uno de los más importantes intelectuales de su tiempo. El P. López Ortiz, hace una minuciosa semblanza de él, considerado a la vez como teólogo, jurisconsulto y economista, autor de numerosos ensayos pues perteneció a la llamada Escuela de Salamanca junto con otros jesuitas, dominicos y franciscanos para profundizar en la significación científica que para el Derecho eclesiástico tuvo en la tradición cultural de Europa y la tradición canónica de su tiempo.

⁴³⁰ LÓPEZ ORTIZ. J., “Sobre los cluniacenses y la abolición del reconocimiento mozárabe”, en *Haz*, mayo (1934), pp. 30-31.

“El Derecho Canónico es el Derecho de la Iglesia, la Sociedad religiosa fundada por Cristo mismo y en la que los bautizados nos unimos por los vínculos de la comunión en una misma Fe, los mismos Sacramentos y la obediencia a las autoridades por Él constituidas. Esta sociedad, aunque religiosa, vive conforme a una norma jurídica, y ello por voluntad de su Divino Fundador; Él la organizó instituyendo para su régimen autoridades legítimas, señalando a los depositarios de la autoridad y a los fieles todos los fines precisos que es obligatorio alcanzar, actividades ordenadas a ello, más otros medios, naturales y sobrenaturales, adecuados, suficientes y aún sobreabundantes.

Las autoridades tienen por misión dirigir estas actividades y administrar estos medios, cuyo fin es la salvación de cada uno y socialmente rendir a Dios el culto público a que tiene derecho. Los poderes de régimen vienen de Dios. No hay aquí lugar a teorizar sobre los orígenes de la autoridad, ni tiene sentido plantear la cuestión de si es o no la Iglesia democrática⁴³¹.

El P. López Ortiz defendía la obediencia a la Ley de la Iglesia, como acatamiento amoroso de la voluntad de Dios, señalando que el Código de Derecho canónico no es un instrumento de interpretaciones sino el de acatamiento de corazón:

“Es pues, en este sentido, la Iglesia una fundación, en la que sigue actuando como norma suprema la voluntad del Fundador. Otorgó a sus Apóstoles y a los que a través de los siglos habíamos de sucederles, poderes de enseñar, de transmitir el tesoro de las verdades reveladas, con autoridad para hablar en el nombre de Dios

⁴³¹ LÓPEZ ORTIZ, J., “Prólogo” en *Derecho Canónico*, Madrid 1947, p. XV.

e imponer acatamiento a los fieles. Cuando se ha pretendido, siguiendo una vieja idea de Lutero, medianamente remozada, que la Iglesia no puede ser una sociedad jurídicamente organizada; que entre los cristianos no puede haber más que vínculos meramente espirituales de caridad, sin un régimen estable; que la regulación de la vida jurídica de la Iglesia es una interpretación abusiva de las ideas de Jesús, se echan en olvido los pasajes evangélicos, en los que constan estas normas fundacionales, sentadas incommoviblemente por nuestro Redentor, y en las que se encuentran los principios esenciales e inconfundibles del Derecho de la Iglesia”⁴³².

5.3.2. Derecho medieval

El P. López Ortiz dedicó un segundo bloque de sus investigaciones al estudio de temas de historia jurídica española no limitadas a cuestiones musulmanas, sobre todo en el Derecho medieval, tratando de hablar del espíritu de las instituciones jurídicas del pasado.

A este segundo aspecto corresponden los siguientes trabajos destacados: “Las versiones castellanas escurialenses de interés jurídico recientemente publicadas”⁴³³; “El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica” sobre el viejo Derecho cristiano en el que reconstruye el sistema procesal de los siglos VIII al XIII⁴³⁴; “Las Leyes Nuevas”, y - “El tránsito de la justicia privada a la pública en la Edad Media” que se perdieron. “Notas para el estudio de la idea imperial

⁴³² LÓPEZ ORTIZ. J., “Prólogo” en *Derecho Canónico*, Madrid 1947, p. XVI.

⁴³³ LÓPEZ ORTIZ. J., “Las versiones castellanas escurialenses de interés jurídico recientemente publicadas”, en *Religión y Cultura*, XVIII (1932) pp. 111-21.

⁴³⁴ LÓPEZ ORTIZ. J., “El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-43) pp. 184-226.

leonesa”⁴³⁵, relacionado con su trabajo acerca de las “Las ideas imperiales en el Medioevo español”⁴³⁶, donde pone de manifiesto el problema de la construcción del Imperio medieval español.

Decía García-Gallo, que con la dedicación del P. López Ortiz al Derecho Medieval de la España cristiana y la muerte de Salvador Vila, el Derecho dejó de encontrar por entonces, entre nosotros, quien se ocupara de él.⁴³⁷

A lo largo de los trabajos que hemos citado a pie de página, el P. López Ortiz se ocupa de los más variados y dispares temas que tienen que ver con el Imperio español medieval, como los diplomas en los que Alfonso VII comunica al Arzobispo de Braga las elecciones episcopales realizadas en diócesis gallegas de su obediencia, alegando un “*ius imperiale*” a intervenir en ellas; la idea imperial que en España tenía la protección a la Iglesia; el aspecto eclesiástico de la institución y las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Tampoco faltan estudios sobre los Cluniacenses y la sustitución del rito romano por el mozárabe; el sentido providencialista de la historiografía clerical de nuestra primera Edad Media; o, las teorías del benedictino francés Sejourné.

⁴³⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “Notas para el estudio de la idea imperial leonesa”, en *La Ciudad de Dios*, CLIII (1941) pp. 186-ss.

⁴³⁶ LÓPEZ ORTIZ, J., “Las ideas imperiales en el Medioevo español”, en *Escorial* 1942, pp. 43-70.

⁴³⁷ GARCÍA-GALLO, A., “Breve historia del Anuario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 51bis (1982) e *Historia del Anuario e Índices*, VII-LIII, en esp. XIII, XXIII y XXV.

5.3.3. El Derecho musulmán

Este es el bloque más importante de su obra que le consagró como el primero de los especialistas españoles en el arabismo en su dimensión jurídica.

El estudio del Derecho musulmán que hace el P. López Ortiz no es un sencillo estudio sino una obra de derecho sólidamente construida con el rigor técnico que caracterizaron sus publicaciones, de fácil y ágil lectura, que ocupa desde su aparición un lugar privilegiado en los estudios de historiografía jurídica española referentes al análisis del Derecho musulmán.

Dicha investigación, como apuntamos en su momento, es la mayor aportación, no solo la primera, al conocimiento y profundización para los juristas o expertos en la materia que aborden el estudio del ordenamiento jurídico musulmán, tanto en su aspecto aislado como en su evolución respecto del ordenamiento jurídico español.

Esta línea de investigación determinó que en el estudio de la Historia del Derecho en España, el P. López Ortiz tenga una importancia que no se puede omitir. Su principal característica es su originalidad y su novedad al estudiar el Derecho musulmán, con una obra totalmente novedosa en su concepción, su sistemática y su contenido, siendo fundamental para la historia jurídica hispana, no sólo por su valiosa aportación, sino por la colección de fuentes que reúne.

El P. López Ortiz examinó el Derecho musulmán específicamente aplicado y desarrollado en la España musulmana, pero hay que destacar que la llegada de los

musulmanes se produjo apenas transcurrido un siglo desde la predicación de Mahoma como profeta de la doctrina que Alá le revela por intermediación del arcángel Gabriel.

La investigación del P. López Ortiz para abordar esta cuestión se centró, a nuestro juicio, en estos tres grandes aspectos en que dividimos o clasificamos la misma:

1. Los documentos notariales, las fatwas y los jurisconsultos musulmanes

Pertenecen a este grupo aquellas investigaciones que tienen por objeto, a partir del estudio de los documentos notariales y las fatwas, conocer la sociedad musulmana durante la invasión y aportar datos para el conocimiento de los jurisconsultos musulmanes.

El P. López Ortiz tenía la firme convicción, que resultó acertada, de que la única forma en que se podría conocer cómo era la sociedad musulmana durante la invasión era mediante el estudio de los documentos notariales y las fatwas.

En este grupo merecen destacarse principalmente los siguientes trabajos: *“Formularios notariales de la España musulmana”*⁴³⁸; *“Algunas capítulos del Formulario Notarial de Abensalm de Granada”*⁴³⁹; *“Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV”*⁴⁴⁰.

⁴³⁸ LÓPEZ ORTIZ, J., “Formularios notariales de la España musulmana”, en *La Ciudad de Dios* CXLV (1926), pp. 260-75.

⁴³⁹ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunas capítulos del Formulario Notarial de Abensalm de Granada, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. IV (1927), pp. 319-75. Se trata de la edición de un formulario inédito, con una excelente traducción y comentario.

⁴⁴⁰ LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV”, en *Al-Ándalus*, VI (1941), pp. 73-127.

2. Las escuelas jurídicas. La escuela malequí

En este grupo merecen destacarse los siguientes trabajos: “*La recepción de la escuela malequí en España*”, tesis doctoral leída el 4 de mayo de 1931 en la que establece la postura de los alfaquíes españoles en las contiendas de las escuelas jurídicas musulmanas y la repercusión de estas luchas en el ámbito concreto del Islam español y la conservación de la tradición de varones apostólicos en Zaragoza así como las tradiciones musulmanas; “Figuras de Jurisconsultos hispano-musulmanes” quizá se trate de una de las obras más perfectas de nuestra literatura jurídica por la que su autor debe de estar en el primer puesto de las investigaciones del Derecho musulmán del mundo entero⁴⁴¹.

3) El derecho musulmán: orgánico y procesal

En España, el estudio y análisis de las fuentes del Derecho musulmán en todas sus facetas fue realizado por el P. José López Ortiz, que fue el primer estudioso de la materia en la historiografía jurídica española del siglo XX, y que dedicó un trabajo amplio a la materia a modo de manual o tratado titulado: “*Derecho musulmán*”⁴⁴², que es una exposición de conjunto del Derecho musulmán y la más acabada monografía sobre el tema.

En su tratado sobre el Derecho musulmán, el P. López Ortiz analiza el sistema jurídico musulmán con una excelente exposición a la que acompaña una cuidada indicación bibliográfica como guía para el que pretenda ahondar en el estudio de la

⁴⁴¹ LÓPEZ ORTIZ. J., “Figuras de Jurisconsultos hispano-musulmanes”, en *Religión y Cultura* XVI (1931), pp. 95-104; y XVII (1932), pp. 186-98.

⁴⁴² LÓPEZ ORTIZ. J., *Derecho musulmán*, Barcelona 1932.

materia y del que se ha dicho que es: “una visión completa y rigurosa que abarca también las obligaciones religiosas”⁴⁴³.

También examinó la relación entre las obras jurídicas y el Derecho vivido a partir del estudio de la práctica de los Tribunales. Sobre temas de la Administración de justicia musulmana publicó: “El Tribunal de fe de los Omeyas Cordobeses”⁴⁴⁴; “La curia musulmana”⁴⁴⁵; “La jurisprudencia y el estilo de los Tribunales musulmanes en España”⁴⁴⁶; “Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV”⁴⁴⁷; y “El Derecho musulmán en la investigación alemana de la postguerra”⁴⁴⁸.

⁴⁴³ AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho musulmán*, Madrid, 2007, p. 131.

⁴⁴⁴ LÓPEZ ORTIZ, J., “El Tribunal de fe de los Omeyas Cordobeses”, en *Cruz y raya*, mayo (1933), pp. 37-59.

⁴⁴⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “La curia hispano-musulmana”, en *Religión y Cultura*, 6 (1929), pp. 66-81.

⁴⁴⁶ LÓPEZ ORTIZ, J., “La jurisprudencia y el estilo de los Tribunales musulmanes en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. IX (1932), pp. 213-48.

⁴⁴⁷ LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV”, en *Al-Ándalus*, Vol. IV (1941), pp. 73-127.

⁴⁴⁸ LÓPEZ ORTIZ, J., “El Derecho musulmán en la investigación alemana de la postguerra”, en *Religión y Cultura*, X (1930), pp. 412-24.

CAPÍTULO SEXTO. LA APORTACIÓN DEL P. LÓPEZ ORTIZ A LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Para una mejor y más clara exposición de las aportaciones del P. López Ortiz a la Historia del Derecho español, creemos necesario dividir sus diferentes trabajos e investigaciones en tres grandes grupos relativos al tratado de Derecho musulmán, parte más importante de sus investigaciones; a la literatura jurídica musulmana (formularios notariales y fatuas) y sus jurisprudencias; y por último, haremos una referencia al P. López Ortiz como fundador del arabismo jurídico español, haciendo referencia a la importancia del conjunto de su obra en este sentido, las influencias realizadas, así como una mención a la situación actual del arabismo español tras la influencia de nuestro sabio jurista agustino.

6.1.- El Tratado sobre Derecho musulmán

La aportación más importante a la Historia del Derecho español realizada por el P. López Ortiz es su monumental tratado de Derecho musulmán⁴⁴⁹. Y decimos monumental por dos razones: el contenido y la originalidad, al ser el primer tratado que se publicó en España sobre esta materia.

En la reseña que sobre el libro se publicó en el Anuario de Derecho Español sobre la misma se decía:

⁴⁴⁹ LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Barcelona 1932.

“Pocas ocasiones como ésta en que la consabida frase: “este libro ha venido a llevar un vacío” es la fiel expresión de la realidad, no un manido tópico. El trabajo del padre Ortiz, manual por el tamaño, tratado fundamental por el contenido, se diferencia profundamente de todas las obras publicadas en castellano acerca de la materia. No es traducción disfrazada de un libro extranjero. Tampoco generalización prematura y, por tanto, inexacta, de un insuficiente número de casos concretos, que requieren más amplia observación para inducir de ellos la teoría que los abarque en conjunto. Es el resultado de un maridaje que rara vez se da en el campo del derecho musulmán, expuesto por los europeos. Porque para desentrañar su sentido íntimo no basta el conocimiento profundo de la lengua en que aquel está escrito; requiérese, además, un fino sentido jurídico que guíe al estudioso por la enmarañada espesura del casuismo de los tratadistas musulmanes”⁴⁵⁰.

El tratado de Derecho musulmán del P. López Ortiz consta de un Introducción dedicada al Derecho del Islam y la estructura económica de los territorios musulmanes, seguido de cuatro partes: la primera, dedicada a las Fuentes del Derecho musulmán; la segunda, al Derecho público; la tercera, al Derecho ritual, y, la última al Derecho privado. Finaliza con un Índice Analítico y otro onomástico. A cada capítulo añade una selecta, pero suficiente y completa, bibliografía para poder profundizar en una materia que el autor conoce bien y cuyo contenido ha asimilado previamente.

⁴⁵⁰ GARCÍA DE LINARES, R., “López Ortiz, José: Derecho musulmán. Un volumen en 8º, de 239 págs”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1932, p. 479.

La crítica aplaudió dicho libro con adjetivos considerables como “*utilísimo*”, “*admirable por su clara y precisa exposición*”, “*acertadísima síntesis de la materia*”, “*lo reúne todo*”, etc.⁴⁵¹.

Sin entrar a valorar los aciertos del manual o tratado, que son muchos a nivel sintáctico y organizativo, vamos a precisar aquellas cuestiones que, a nuestro juicio, constituyen los aspectos esenciales de la obra, pues se revelan como verdaderas aportaciones al conocimiento del Derecho musulmán y, por tanto, a la Historia del Derecho español.

En este sentido, de la sistemática empleada por el P. López Ortiz, que no vamos a desbrozar, pues tratamos de valorar en qué modo el estudio del Derecho musulmán supone una aportación para la ciencia jurídica española, se pueden señalar como aspectos importantes para la Historia del Derecho español realizadas por el P. López Ortiz mediante el tratado de *Derecho musulmán* las siguientes consideraciones que hace en su obra sobre el Derecho musulmán:

- 1.- El Derecho musulmán es una ciencia jurídica.
- 2.- El Derecho musulmán como derecho religioso.
- 3.- La personalidad del Derecho musulmán en contra de la territorialidad.
- 4.- La importancia de la literatura jurídica en el Derecho musulmán.
- 5.- La interpretación del Derecho musulmán.

Dedicamos ahora nuestra atención a valorar cada una de estas afirmaciones que consideramos aportaciones a la Historia del Derecho español:

⁴⁵¹ GARCÍA DE LINARES, R., *Op. cit* p. 480.

6.1.1. El Derecho musulmán es una ciencia jurídica

Se debe al P. López Ortiz la denominación “*ciencia jurídica musulmana*” para referirse al derecho musulmán cuando afirma:

“La palabra fiq, que hoy podemos considerar como rigurosamente sinónima de ciencia jurídica, tuvo en un principio bastante mayor amplitud; venía a ser lo mismo que ilm = ciencia en general, como alfaquí = jurista, ha conseguido bastante tiempo la sinonimia con ulema = sabio semejante al uso español; letrado = jurista. La especialización de la ciencia jurídica tuvo como primer resultado restringir la primitiva amplitud de significado del fiq”⁴⁵².

De este modo, al comenzar su obra considerando el Derecho musulmán como una ciencia jurídica, comprende en su análisis, y así lo anuncia y luego verifica, no sólo la aplicación y sistematización de los resultados obtenidos de modo semejante a cómo hacemos en nuestra ciencia jurídica, sino los problemas jurídicos derivados de sus fuentes y de la interpretación y aplicación de las normas mediante la valoración de las diferentes escuelas de interpretación.

Todo esto hace del Derecho musulmán una disciplina amplia, viva, que no se circunscribe a un periodo histórico, que no termina con la caída de la histórica ciudad de Granada en manos de los Reyes Católicos, sino que se mantiene viva y que España

⁴⁵² LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Barcelona 1932, p. 31. IDEM, “La jurisprudencia y el estilo de los Tribunales musulmanes en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 9 (1932), p. 213-248.

adiciona como parte integrante de su propia evolución histórica, cuya pureza se conservó en nuestras tradiciones.

Esta consideración del Derecho musulmán como ciencia jurídica, por encima de su carácter religioso, al que nos referiremos a continuación, le permitió al P. López Ortiz distinguir y examinar el Derecho público y el Derecho Privado, y apreciar el funcionamiento del Derecho ritual.

6.1.2. Naturaleza religiosa del Derecho musulmán

Como señala el P. López Ortiz, el derecho musulmán es:

“Regulación, dimanante de la voluntad de la Divinidad, de toda la conducta del musulmán aún en esferas del todo heterogéneas a lo que hoy entendemos por jurídico, cuya transgresión es principalmente considerada como pecado, y como tal sancionada por Dios mismo con castigos ultraterrenos, aunque sin excluir una organización de carácter estatal, actuando en representación de Dios o a lo menos de su profeta, y en tal concepto facultada y obligada a mantener en su pureza el orden querido por el Supremo legislador, aplicando para ello medios coactivos apropiados”⁴⁵³.

Para el P. López Ortiz el Derecho musulmán es esencialmente un derecho de naturaleza religiosa. Por esta razón, compara el derecho canónico y el derecho musulmán:

⁴⁵³ *Ibidem*, pp. 8-9.

“Éste (derecho canónico) a su vez, aparte de conocer una clara distinción entre lo moral y lo jurídico, no se preocupa de numerosas cuestiones que la Iglesia no incluye entre sus fines, mientras en el Derecho musulmán nada es abstraído en la conducta jurídica, política, moral y litúrgica de los individuos y del Estado”⁴⁵⁴.

Lo cierto es, que por el P. López Ortiz descubrimos la naturaleza religiosa del Derecho musulmán. El Derecho musulmán es un aspecto de la vida religiosa; una proyección de la religión. Sin embargo, Mahoma no era un legislador. Las escasas reglas jurídicas que aparecen en El Corán (sobre matrimonio, sucesiones, derecho penal) están ensombrecidas por su tono profético y religioso y tuvieron que pasar dos siglos hasta que el jurista musulmán As-Safi´i sacara a la luz los fundamentos teóricos del Derecho islámico de la *Sunna* (costumbres y hábitos del profeta). Por tanto, el contenido jurídico del Corán es religioso por su propia esencia e interpretación, por lo que propiamente no existe un Derecho islámico, pues sus normas son más bien observaciones religiosas⁴⁵⁵.

Tampoco el *cadí* era un magistrado en el sentido jurisdiccional que acabó teniendo en la jurisprudencia europea procedente de la tradición romanística. Era una especie de censor, una figura de elevada solvencia moral, elegido por los emires, califas y gobernadores musulmanes entre personas que tenían un prestigio social reconocido. Era, pues, un hombre virtuoso, pero sobre todo, religioso. Su personalidad moral era tan elevada que podía llegar a enfrentarse con el emir delegado del califato con el propio

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 113-119.

califa ante abusos de la Corte. Era la esperanza del pueblo porque velaba por la justicia y si se producían arbitrariedades por parte del emir o del califa procuraba mitigarlas.

El cadí era, por tanto, una figura religiosa y de la administración de justicia, porque la religión es la estructura fundamental del islamismo. El Islam no distingue entre ley civil y ley religiosa, por ello los cadíes eran expertos conocedores del Corán y sus decisiones judiciales eran decisiones de conciencia, sujetas a criterios religiosos y el propio cadí podía dirigir ceremonias religiosas además de actuar como juez de toda clase de litigios (bienes muebles e inmuebles, matrimonios, divorcios, particiones hereditarias, etc.)⁴⁵⁶.

Cuando el P. López Ortiz ofrece, de forma sucinta, en su tratado una visión general de los caracteres generales del derecho islámico y de su aplicación en Al-Ándalus, lo que en realidad aborda es la esencia religiosa de lo jurídico, sin dejar de ocuparse de la hegemonía de la escuela malekí, la importancia del estamento de los alfaquíes, la estructura judicial andalusí, etc.

Y es que la ley musulmana tenía un sentido diferente al de los ordenamientos jurídicos europeos. Frente a la ley romana que era la ordenación de la comunidad dentro de un orden civil, la ley musulmana era una ordenación de la comunidad para la mayor perfección de la vida religiosa de los creyentes que, ante todo, eran creyentes, no ciudadanos en el sentido político y jurídico que había expuesto Cicerón en el *De legibus* y en el *De República* como fundamento de la doctrina política y jurídica romana.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 67-69.

Tampoco los gobernantes musulmanes tenían poder legislativo, sino más bien ejecutivo. No legislaban, porque no había más norma que la religiosa y sólo éstos eran susceptibles de aplicación y también de interpretación siempre que no vulnerasen la doctrina religiosa por la que velaban los juristas que provocaban la restauración de la verdadera fe revelada frente a normas, usos o interpretaciones que pudieran dictarse por los detentadores del poder político y desviarse de la ley islámica siempre buscando el estado perfecto regido por las reglas de la divinidad.

Los juristas musulmanes, dice el P. López Ortiz, no eran juristas en sentido estricto sino una especie de teólogos porque el Derecho musulmán era esencialmente teología. Y el jurista era el intérprete de la doctrina revelada, era el guardián de un derecho que no era sino de proyección de la religión⁴⁵⁷.

La conducta de los hombres con los otros hombres se medía con criterios que no guardaban relación con el sentido romano de la vida social sino con la vida religiosa. Y las relaciones del musulmán con el Estado no eran las de un ciudadano en sentido romano, sino las de un creyente respecto de una estructura religiosa.

El Derecho musulmán era, según descubre el P. López Ortiz, una parte de la vida religiosa, de manera que lo más importante que se apreciaba en la conducta de un musulmán era el cumplimiento de sus deberes religiosos pues, lo esencial, era su conducta religiosa. De hecho, en las relaciones jurídicas, si la persona en litigio era un creyente fervoroso tenía una gran ventaja y se le suponía cumplidor de sus deberes. Por esta razón, los principales delitos son para los musulmanes aquellos que atentan contra

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 77.

la religión como la apostasía, las ofensas al profeta o sus delegados como el califa, siendo castigados con la pena capital⁴⁵⁸.

A partir de estas consideraciones del P. López Ortiz, es un hecho innegable la dificultad que supone separar en el Islam los aspectos religiosos de los jurídicos, porque ambos están estrechamente vinculados, lo que así aceptan como tal los investigadores contemporáneos⁴⁵⁹.

6.1.3. El Derecho musulmán es un producto de conciencia no de ordenación social ni territorial.

Otro aspecto que destaca el P. López Ortiz y resulta trascendental para el conocimiento del Derecho musulmán es el de la personalidad de la ley musulmana. La ley musulmana, al ser una ley más religiosa que civil, tenía un carácter personal y carecía de fronteras: se dirigía a los musulmanes allí donde estos se encontrasen⁴⁶⁰.

El Derecho musulmán era, por tanto, como dice el P. López Ortiz, un aspecto de la vida religiosa de los árabes⁴⁶¹. Sus fuentes marcan esta naturaleza. Vamos a verlas en el estudio que hace el sabio agustino:

El Corán es la primera fuente del Derecho musulmán que organiza y regula todos los aspectos vitales de los creyentes. El derecho es pues, una proyección de la religión, regulado por criterios religiosos que impregnan toda la actuación de los creyentes.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 95.

⁴⁵⁹ Vid. MARTOS QUESADA, J., “Religión y derecho en el Islam: la Saria”, en *Ilu. Revista de ciencias de las religiones. Anejos*, 11 (2004), pp. 69-88.

⁴⁶⁰ LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Barcelona 1932, p. 14.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

En este sentido, el P. López Ortiz, revela cómo la ley musulmana es una ley canónica, es una ley que resulta de la interpretación de las fuentes generales y sagradas. El Corán es la primera fuente pero, en lo no comprendido en ella, los musulmanes tenían como fuente del derecho la *Sunna*, la tradición, que recogía los hechos, dichos y hasta la conducta de Mahoma. El Corán era revelación explícita y la *Sunna* revelación implícita. Y a través de la conducta de Mahoma se adivinaba una revelación divina, conducta narrada por los compañeros de Mahoma en colecciones llamadas *hadit*, narración de los hechos y dichos del profeta que se iban repitiendo y constituyendo una serie de tradiciones integradas en la *Sunna*, fuente en la que se inspiraban los juristas musulmanes para interpretar el derecho.

Al lado de estas dos fuentes del Derecho musulmán, nos habla el P. López Ortiz, del *Yma'a* que era la opinión autorizada de los intérpretes. Y también nos habla de otra fuente, el *Kyyás*, un razonamiento analógico (analogía) en los casos en que las fuentes no habían previsto exactamente el caso en examen, lo que se podía resolver mediante la analogía derivada de otros casos⁴⁶².

A partir del Corán y la *Sunna* se identificó una tercera fuente del derecho musulmán, como dice el P. López Ortiz, constituido por el acuerdo unánime de los doctores (*ulemas*), expertos en la *sharia* (ley islámica)⁴⁶³.

Ante la insuficiencia de las fuentes coránicas se fue abriendo paso la idea de la infalibilidad del acuerdo unánime de la comunidad musulmana y surgió el *idjma* que

⁴⁶² *Ibidem*, p. 20-29.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 27.

permitió dar autoridad a soluciones jurídicas que no podían encontrarse ni en El Corán ni en la *Sunna* y procede de la unanimidad de los sabios musulmanes en materia religiosa (los ulemas), cuya opinión unánime permitía elaborar reglas jurídicas a partir de la religiosidad del ordenamiento. De ahí que la juridicidad de las normas venía constituida desde antiguo sin más interpretación que las establecidas⁴⁶⁴.

Por tanto, el concepto de fuentes del derecho musulmán es algo diferente a lo que se considera como tal en nuestro derecho occidental. En el derecho musulmán no se refiere sino a los pilares, a los principios básicos en los que debe basarse cualquier normativa o hecho jurídico. Estas fuentes se agrupan en dos bloques:

1. Fuentes básicas e infalibles: el Corán y la Sunna (o relatos del profeta recopilados en los *hadith* o principios de la vida de Mahoma).

El lugar privilegiado lo ocupa El Corán, texto sagrado y jurídico por excelencia de los musulmanes, única fuente genuina en la que descansa la unidad del ordenamiento jurídico islámico que procede de la voluntad de Dios.

El Corán recoge las revelaciones hechas por *Allah* a Mahoma. Su redacción comenzó en los últimos años de la vida del profeta. Las prescripciones relativas al derecho de familia son 70 preceptos; las relativas al derecho civil, son 70; Derecho penal, 30; 13, para la jurisprudencia; 10, derecho constitucional; 25, relaciones institucionales; y, 10, sistema económico y financiero.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 28.

La *Sunna* o tradición es la recopilación de dichos y actuaciones de Mahoma según los testimonios de los primeros musulmanes que lo acompañaron relatados oralmente a sus discípulos.

2. Fuentes avaladas por los estudiosos y juristas islámicos: consenso de los doctores en ciencia religiosa o *lymá o ishma*, que es un modelo de doctrina ligado a la teología, analogía (*Qiyás*), deducción, opinión personal, preferencia, corrección, interés general, costumbre, presunción jurídica, ley de los monoteístas y opinión.

En este sentido, el ordenamiento jurídico musulmán, al ser un derecho confesional que comprende el conjunto de obligaciones religiosas reguladoras de la vida de un musulmán en todos sus aspectos, se asienta en el concepto de *sharia* o ley religiosa. En la tarea intelectual del Islam o *usual al fiqh* (las raíces del conocimiento del derecho islámico) establece los principios que conducen al conocimiento de la *sharia*.

El Corán junto a la *sharia* (que significa recitación), redactado en prosa rimada consta de un total de 6.200 de los que una décima parte aproximadamente tienen contenido jurídico.

6.1.4. La importancia de la literatura jurídica en el derecho musulmán

Se debe al P. López Ortiz la clasificación, seguida por los historiadores del Derecho, y especialmente por los arabistas, de la literatura jurídica musulmana en dos grandes grupos⁴⁶⁵:

⁴⁶⁵ *Ibidem*, pp. 36-42.

1. Las obras de creación y metodología jurídica; y

2. Las obras jurídicas de aplicación práctica del derecho.

En el primer grupo están comprendidos los tratados y colecciones de *hadit* y los libros sobre las fuentes del Derecho.

En el segundo grupo se contienen los tratados y compendios de aplicación, las respuestas jurídicas dadas a problemas concretos, los tratados y actos notariales y los tratados o normas de mercado.

En la colección de respuestas jurídicas se encuentran las sentencias judiciales, las respuestas de muftíes, los libros de cuestiones jurídicas con respuestas y los compendios de casos prácticos de Derecho musulmán.

6.1.5. La interpretación del Derecho musulmán

La Justicia era la labor esencial del gobierno justificando la autoridad y las virtudes del buen ciudadano y tenía como función la implantación de la ley divina. La *lyma'* alcanzó tal importancia que florecieron las escuelas teológico-jurídicas. Estas tomaban su nombre del imán que origina cada una de ellas.

6.1.5.1. Las escuelas jurídicas de interpretación

Señala el P. López Ortiz, cómo hacia el siglo IX se reconocen cuatro maneras de interpretación y creación del derecho que dan lugar a las cuatro escuelas jurídicas: la escuela malikí, hanifí, safí y hanbalí⁴⁶⁶.

Estas cuatro escuelas tienen sus propios tratados jurídicos pero una diferente forma, no sólo de resolver problemas idénticos, sino de aplicar las fuentes jurídicas. Son cuatro grandes escuelas, más jurídicas que teológicas, que pugnan por mantener la interpretación de la tradición y por tanto del derecho.

Las escuelas del derecho musulmán oficiales (siglos VIII-IX) fueron⁴⁶⁷:

1. Escuela hanifí

Fue fundada por Abn Hanifa, partidario del *qiyás* (analogía) como fuente del derecho.

Es la escuela más liberal. Se caracterizó por una interpretación amplia acudiendo a la analogía.

Se registró en Irak, Irán, Jurasán y Tran Soriana. Actualmente la mitad de los musulmanes del mundo siguen el derecho hanifí.

⁴⁶⁶ LÓPEZ ORTIZ, J., “La recepción de la escuela malequí en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid 1932, pp. 33-37.

⁴⁶⁷ J. MARTOS QUESADA, *Islam y derecho: las escuelas jurídicas en Al-Ándalus*, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 731 (2008), pp. 439-440.

2. Escuela malikí

Fue fundada por Malek-ibn Anas. Recoge la *Sunna* de Medina. Bajo su influencia se escribió la compilación más antigua de Derecho musulmán, la *Muwatta*.

La *Muwatta* recoge la doctrina jurídica del medinés Malik Ibn Annas, fundador de la segunda escuela ortodoxa cuya influencia es masiva en territorio peninsular a partir del siglo IX, convirtiéndose así en la doctrina oficial de Al-Ándalus, llegando a considerarse “*la espina dorsal de la identidad de Al-Ándalus*”⁴⁶⁸.

Esta escuela defiende una interpretación más libre que la anterior y fue la que siguieron los juristas musulmanes hispánicos. Señala, pues, el Corán y la *sunna* como fuentes principales, pero admite el *qiyás*.

Se extiende por el Magreb y fue la doctrina oficial de Al-Ándalus.

3. Escuela safí

Fue fundada por Abú Abd All´ah Muhammad-ibn-Idris-es-Xafei. Desarrolló su actividad en Bagdad.

La escuela safeita o salafita se caracterizó por haber dado a las fuentes un carácter más sistemático, organizando el derecho de modo más racional. Está ligada al uso del *hadit* y la *sunna* como bases del derecho, oponiéndose al *qiyas*.

⁴⁶⁸ LÓPEZ ORTIZ, J., *Op. cit.*, p. 13.

Se extiende en los países de la Península arábiga y del África Oriental, así como Indonesia, Egipto, el Dagestán y algunas regiones de Asia Central.

4. Escuela hanbalí

Fue creada por Ahmed-ibn-Muhammad-Hambal.

La escuela hanbalita o hannabita restringió los criterios interpretativos de la tradición. Es contraria a cualquier innovación y apoya el *hadit* como fuente jurídica.

Se extiende por algunas regiones de Arabia Central, Omán y por el Golfo Árabe.

Las diferentes escuelas teológico jurídicas dieron lugar a un derecho musulmán (*fiqh*) que, en su elaboración práctica, fue recogido en un corpus con dos disciplinas: *usul al fiqh* y *furu`al fiqh*.

El primero, *usul al fiqh*, se refería a asuntos de metodología doctrinal, fuentes y estudios tales como el Corán, *Sunna* e *Iyma`*.

El segundo, *furu`al fiqh*, consistía en estudios de aplicación práctica del derecho con casuística, sentencias (*ahkam*), formularios notariales (*surut*) y tratados de derecho comparado.

De este modo, apunta el P. López Ortiz, el Derecho musulmán de Al-Ándalus logró un enorme desarrollo debido a la acción doctrinal propia de las escuelas y de la propia jurisprudencia hasta el siglo XIII, en que cualquier posibilidad creadora de la doctrina quedó cerrada con la actividad creativa del doctrinante musulmán⁴⁶⁹.

En este sentido, distinguió entre: *Muytahid (muftí)* quien podía recurrir a las fuentes (falibles e infalibles) ante los vacíos jurídicos; y *Muqallid (alfaquí)* quien imita lo ya establecido por la doctrina de su escuela en los vacíos del Derecho musulmán (*fiqh*).

6.1.5.2. La importancia de la escuela malequí

Señala el P. López Ortiz que la normativa aplicada en Al-Ándalus se basaba en la doctrina legal expuesta por Malik y glosada y/o ampliada por sus discípulos directos (como Ibn al-Qasim) o indirectos (como Yahyà b. Yahyà o Sahnun)⁴⁷⁰.

Por tanto, la afirmación del P. López Ortiz es que en la España musulmana predominó la escuela malekita fundada por Malik Ibn Anas de la escuela de Medina y preconizada por el emir Hisham I, que ordenó a los jueces musulmanes seguir las reglas malekitas cuando eran insuficientes las costumbres locales basadas en El Corán y la *Sunna*.

⁴⁶⁹ VIGUERA FRANCO, E., "Derecho musulmán de la escuela malequita de Occidente", en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, VIII (1944), pp. 5-16.

⁴⁷⁰ LÓPEZ ORTIZ, J., *Op. cit.*, p. 13. Un resumen muy útil y más moderno de cómo surgió el Derecho musulmán y como se aplicó en la Península Ibérica puede verse en CALERO SECALL, M. I., "El derecho islámico y su aplicación en Al-Ándalus", en *El saber en Al-Ándalus: Textos y estudios*, I, vol. 3 (2001), pp. 31-44.

Se exigía que la solución se basara en el Corán por lo que la escuela malekita era conservadora, con lo que eliminaba la costumbre, si bien llegó a Al-Ándalus modificada en la escuela de Cairuán (Norte de África) donde algunos juristas norteafricanos tuvieron la oportunidad de recoger casos prácticos con sus soluciones de forma sistemática.

Dice el P. López Ortiz que, debido a la sencillez de su doctrina, su exposición clara y a la pretensión omeya de diferenciarse de los *abasíes* (o *abatidas*), que gobernaban en Bagdad se impuso definitivamente en España durante todo el período de la ocupación musulmana⁴⁷¹.

El problema es que la doctrina maliki no es un bloque sin fisuras, sino un corpus disperso, en muchas ocasiones contradictorio, y sin un absoluto consenso en cuanto a la fiabilidad de su transmisión originaria y, por tanto, la recepción de ese corpus dio lugar a debates, confrontaciones y normas contrapuestas a lo largo de toda la historia andalusí, cuyos resultados, expuestos por el P. López Ortiz, constituyen las peculiaridades de la legalidad andalusí⁴⁷².

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁷² Puede verse sobre la recepción del malikismo como ampliación al trabajo pionero del P. López Ortiz el estudio de CARMONA, A., “Las diferencias entre la jurisprudencia andalusí y el resto de la escuela de Malik: el texto atribuido a Abu Ishad al Garantí”, en *Al-Qantara*, 19, 1 (1998), pp. 67-102.

6.2. La literatura jurídica musulmana y sus jurisconsultos

La segunda gran aportación del P. López Ortiz a la Historia del Derecho español fue la relativa al estudio de la literatura jurídica y sus jurisconsultos, llegando a realizar traducciones de importantes manuscritos árabes y poniendo de relieve la figura de importantes y destacados jurisconsultos en la ciencia jurídica musulmana. Para ello el P. López Ortiz llevó a cabo el estudio de formularios notariales musulmanes y las fatwás granadinas.

El estudio de estos documentos le permitió al P. López Ortiz aportar a nuestra Ciencia jurídica española dos aspectos de relevante interés:

a. Documentos que se encontraban olvidados o desaparecidos, de vital trascendencia para el conocimiento de la sociedad andalusí del momento en su aspecto jurídico; y,

b. En segundo lugar, sacar a la luz para el futuro de la Historia del Derecho español el nombre de destacados jurisconsultos musulmanes por la importancia de su labor profesional y sus obras.

Comenzamos con las obras jurídicas musulmanas y luego nos referiremos a los jurisconsultos árabes

6.2.1. Los formularios notariales musulmanes

La escasez de documentos, unida a los problemas derivados de las fuentes árabes, y el conocimiento del idioma, han sido siempre un obstáculo para el estudio de la sociedad andalusí en sus diferentes aspectos y, particularmente, en el jurídico⁴⁷³.

Dice el P. López Ortiz:

“Estamos acostumbrados a considerar un derecho como necesariamente circunscrito a límites territoriales, coincidentes con los de un Estado, cuyos órganos legislativos lo producen y cuyos medios coactivos actúan para darle total efectividad. El derecho musulmán, fraccionada la unidad política del Imperio de los sucesores de Mahoma, conserva todo su vigor en los Estados que de él nacen; no tiene en ellos por otra parte órgano ninguno con función legislativa que lo puede producir; si tal órgano ha existido, como en algún sentido ocurrió en el Imperio turco, o si algún soberano se ha permitido publicar disposiciones con la pretensión de obligar permanentemente a sus súbditos, la conciencia musulmana, consecuente siempre, se ha rebelado contra semejante proceder”⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Acerca de la extrema precariedad de la documentación obrante sobre la sociedad andalusí puede verse el resumen que hace P. CHALMETA, “De historia hispano-musulmana: reflexiones y perspectivas”, en *Estudios de Historia Económica, II, Revista de la Universidad de Madrid*, XX, 79 (1971), pp. 129-160. En concreto, pueden verse las pp. 141-144. No obstante, debe señalarse que, a partir del siglo XII, comenzó a existir una documentación recopilada en diferentes textos, de entre los cuales, sin pretensión de exhaustividad, señalaré por su rigor científico los trabajos siguientes: GARCÍA DE LINARES, R., “Escrituras árabes pertenecientes al archivo de Nuestra Señora del Pilar de Zaragoza”, en *Homenaje a F. Codera*, Zaragoza 1904; GONZÁLEZ PALENCIA, A., *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, 4 vols., Madrid 1926-1930; SECO DE LUCENA, L., “Documentación arábigos-granadinos”, en *Instituto de Estudios Islámicos*, Madrid 1961; BOSCH VILA, J., “Los documentos árabes del Archivo Central de Huesca”, en *Revista del Instituto de Estudios islámicos*, V (1957), pp. 1-48; MOLINA LÓPEZ, E., “Un nuevo fondo de documentos árabes granadinos”, *Archivo de la catedral de Granada*, en *Orientalia Lovaniensia Analecta*, LII (1993), pp. 275-292); AGUIRRE SÁDABA, F. J., “Granada y los estudios de derecho islámico”, en *Revista del Centro de Estudios históricos de Granada y su reino*, 13-14 (1999-2000), pp. 11-43.

⁴⁷⁴ LÓPEZ ORTIZ, J., *Derecho musulmán*, Barcelona 1932, p. 7.

No fue este el caso del P. López Ortiz, profundo conocedor del Derecho musulmán y de la lengua árabe, que manejaba a la perfección así como ocho dialectos de la misma. Consciente de dichas dificultades, a fin de paliar la insuficiencia documental, el P. López Ortiz realizó la que sería una valiosa y excelente aportación a la Historia del Derecho español mediante la llamada de atención acerca del aprovechamiento que pueden proporcionar los textos de carácter jurídico que aplicaban fuera del proceso el Derecho musulmán. Es este el caso de los tratados o formularios notariales cuya utilidad de este tipo de fuente jurídica fue puesta de manifiesto por el sabio agustino⁴⁷⁵.

Dice el P. López Ortiz:

“Cualquiera que haya manejado un poco los Diccionarios biográficos de la España musulmana, juzgará inútil que nos esforcemos en demostrar la enorme difusión de los tratados de derecho notarial en nuestra época y territorios musulmanes: en estos mismos Diccionarios, sin acudir a otras fuentes, vemos también la institución notarial perfectamente definida y encontramos incluso datos para precisar cual pudo ser lo que podríamos denominar la demarcación notarial en los diversos periodos”⁴⁷⁶.

Es por esto que el P. López Ortiz, tras señalar la importancia que dichos documentos tenían para el Derecho musulmán, pues eran textos que hacían fe en

⁴⁷⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “Formularios notariales de la España musulmana”, en *La Ciudad de Dios*, CXLV (1926), pp. 260-272.

⁴⁷⁶ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalium de Granada”, en *Anuario de Historia del derecho Español*, 4 (1927), p. 319.

juicio⁴⁷⁷, lo que los convertía en documentos imprescindibles destinados no sólo a los notarios, sino también a los propios jueces por los diferentes sentidos de una cláusula y las hipótesis de trabajo que se ofrecían, se pregunta: ¿Qué valor hemos de conceder al formulario?, ¿El formulario debe ser considerado como representante del Derecho científico o del vivido?, ¿Existió en el Islam esta diferencia u oposición entre ambas modalidades?⁴⁷⁸. Responde a estas interesantes cuestiones, diciendo:

“El formulario, tal como se nos presenta, parece tener más de obra de jurisconsulto que de repercusión del obrar jurídico del pueblo en la doctrina. Pero ¿no podríamos admitir que fue el instrumento más poderoso de aclimatación de la doctrina en la práctica de la vida?”⁴⁷⁹.

El P. López Ortiz descubre, ciertamente, que hay instituciones musulmanas que deben precisamente su existencia legal y su amplio desarrollo a la presión de la vida jurídica en la doctrina, y es esto lo que le lleva a considerar los formularios notariales musulmanes como obra científica y a estudiarlos para conocer cómo era la sociedad andalusí.

En este sentido, la importancia histórica y jurídica de estos formularios notariales obedece a que los textos conservados representan un excelente legado de literatura jurídica que, además de constituir un gran caudal de información para el estudio del derecho musulmán, permiten conocer otros aspectos de la sociedad andalusí en sus diferentes facetas y en las distintas etapas de su evolución histórica.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 323.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 325.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, pp. 325-326.

En los tratados para uso del notario se contienen formulas y modelos para la redacción, jurídica y gramaticalmente correcta, de los actos, escrituras, contratos y certificados posibles en todas las situaciones de la vida cotidiana. Incluyen además la documentación jurídica que avala y justifica el empleo de las normas para la elaboración de tales documentos.

Este tipo de formularios llamó la atención del P. López Ortiz hasta el punto de que fue el primero en destacar la importancia de estas obras jurídicas. Asimismo, realizó el estudio y la traducción de algunos fragmentos del libro de Ibn Salmum relativos a los contratos matrimoniales⁴⁸⁰; e incorporó la versión árabe y la traducción de un texto acerca de las cuestiones en las que los andalusíes se separan de la escuela de Malik tomado del manuscrito 1077 de El Escorial que contiene una copia de los formularios notariales de Al-Garnati.

Ya se refería Salvador Vila a la importancia de estos textos notariales cuando afirmaba:

“El extraordinario interés que para el conocimiento del derecho musulmán tienen los formularios notariales”⁴⁸¹.

También J. Martos Quesada señala:

⁴⁸⁰ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmum de Granada”, en *Anuario de Historia del derecho Español*, 4 (1927), pp. 319-375.

⁴⁸¹ VILA, S., “Un contrato de matrimonio entre musulmanes en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del derecho español* 10 (1933), p 186-196.

“En cuanto a los formularios notariales...estos formularios ponen ante nuestros ojos todo el movimiento de la vida jurídica de un pueblo, ya que no se limitan a ser simples colecciones de escrituras notariales, sino que en ellos, cada comentario va acompañado de un corolario técnico que intenta relacionar la teoría y la realidad”⁴⁸².

Con dichos trabajos, el P. López Ortiz acerca al lector al conocimiento de la sociedad andalusí, pues son de vital importancia para el conocimiento de cuestiones sociales y económicas de la etapa musulmana.

Y, ¿cómo era la sociedad andalusí? La sociedad visigoda había sido heterogénea en su formación y composición, integrada por hispanos, romanos, godos y judíos, a diferencia de la sociedad andalusí integrada por musulmanes. La conquista y ocupación árabe de Hispania supuso la creación de una nueva entidad política, Al Andalus, cuya historia *“se formó mediante aluviones cronológicos de lento o acelerado depósito, según las diversas fases de su transcurso”⁴⁸³.*

Como consecuencia de la conquista musulmana, el P. López Ortiz hace notar cómo Hispania sufrió un rápido y radical cambio de identidad impuesto por los vencedores, si bien se produjo durante un largo periodo de tiempo, durante el cual las diferentes generaciones necesitaron adaptarse al orden establecido y formar parte de él junto a los musulmanes que se anclaron todos en el mismo suelo. Este conjunto humano, plural y

⁴⁸² MARTOS QUESADA, J., “Introducción al mundo jurídico de la España musulmana”, Madrid 1999, p. 83.

⁴⁸³ CHALMETA, P., *Invasión e islamización. La sumisión de Hispania y la formación de Al-Ándalus*, Madrid 1994, p. 19.

heterogéneo, se agrupó en un solo poder político bajo la cobertura oficial del Islam, la lengua árabe, y el derecho islámico como factor jurídico⁴⁸⁴.

Evidentemente, los ocho siglos de presencia musulmana en España no pasaron sin huella alguna. España tuvo importantes cambios en la economía, el comercio, la minería, la industria e, incluso, en los aspectos religiosos⁴⁸⁵.

6.2.2. Las fatwás (fatuas o fetuas)

Otra gran aportación del P. López Ortiz fue el estudio de la fatwá. Aunque se centró en la fatwá granadina destacó el modo en que esta literatura jurídica se formó.

La recopilación de fatwás que hace el P. López Ortiz refleja el desarrollo de la jurisprudencia y las soluciones del Islam a los problemas nuevos que la vida cotidiana va planteando a lo largo de su historia.

Fatwá (fatua o fetua) es la respuesta del *mufití* a una pregunta formulada individualmente o en grupo, sin referencia a personas concretas en las que el jurisconsulto da una explicación sobre las prescripciones de la ley aplicable a un caso concreto según la escuela jurídica a la que pertenece.

⁴⁸⁴ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmum de Granada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 4 (1927), p. 343.

⁴⁸⁵ De hecho, después de 1492, se produjeron conversiones masivas al Cristianismo de los musulmanes que permanecían en España, englobados en la categoría, de entonación peyorativa, de moriscos, cuya conversión al Cristianismo fue oportunista y que, en no pocas ocasiones se rebelaron contra sus dominadores. Así los Reyes Católicos sofocaron en 1500 una rebelión de moriscos en las Alpujarras, Carlos I en 1521 en Valencia, Felipe II en 1579, hasta que Felipe III entre 1609 y 1614 expulsó definitivamente a los moriscos del reino de España.

El *muftí* era el jurisconsulto especialista en el *fiqh* y su aplicación responsable de interpretar la ley y emitir respuestas doctrinales sobre cuestiones pertenecientes al Derecho musulmán y sobre las cuales es consultado por un particular, una institución o un *cadí*.

El *muftí* representa la función de consulta en el ejercicio de la justicia y forma parte del consejo del *cadí*, pero no está vinculado sólo a los tribunales, sino que está a disposición de cualquier musulmán que tenga una duda de conciencia o un conflicto judicial, interpretando la ley al caso concreto.

Su origen o fundamento o razón de ser se encuentra en El Corán⁴⁸⁶ y fue puesto en práctica por los primeros califas llegando a incorporarse sucesivamente a la administración judicial hasta el punto que llegó a ser imprescindible en el tribunal del *cadí*, por aplicación de la escuela maliki, pues tras el siglo I de la Hégira, con la expansión del Islam era necesaria la presencia de personas cualificadas conocedoras de la religión y el derecho para resolver las dudas sobre cualquier aspecto de la vida cotidiana de los creyentes así como de los *cadíes*.

Aunque se ha dicho que el *muftí* es una función de carácter religioso⁴⁸⁷, su naturaleza es estrictamente jurídica pues está relacionada con la enseñanza del derecho. Es más, el *muftí* debe responder conforme a la escuela jurídica a la que pertenece y buscar las soluciones ya ofrecidas por los sabios de la escuela jurídica aplicando los principios del fundador.

⁴⁸⁶ Vid *Corán*, III, 153: "...consúltalos sobre el asunto"; XLII, 36: "...entre ellos deliberan en asuntos".

⁴⁸⁷ NUNE, E., "Il parere giuridico ("fatua") del *muftí* nel diritto musulmana", en *Oriente Moderno*, XXIV (1944), p. 29.

La fatwá se asemeja a la sentencia en que ambas son respuestas a casos prácticos concretos, pero se diferencian en que la sentencia la emite el *cadí* y es la solución a un juicio cuyo resultado es ejecutivo, mientras que la fatwá es una respuesta consultiva para un particular, una institución o el mismo juez, aunque en la mayoría de las ocasiones el juez aplique la solución dada al caso.

Otra diferencia es que las sentencias se refieren a casos reales, mientras que las fatuas, aunque son casos concretos, no son necesariamente reales, sino casos propiamente teóricos⁴⁸⁸.

El P. López Ortiz observó que en el Derecho musulmán no es posible a un individuo cualquiera sacar la aplicación de la ley a un caso concreto. Es preciso acudir a un jurisconsulto, un *muftí*, que da una sentencia legal llamada fatwá (fatua o fetua, en castellano) en donde expresa su opinión sobre el caso⁴⁸⁹.

La fatua era, pues, la forma de orientar la opinión de los musulmanes sobre lo lícito, siendo la suma de todas estas respuestas orientadoras de la posición de la comunidad

⁴⁸⁸ En el derecho musulmán se clasificaban las sentencias emitidas por estas autoridades según la sabiduría empleada en ellas: 1.- Sentencia del juez probo (‘adl) y sabio (‘alim). Estas no tenían posibilidad de revisión alguna por otro cadí; 2.- Sentencia del juez probo pero ignorante (yahil) y muqallid. Podían ser revisadas por el juez que le sucediera; 3.- Sentencia del juez injusto y arbitrario (al-hakim al-ya’ir al musta’asisf) que podían ser anuladas por el juez que le suceda. De modo que se estableció un principio de oportunidad de recurrir una sentencia anterior, demostrando ante el nuevo Cadí la ignorancia, la injusticia y la arbitrariedad de la decisión judicial anterior. Sin embargo, el cadí estaba limitado por las fuentes del derecho consistentes en los textos religiosos, aunque dada la importancia social de la función judicial, los jueces en sus sentencias aplicaron el criterio de utilidad pública (istis lah) De esta manera la administración de justicia y el Derecho musulmán se convirtieron en un sistema funcional de resolución de conflictos logrando el cometido del derecho y cerrando la permeabilidad a las instituciones jurídicas heredadas de los visigodos, dejando claro que éstas no regían para los creyentes. De modo que el sistema judicial musulmán no era un tribunal colegiado sino un juez (cadí) con un consejo (surá) integrado por asesores (muftí) que lo aconsejaban.

⁴⁸⁹ LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwás granadinas”, en *Al-Ándalus*, VI (1941), pp. 63-127.

frente a la evolución de la vida. La fatua es, por tanto, la explicación que un jurisconsulto autorizado (*muftí*) hace del sentido de la ley a un caso concreto.

La forma de la fatua es la de una pregunta breve, seguida de una respuesta fundamentada que puede llegar a convertirse en una monografía. Tanto la pregunta como la respuesta (fatua) pueden ser orales, pero se generalizó la forma escrita.

El muftí no puede en su respuesta aludir a nombres de partes interesadas ni fiarse de su juicio personal, sino que debe apoyarse en precedentes determinados y ajustarse a los principios de su propia escuela jurídica.

Aunque en el reino Nazarí de Granada, anota el P. López Ortiz, a mediados del siglo XIV y comienzos del XV, apareció un importante grupo de destacados muftíes que hicieron relevante la función de la fatwá, lo que incrementó su importancia e influencia en la sociedad⁴⁹⁰, sin embargo, paulatinamente se fueron alejando de las fuentes jurídicas, lo que unido al bajo nivel científico y jurídico de los muftíes provocó la degeneración de la fatwá por su baja calidad, llegando al desprestigio de la función, como anota López Ortiz⁴⁹¹.

La interpretación jurídica que se realizó a través de las fatuas de esta época fue creativa y original, señalando López Ortiz:

“Aparecen criterios, o no utilizados antes, o forzados a un extremo que hubieran rechazado las generaciones anteriores: istisláh, cotización de la utilidad pública en

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 76.

*mayor medida que el istihsán y, sobre todo, la aceptación de la necesidad que se impone como una fuerza mayor y ante la cual la ley tiene que ceder*⁴⁹².

El problema esencial del sistema legal granadino se produjo porque el muftí podía ser consultado sobre cualquier materia, incluso las de exclusiva jurisdicción del cadí, lo que provocó una confusión entre las jurisdicciones del cadí y del muftí.

El P. López Ortiz destacó que la fatua es un documento meramente consultivo, sin otro valor legal que el de la autoridad moral de quien la emite. No establece ninguna obligación legal alguna ni sale del terreno de la mera especulación, ni tiene carácter legislativo, pero puede servir de fundamento al cadí para dictar sentencia según los propios razonamientos de la respuesta. En la fatua entran elementos de conciencia, de enseñanza concreta del modo de aplicar preceptos legales y de calificación de la moralidad y ortodoxia de una conducta⁴⁹³.

La fatua se emite a favor de particulares, del cadí, e incluso del soberano que la solicita. Tampoco está sujeta a límites territoriales, pero sí personales, porque sólo es válida para los que siguen la misma escuela jurídica del muftí que emitió la respuesta.

El P. López Ortiz puso de relieve en su trabajo sobre las fatwás granadinas la enorme importancia y utilidad de las obras jurídicas de dichos documentos para cualquier historiador del derecho e investigador del Derecho musulmán. Y en concreto un género de este tipo de fuentes como son las fatwas por la enorme información y

⁴⁹² *Ibidem*, p. 88.

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 76-77.

datos no sólo de tipo jurídico, sino también económico y sociológico, que aportan al conocimiento del Derecho musulmán.

En su trabajo, el P. López Ortiz presentó una visión particular de dicha institución que completa con una aportación original a partir de los materiales contenidos en una recopilación de fatwás granadinas. Su obra permite, por tanto, un primer acercamiento al estudio de la institución, desconocida entonces, y apuntar materiales para las futuras investigaciones a partir de la casuística⁴⁹⁴.

La fatwá supera las “*responsa prudentium*” romanas y entra en la moralidad y valoración religiosa de un acto, sirve de enseñanza y de adaptación de la teoría del derecho a la práctica⁴⁹⁵, aunque dice el P. López Ortiz que la fatwá acabó degenerando y convirtiéndose en un argumento de los litigantes ante el juez para justificar sus pretensiones⁴⁹⁶.

Por la carencia de Poder legislativo en el Islam, la fatwá desempeñó un papel fundamental en la elaboración de las leyes, en la evolución y elaboración del *fiqh*, y por eso se adapta a la realidad cambiante de la vida. Con acierto señaló el P. López Ortiz, cómo la fatwá es uno de los instrumentos de incorporación de los usos, locales o no, a las obras de jurisprudencia, por lo que la posibilidad de su utilización como documento histórico es relevante⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Un estudio interesante a partir de esta afirmación fue la tesis doctoral VIDAL CASTRO, F., “*Economía y sociedad en Al-Ándalus y el Magreb a través de una fuente jurídica: el Mi’yar de al-Wansarisi (m. 914/1508), Estudio especial del agua*” (Ed en microfichas. Granada, Universidad, (1992) dirigida por el profesor Emilio Molina López.

⁴⁹⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwás granadinas”, en *Al-Ándalus*, VI (1941), p. 73.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁹⁷ LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwas granadinas”, en *Al-Ándalus*, VI (1941), pp. 80-81. Ya en un trabajo anterior tras señalar el valor de las referencias a los usos locales o territoriales y a otras manifestaciones de la práctica del *fiqh* reflejadas en las fatwas, se preguntaba López Ortiz sobre la posible

Las fatuas granadinas que el P. López Ortiz presenta dan cuenta de situaciones, pero también de hechos de naturaleza jurídica en los que se destaca la inamovilidad del *fiqh* que había comenzado ya en el siglo IV, cuando se impuso la concepción de evitar las tendencias innovadoras. Ésta es la principal aseveración que hace el P. López Ortiz⁴⁹⁸. Y en esta inmovilidad estaba encerrado el malikismo del siglo XV.

Finalmente, conviene destacar que del estudio minucioso que hace el P. López Ortiz de las fatuas granadinas, se pueden extraer una serie de observaciones:

1. La mayoría de ellas no surgen en el transcurso de un juicio o un procedimiento judicial, sino por iniciativa de particulares necesitados de una respuesta legal para solucionar sus problemas particulares, lo que demuestra el uso social de la fatwá y su distinción de las cuestiones académicas derivadas de una disputa legal.

2. La mayoría de las fatuas granadinas que estudió el P. López Ortiz proceden del ámbito rural y se refieren a cuestiones como la necesidad de contratar un imán, o reutilizar los materiales de las mezquitas arruinadas o de despoblados.

3. Son escasas las menciones que se hacen a las fuentes y a las personalidades de la escuela malikí y, en las que se alude a la doctrina de esta escuela, apenas se argumenta de modo detallado el dictamen dado.

consideración de las fatuas como fuente jurídica. Vid LÓPEZ ORTIZ, J., "La fatwá y el estilo de los tribunales musulmanes de España, en *Anuario de Historia del Derecho español*, IX (1932), pp. 215-216.

⁴⁹⁸ LÓPEZ ORTIZ, J., "Fatwás granadinas de los siglos XIV y XV", en *Al-Ándalus*, VI (1941), pp. 73-127.

6.2.3. Los jurisconsultos musulmanes

Otra gran aportación a la Historia del Derecho español realizada por el P. López Ortiz fue la de rescatar del olvido las figuras de destacados juristas de la curia musulmana⁴⁹⁹: Abenmsalmún de Granada⁵⁰⁰; Yahya ben Yahya⁵⁰¹; Abenhabid⁵⁰²; y Ibn Alqama⁵⁰³. Especialmente, deben destacarse, por exhaustividad de nuestra tesis: Ibn Salmum e Ibn-al-Attar.

6.2.3.1. Ibn Salmum

Ibn Salmum compuso el tratado notarial más importante para el mundo del arabismo jurídico titulado: *Kiráb al— 'fqd al-mIma; gam li—l-hukkámfi-má yafríbayna aydi—him min al— 'uqid wa-l—ahkám'*, cuya traducción es: *Libro del collar destinado al uso de los jueces y contiene las materias más frecuentes que suelen presentarseles, tanto en la redacción de documentos como en las resoluciones judiciales*⁵⁰⁴.

El P. López Ortiz no sólo rescató este manuscrito del olvido, lo trajo a la luz pública por su enorme interés para el Derecho musulmán, pues el formulario notarial de

⁴⁹⁹ LÓPEZ ORTIZ, J., *Los jurisconsultos musulmanes*. Tirada aparte de *Religión y Cultura*, El Escorial 1930.

⁵⁰⁰ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmún de Granada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 4 (1927), pp. 319-375

⁵⁰¹ LÓPEZ ORTIZ, J., “Figuras de jurisconsultos hispano-musulmanes: Yahya ben Yahya”, en *Religión y Cultura*, 16 (1931), pp. 94-105.

⁵⁰² LÓPEZ ORTIZ, J., “Figuras de jurisconsultos hispano-musulmanes: Abenhabid”, en *Religión y Cultura*, 17 (1932), pp. 186-198.

⁵⁰³ LÓPEZ ORTIZ, J., “La filosofía de la historia de Ibn Alqama, cronista musulmán del Mío Cid”, en *Mío Cid* 1934.

⁵⁰⁴ Dicho manuscrito se encuentra la Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial con los números 1091-1092, escrito en papel con 25 líneas por página y letra magrebí con epígrafes en letra más gruesa y tinta roja y numerosas anotaciones marginales pertenecientes a distintas manos. El manuscrito número 1092 tiene 118 hojas numeradas del 1 al 118; en cambio, el manuscrito número 1091 tiene 119 hojas cuya numeración comienza por el 118 y termina en 237. Vid. CASIRI, M., *Bibliotheca Arabico-Hispana Escorialensis*, t. I, Madrid 1760, pp. 459-460.

Ibn Salmun abarca diferentes temas jurídicos relativos a las distintas especialidades del Derecho musulmán, como el Derecho matrimonial, sino que tradujo algunos capítulos del formulario referidos al Derecho de familia, de los que resultan de manifiesto temas de relevante interés jurídico como los relativos al matrimonio musulmán, entre los que destaca la relación entre los cónyuges, la de padre e hijos, el repudio en sus diversas modalidades, las diferentes clases de tutores, los variados tipos de personas a las que son entregadas las mujeres en matrimonio, la dote y otros regalos ofrecidos a la desposada. También las estipulaciones, derechos y deberes de los cónyuges y otras cuestiones de menor importancia⁵⁰⁵.

El citado tratado notarial de Ibn Salmun es, gracias al P. López Ortiz, uno de los más importantes que ha llegado a nuestros días de la extensa serie de tratados jurídicos andalusíes que se integran en una de las ramas más importantes de la ciencia jurídica musulmana: el notariado.

El valor de esta aportación se debe no sólo a su exhumación y conocimiento para la ciencia jurídica española, sino a la traducción realizada por el sabio agustino de los términos y conceptos jurídicos que contiene, de no fácil acceso a los historiadores del Derecho español.

⁵⁰⁵ LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmún de Granada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 4 (1927), p. 331.

6.2.3.2. Ibn-al-Attar

Considerado uno de los más importantes en su género dentro de la literatura jurídica andalusí, el P. López Ortiz recuperó también para la Historia del Derecho español esta figura de vital importancia en el Derecho musulmán, por haber sido uno de los grandes jurisconsultos andalusíes cuya obra ocupa ya, gracias al P. López Ortiz, un lugar privilegiado en la historia del pensamiento jurídico español y de la función y práctica notarial de la España medieval⁵⁰⁶.

Ibn-al-Attar, poeta, lingüista, experto en la *Salat* (oración), conocedor del Corán, experto en el *fiqh*. Nació en la capital del Califato en 941-942. Era un hombre polifacético, culto, “*maestro de las ciencias del Islam*”, y perfecto conocedor del Corán⁵⁰⁷. Vivió en la época del califato de Córdoba. Y destacó por su faceta de jurista (*faqih o alfaqui*) y de notario (*muwattiq*) así como por su condición de miembro destacado de la *Surá*.

Fue uno de los grandes jurisconsultos andalusíes y su obra seguirá siendo estudiada y consultada por los juristas y sus opiniones serán recopiladas como parte de la jurisprudencia islámica andalusí perviviendo hasta el fin de la presencia musulmana en la Península ibérica⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ CHALMETA, P. Y CORRIENTE, F., *Formulario notarial hispano-árabe*, Madrid 1983, p. IX; CASTEJÓN CALDERÓN, R., *Los juristas hispano-musulmanes (desde la conquista hasta la caída del califato de Córdoba-años 711 a 1031 d Xto)*, Madrid 1948, p. 140.

⁵⁰⁷ MARTOS QUESADA, J., “El Corán como fuente del Derecho en el Islam, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, XI (2004), pp. 327-338.

⁵⁰⁸ CASTEJÓN CALDERÓN, R., *Los juristas hispano-musulmanes...*, *Op. cit.*, p. 140.

Prueba de la formación jurídica de Ibn al-Attar y sus conocimientos es su *Kitab al-Wataiq wa-l-siyillat*, un libro de formularios notariales y respuestas judiciales de vital importancia para la historia socio-económica de Al-Ándalus donde expuso la realidad jurídica de la sociedad andalusí de su época⁵⁰⁹.

El propio Ibn al-Attar en la *Introducción* al *Kitab al-Wataiq wa-l-siyillat* era consciente del carácter formativo y esencial de su obra al decir:

“El juez Muhammad b Yahyá (Ibn Bartál)... me escribió pidiéndome que recopilase un compendio de documentos notariales y cuestiones derivadas. Con vistas a la (formación) de su nieto Muhammad b Ahmed b. Muhammad. A lo que contesté afirmativamente..., esforzándome por resumirlos (a lo esencial e imprescindible, añadiéndoles) unas explicaciones que facultasen su comprensión al estudiante novel y renovasen los firmes conocimientos del avezado. Así que complementé la formulación perfecta e irreprochable (con lo que se ha de redactar cada tipo de documento) con el (enunciado de) las normas jurídicas y jurisprudencia correspondiente a cada apartado. (También le añadí) más glosas que aclarasen el (verdadero) sentido (y alcance) de ciertas expresiones oscuras”⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Para conocer los formularios notariales véanse dos importantes obras: LÓPEZ ORTIZ, J., “Los formularios notariales de la España musulmana”, en *La Ciudad de Dios* CXLV (1926), pp. 260-273; y VILA, S., “Capítulo del matrimonio de formulario notarial de Aben Moguit”, Madrid, Universidad Central de Madrid, tesis doctoral inédita de la Facultad de Filosofía y letras, 1927, 306 pp. (signatura T-5316 de la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid). Ambos fueron los primeros en subrayar la trascendencia de los formularios notariales en la Historia del Derecho hispano-musulmán para conocer cómo era la sociedad musulmana durante la etapa andalusí.

⁵¹⁰ CHALMETA, P., “El matrimonio según el Kitáb al Wataiq de Ibn al Attar, (s X). Análisis y observaciones”, en *Anaquel de estudios árabes* 6 (1995), pp. 29-75, esp. p. 29.

Es decir, un esquema cuatripartito:

- modelo o impreso de acta notarial;
- principios de derecho que vertebran y condicionan el acto;
- opiniones a favor y en contra, precedentes judiciales, práctica legal; y
- comentario lingüístico-procesal explicando las consecuencias de adoptar tal o cual fórmula, de añadir u omitir determinada cláusula o previsión⁵¹¹.

Por tanto, el formulario de Ibn al-Attar es fundamental para conocer la sociedad andalusí y la estructura jurídica y administrativa del estado islámico durante el periodo califal⁵¹².

Y, nuevamente, debemos al P. López Ortiz, la exhumación del manuscrito para su aportación a la ciencia jurídica española y su conocimiento por los juristas.

⁵¹¹ CHALMETA, P., “Introducción”, en CHALMETA, P. y MARRUGÁN, M., *Formulario notarial y judicial andalusí del alfaquí y notario cordobés*, num. 399/1009, Int., estudio y traducción ya citado.

⁵¹² GARCÍA SANJUAN, A., *Ibn al_Attar, Formulario notarial y judicial andalusí*, Madrid 2000, p. 515.

6.3. Influencias del P. José López Ortiz

El planteamiento del P. López Ortiz, no limitada al estudio histórico de la norma exclusivamente aplicada y dada en España, sino a todo aquello que, en nuestra evolución histórica, ha formado parte de nuestra sociedad como parte de su raíz, de sus entrañas mismas, que implica el conocimiento social, se aprecia en los actuales estudios de historia jurídica europea:

- En Italia, Francesco Calasso (1904-1965), considerado uno de los eruditos más importantes del derecho común, fue abogado y catedrático y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad La Sapienza de Roma. Fue también director de la *"Revista Italiana de Ciencias Jurídicas"*, y fundó en 1957 los *"Anales de la Historia del Derecho"*.

En sus trabajos se ocupó de la organización interna de la sociedad desde su perspectiva jurídica, pero no olvida el fenómeno social por el que la sociedad regula los problemas de su propia existencia mediante el ordenamiento jurídico en el que es posible entender dos elementos: organización y norma, los cuales coexisten de tal manera que uno presupone al otro, lo que permite entender por derecho, no sólo la norma, sino también la organización que la establece⁵¹³.

⁵¹³ Calasso se ocupó de la ley común y de su espiritualidad. Su preocupación como jurista era la de disolver naturalmente el problema de la llamada *"utilidad de la historia"* para el jurista positivo: utilidad que, consideraba, no existe con el uso de datos normativos actuales en la aplicación práctica, sino sólo para interpretar la conciencia de una dimensión temporal de la ley con el corolario de su anclaje a las necesidades concretas de una sociedad. Con el fin de proporcionar un correctivo a esta aspiración a la legalidad pura se sentía destinado a la construcción formal de una nueva metodología sobre el Derecho común, al que dedicó sus estudios, para adaptarse mejor a la realidad humana (Vid. CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*, Roma 1970; Id., *L'unità giuridica dell'Europa*, Milán 1985).

- En Alemania, Franz Wieacker (1908-1994), considerado uno de los principales juristas alemanes, era abogado, historiador y profesor de Derecho Romano, Derecho Civil y Derecho Privado Moderno en la Universidad de Freiburg.

Su concepción de la Historia del derecho giraba en torno a la idea de ésta como una historia de problemas y en función de ellos, consideraba, deben estudiarse las instituciones, lo que permitió trascender la idea de la Historia del Derecho como una exposición de sistemas, y hacerlo como una agrupación de los problemas humanos y sus instituciones⁵¹⁴.

- En Francia, el Decreto de 27 de marzo de 1954 , por el que se reformó el plan de estudios de la Facultad de Derecho, suprimió como asignatura la Historia del Derecho y creó la Historia de las instituciones y de los hechos sociales, llamada a ser una ciencia que permita la visión de las relaciones de causalidad existentes entre los fenómenos sociales, económicos y religiosos, y las reglas propiamente jurídicas, lo cual implica partir de las realidades sociales para un momento posterior estudiar el derecho afín a dichas realidades, pero no a la inversa.

- También en el orden europeo destacan importantes autores contemporáneos que no pueden dejar de mencionarse, siquiera sea de modo somero, por su representatividad en los estudios árabes en España y que han realizado sus estudios e investigaciones fuera de las fronteras españolas como son R. Dozy⁵¹⁵, E. Bussi⁵¹⁶, Mac Guckin de

⁵¹⁴ Wieacker, F., *Historia del derecho privado de la era moderna: con especial consideración del desarrollo alemán*, Granada 1996. Traducción al castellano realizada por F. Fernández Jardón.

⁵¹⁵ DOZY, R., *Historia de los musulmanes en España*, Madrid 1982.

⁵¹⁶ BUSSI, E., *Principii di diritto musulmano*, Milán 1961.

Slane⁵¹⁷, Levi-Provençal⁵¹⁸; L. Milliot⁵¹⁹; J. Schacht⁵²⁰; P. Bousquet⁵²¹; Ibn Aby Said Al-Quayrawani⁵²², W. B. Hallaq⁵²³.

- En España, historiadores del Derecho español, como fue el caso del profesor García-Gallo⁵²⁴, llegaron a la conclusión de que era mejor una orientación más realista de la ciencia histórico-jurídica. Lo que caracterizó la concepción de este jurista fue su amplitud de pensamiento al entender la Historia del Derecho como un conjunto de todas las realidades sociales de nuestro país, las situaciones, los problemas, que la propia vida social plantea de forma constante que son anteriores al derecho mismo, y que éste se limita a solucionar o regular. Y el conjunto de soluciones que estas cuestiones han recibido a lo largo del tiempo en nuestro país es el objeto de la Historia del derecho que, en cuanto ciencia, no puede olvidar la valoración que, conforme a su peculiar formación religiosa, cultural, moral, política o económica, ha hecho el hombre de cada problema concreto.

La realidad actual en España abre nuevas perspectivas al arabismo mediante nuevas investigaciones e iniciativas. Las nuevas generaciones de investigadores son sensibles hacia un arabismo más actualizado, tendente a posturas ensayísticas sobre los hechos históricos que atañen al mundo contemporáneo⁵²⁵.

⁵¹⁷ Editor del gran *Diccionario* de Ibn Jallikan y traductor de la *Historia de los bereberes* de Ibn Jaldun.

⁵¹⁸ LÉVI-PROVENÇAL, *L'Espagne musulmane: institutions et vie sociale*, París 1932; *Historie de l'Espagne musulmane*, París 1950-1967, 3 vols.

⁵¹⁹ MILLIOT, L., *Introducción à l'étude de droit musulman*, París 1953.

⁵²⁰ SCHACHT, J., *Esquisse d'une histoire du droit musulmán*, París 1953.

⁵²¹ BOUSQUET, P., *Le droit musulmán*, París 1963.

⁵²² IBN ABY SAID AL-QUAYRAWANI, *Compendio de derecho islámico*, Madrid 1993.

⁵²³ HALLAQ, W. B., *Law and legal history in classical and medieval Islam*, Aldershot 1995.

⁵²⁴ GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid 1959.

⁵²⁵ Vid. CARMONA, A., "Una década (1997-2007) de trabajos sobre textos religiosos y jurídicos de Al-Ándalus", en *Medievalismo*, 17 (2007), pp. 291-312; AGUIRRE SÁDABA, F. J., "Granada y los estudios de Derecho islámico", en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su reino*, 13-14 (1999-2000), pp. 461-493. Estos estudios establecen el estado de la cuestión de los

En este aspecto, no podemos olvidar los importantes estudios realizados por la nueva escuela de arabistas españoles con autores destacados como María Jesús Viguera⁵²⁶; David Peláez Portales⁵²⁷; José Aguilera Pleguezuelos⁵²⁸; Juan Martos Quesada⁵²⁹; Magdalena Martínez Almira⁵³⁰; Bruno Aguilera Barchet⁵³¹; Alejandro Martínez Dhier⁵³²; P. Chalmeta y F. Corriente⁵³³; E. Viguera Franco⁵³⁴; Magdalena Martínez; V. Flórez de Quiñones⁵³⁵; P. Mandirola Brioux⁵³⁶ y Manuela Manzanares de Cirre⁵³⁷, entre otros.

Asimismo, deben destacarse las iniciativas a nivel, tanto institucional como privado, de la labor de las Universidades en sus departamentos de árabe, la creación de

estudios jurídicos islámicos en el arabismo español en general, o en la escuela de Granada, en particular, a finales del siglo XX.

⁵²⁶ Ha publicado hasta la fecha 55 libros, ediciones, traducciones y libros colectivos, entre ellos los volúmenes VIII-1, 2, 3 y 4 de la *Historia de España* de Menéndez Pidal; también, 257 artículos y capítulos de libros, sobre diversos aspectos de la Historia de Al-Ándalus y del Magreb, sobre todo acerca de la historia política de los períodos de taifas, y sobre los componentes de la sociedad andalusí, y sus componentes religiosos y culturales.

⁵²⁷ PELÁEZ PORTALES, D., *La administración de Justicia en la España musulmana*, Córdoba 1999.

⁵²⁸ AGUILERA PLEGUEZUELO, J., *Estudio de las normas e instituciones de derecho islámico en Al-Ándalus*, Sevilla 2000.

⁵²⁹ MARTOS QUESADA, J., “Islam y Ciencia en Al-Ándalus”, en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, Anejos XVI (2006), pp. 75-92; *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid 1999; “El Corán como fuente del Derecho en el Islam”, en *Cuadernos de Historia del Derecho XI* (2004), pp. 327-338; “Islam y derecho: las escuelas jurídicas en Al-Ándalus”, en *Arbor*, 731 (2008), pp. 433-442.

⁵³⁰ MARTÍNEZ ALMIRA, M., “Estudios e investigaciones sobre las fuentes, derecho privado, penal y procesal islámico”, en *Al-Ándalus*; “Una aproximación historiográfica”, en *Interpretatio*, 8 (2002), pp. 19-173; y *Derecho procesal malikí hispanoárabe*, Nápoles 2006, pp. 15-40.

⁵³¹ AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica dal Derecho musulmán*, Madrid 2007.

⁵³² MARTÍNEZ DHIER, A., “Algunas consideraciones sobre la Historia del Derecho musulmán en España”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 34 (2007), pp. 189-206. Se trata de un *Comentario*, no exhaustivo, a propósito de la obra de AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al Derecho musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Ándalus*, Madrid 2007, en el que dedica su atención en aquellos autores que se han dedicado: “*al cultivo y análisis de las fuentes e instituciones del derecho islámico en sus múltiples facetas*”, p. 189.

⁵³³ CHALMETA, P. y F. CORRIENTE, *Formularios notariales hispano musulmanes*, Madrid 1983.

⁵³⁴ VIGUERA FRANCO, E., “Derecho musulmán de la escuela malequita en Occidente” en *Iustitia, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, VIII (1944), pp. 5-16.

⁵³⁵ FLÓREZ DE QUIÑONES, V., “Formularios notariales hispano-musulmanes”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, XXII (1977).

⁵³⁶ MANDIROLA BRIEUX, P., *Introducción al derecho islámico*, Madrid 1998.

⁵³⁷ MANZANARES DE CIRRE, M., *Arabistas españoles en el siglo XIX*. Madrid 1972.

bibliotecas especializadas e institutos que impulsan una gran actividad de conocimiento y divulgación⁵³⁸, que son muestra patente de una tradición ya consolidada desde que el P. López Ortiz apostara por el Derecho musulmán como parte importante de nuestra Historia del Derecho español y reflejo de la trayectoria seguida por nuestros arabistas.

La reciente puesta en marcha de la llamada *Biblioteca de Al-Ándalus*, contiene un repertorio bio-bibliográfico en que se encuentran (o estarán en un futuro) todos los autores andalusíes con sus correspondientes estudios, se conserven o no sus manuscritos y que incluye todas las obras llegadas hasta nuestros días. Se trata de una empresa colectiva en la que participan casi todos los arabistas españoles y algunos extranjeros realizada por la Fundación Ibn Tuyayl de Almería, lo que permitirá en el futuro la difícil tarea de buscar elencos biográficos no siempre disponibles⁵³⁹.

Debe, asimismo, destacarse la publicación actual de tres importantes diccionarios sobre la materia. El primero de ellos es un extenso glosario completado con varios apéndices de gran utilidad recomendable para los especialistas en el sistema legal islámico. Se trata del *Diccionario de Derecho islámico* de Felipe Maillo Salgado, que contiene una exposición sintética y actualizada del complejo doctrinal y normativo de la legalidad islámica. Su uso resulta útil tanto para el estudio de las épocas pasadas como para el conocimiento de las sociedades islámicas actuales⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Conviene citar, acaso, los más importantes: Instituto de Cooperación con el Mundo Árabe; Escuela de Estudios Árabes de Granada; Instituto Egipcio de Estudios Islámicos; Centro de Información y Documentación Africanas; Centro de Estudios Árabes y Arqueológicos "Ibn 'Arabi" de Murcia; Biblioteca del Real Monasterio de El Escorial.

⁵³⁹ En este sentido, una muestra de las traducciones de pasajes puntuales de los diccionarios biográficos puede verse en CARMONA, A., "El saber y el poder: cuarenta biografías de ulemas levantinos de época de Ibn Mardanis", en *Estudios onomástico-biográficos de Al-Ándalus* 10 (2000), pp. 57-130; MARTOS QUESADA, J., "Los diccionarios biográficos como fuentes para el conocimiento del mundo jurídico de Al-Ándalus: características y reflexiones", en *Anaquel de estudios árabes*, 9 (1998), pp. 45-64.

⁵⁴⁰ MAILLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón 2005.

También el *Diccionario jurídico español/árabe* de Abdellatif Aguessim El Ghazouani, profesor de traducción de árabe de la Universidad de Granada⁵⁴¹; y, el *Diccionario de términos jurídicos árabe-español* de Manuel C. Feria García⁵⁴².

Estos diccionarios han cubierto el vacío existente que tenían los investigadores de diccionarios específicos sobre el campo jurídico, lo mismo que los abogados y profesionales del Derecho que precisen su uso. Con estos diccionarios se acaba la inexistencia de diccionarios jurídicos árabe-español y viceversa, que son herramientas imprescindibles para el investigador, aunque esté versado en lenguas⁵⁴³.

Con todo ello, queda patente que aquellos iniciales estudios del P. López Ortiz no cayeron en saco roto y han dado su postrer fruto. Los investigadores no han escatimado sus esfuerzos para abordar y seguir reconstruyendo seriamente el legado hispano-musulmán, dando el impulso necesario a los primitivos estudios realizados por el sabio agustino. Basta echar una ojeada a la extensa bibliografía, tanto española como extranjera que ha aparecido en los últimos años para poder afirmar el interés creciente por estos temas de nuestros investigadores con la publicación de tesis doctorales, traducciones, textos de literatura árabe, historia clásica o moderna del Islam, así como la aparición de numerosas revistas especializadas sobre la materia⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ AGUESSIM EL GHAZOUANI, A., *Diccionario jurídico español/árabe*, Granada 2006.

⁵⁴² FERIA GARCÍA, M. C., *Diccionario de términos jurídicos árabe-español*, Barcelona 2006.

⁵⁴³ CARMONA, A., “Una década (1997-2007) de trabajos sobre textos religiosos y jurídicos de Al-Ándalus”, en *Medievalismo*, 17 (2007), pp. 291-312, esp. p. 294.

⁵⁴⁴ Deben citarse, entre las más importantes: *Al Árabí*, *Al-Qantara*, *Awraq*, *Cuadernos de Historia del Islam*, *Cuadernos de la Alambra*, *Boletín de la Asociación española de Orientalistas*; *Omayya*, etc.

TOMA DE POSTURA

El P. López Ortiz puede ser considerado como pionero y fundador del arabismo español en su dimensión jurídica. Se debe esta expresión a los juristas contemporáneos que la acuñaron en la antes citada *Segunda Semana de Historia del Derecho* que tuvo lugar en Madrid los días 9 al 15 de diciembre de 1948. En ella, el P. López Ortiz pronunció una interesante conferencia titulada: *Las investigaciones del Derecho musulmán y la Historia jurídica española*, donde expuso un resumen de sus años de aprendizaje y trabajo consagrados a esta especialidad, a la que el autor quiso dar el carácter de despedida de todas las etapas de tanteos y ensayos dedicados a esta especialidad poco cultivada y con métodos muy desencaminados. Fueron, sin embargo, sus investigaciones tan provechosas para el futuro para los que prosiguieron por este camino tan poco transitado que habrían de confiarle el título de “*fundador del arabismo español*” en su dimensión jurídica⁵⁴⁵.

Lo que no cabe duda y resulta innegable es que los estudios sobre el Derecho musulmán del P. López Ortiz, no sólo son la mayor aportación al arabismo sino la primera y más importante al conocimiento y profundización para los juristas o expertos en la materia que aborden el estudio del ordenamiento jurídico musulmán tanto en su aspecto aislado como en su evolución respecto del ordenamiento jurídico español.

El P. López Ortiz examinó el Derecho musulmán específicamente aplicado y desarrollado en la España musulmana. Ciertamente, podría haberse limitado a una exposición de conjunto del Derecho musulmán, manteniéndose en la línea tradicional de

⁵⁴⁵ Vid. S. “Segunda semana en Historia del Derecho”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 19 (1948-1949), pp. 871-876.

los historiadores del derecho. Hubiese sido, sin duda, una tarea mucho más fácil. En cambio, fueron otras las pretensiones del maestro. ¿Cuáles fueron las razones?

Para responder a esta cuestión es preciso remontarse al año 1925, cuando el profesor López Ortiz se hallaba preocupado por la crisis de la Filosofía del Derecho⁵⁴⁶ con motivo del libro de G.B. Biavaschi, *La Crisi attuale della Filosofia del diritto*⁵⁴⁷, cuando toma conocimiento de la importancia de las fuentes del Derecho y se adentra en el estudio de los formularios notariales musulmanes⁵⁴⁸. A partir de este momento, el P. López Ortiz descubre una importante laguna en la Historia del Derecho español: la relativa al Derecho musulmán. Fruto de aquella preocupación surgen los primeros trabajos sobre historiografía jurídica española relativa al mundo árabe durante la invasión de la Península Ibérica⁵⁴⁹.

Todos estos trabajos suponen un conocimiento del Derecho musulmán durante la época de la invasión de la Península Ibérica, pero son al mismo tiempo una revisión consciente de la problemática de la Historia del derecho al reaccionar contra una Historia del derecho concebida como una ciencia autónoma que se ocupaba de estudiar solamente los diferentes sistemas jurídicos que se han sucedido a lo largo del tiempo. Son una defensa lógica contra esa concepción del Derecho que lo identificase con la

⁵⁴⁶ LÓPEZ ORTIZ, J., “La crisis actual de la Filosofía del Derecho”, en *La Ciudad de Dios*, 143 (1925), pp. 438-48.

⁵⁴⁷ BIAVASCHI, G.B., *La Crisi attuale della Filosofia del diritto*, Milán 1922.

⁵⁴⁸ LÓPEZ ORTIZ, J., “Formularios notariales de la España musulmana”, en *La Ciudad de Dios* 145 (1926), pp. 260-272.

⁵⁴⁹ Pertenecen a esta etapa trabajos iniciales pero de gran calado científico y técnico donde muestra una honda preocupación por el conocimiento de las materias relativas al mundo hispano musulmán. Merecen destacarse en este aspecto: LÓPEZ ORTIZ, J., “Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmún de Granada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 4 (1927), pp. 319-375. Se trata de la edición de un formulario árabe inédito con una cuidada traducción y un comentario; Id., “De historiografía jurídica (Nuestras instituciones políticas y sociales en el periodo de la Reconquista)”, en *Religión y Cultura*, 1 (1928), pp. 321-339; Id., “La curia hispano-musulmana”, en *Religión y Cultura*, 6 (1929), pp. 66-81; Id., “El clero musulmán”, *Ib.*, pp. 198-206; Id., “Los jurisconsultos en la curia musulmana”, *Ib.*, pp. 399-408; “Id., “El derecho musulmán en la investigación alemana de la posguerra”, en *Religión y Cultura*, 10 (1930), pp. 412-424.

norma, contra la periodificación de la Historia jurídica de modo semejante a la Historia general y contra la ruptura del vínculo de unión del derecho histórico, pasado y presente.

Al enfrentarse con esta concepción de la Historia del Derecho español como la disciplina que estudia la periodización de las normas, y preocuparse por materias ajenas al propio Derecho español, pero que han formado parte de nuestra Historia general, como es el Derecho musulmán, renovó el planteamiento de esta disciplina, ampliando su orientación en un nuevo camino.

TERCERA PARTE

LA APORTACIÓN DEL P. GABRIEL DEL ESTAL (1917-2008)

AL DERECHO POLÍTICO



CAPÍTULO SÉPTIMO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD

7.1. Breve reseña biográfica

El P. Gabriel del Estal Gutiérrez nació en Riego del Camino (Zamora) el día 27 de marzo de 1917.

Profesó de religioso agustino en el convento de Ntra. Sra. del Buen Consejo de Leganés (Madrid) el día 21 de octubre de 1933.

Inició sus estudios eclesiásticos en aquel convento que continuaría en el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial (1934-1936) y, por causa de la Guerra civil, en el Monasterio de Santa María de La Vid en Burgos (1939-1940), regresando a El Escorial para proseguirlos y terminarlos (1940-1944), siendo ordenado sacerdote en el Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial el día 25 de julio de 1943.

Durante la Guerra civil fue conducido preso desde el Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, donde residía, junto con toda la comunidad, a la cárcel de San Antón en Madrid. Sufrió cautiverio y fue sometido a trabajos forzados sirviendo en el Batallón Auxiliar de Fortificaciones en la construcción del ferrocarril del Nuevo Baztán (Madrid), campo de concentración de Santa Cruz de la Zarza (Toledo) y Monte Anguís.

Entre 1944 y 1947 cursó estudios de Derecho, cuya licenciatura obtuvo en la Universidad de Salamanca el 7 de octubre de 1947 y el doctorado en la Universidad

Complutense de Madrid el 10 de abril de 1957 con una tesis titulada: “*La idea de los “dos reinos” en la dialéctica de San Agustín*” que obtuvo el premio extraordinario “Fundación García Eguren”. También por aquellos años realizó diversas investigaciones en centros extranjeros como becario del Ministerio de Educación Nacional en Roma y París y de la Fundación Juan March en Lovaina, París y Roma. Con anterioridad, en 1948 recibió en Roma el título de “*Lector in Philosophia*” de manos del general de la Orden Fray Joseph Hickey.

Su labor docente la llevó a cabo principalmente en el Real Colegio de Estudios Superiores “*María Cristina*” de San Lorenzo de El Escorial, donde desempeñó las cátedras de Teoría de la sociedad (1946-1947), Derecho político (1946-1972, 1973-1986), Sociología, metodología y sistemática de las Ciencias sociales (1959-1964) y Derecho internacional público (1948-1964); y en otros centros, como el C.E.U. de Alicante (1972-1976), donde fue además decano; en la Universidad Pontificia de Salamanca (1960-1964), en el Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos (1959-1960, 1970-1973) y en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (1977-1984).

Dentro de la Orden agustiniana desempeñó los cargos de Prior provincial de la Provincia agustiniana matritense (1964-1970), Definidor provincial (1961-1964), Rector del Real Colegio Universitario “*María Cristina*” (1955-1958, 1970-1972, 1980-1982) y Director de la revista *La Ciudad de Dios* (1952-1955).

En el ámbito científico fue distinguido con los nombramientos de: Pensionado del Ministerio de Educación Nacional en Roma y París (1954); Consejero nacional de

educación(1956); miembro de la Asociación Internacional Menéndez Pelayo (1957); miembro del Institut International d'Études Sociales, de Psychologie des peuples et de Droit Matrimonial con sede en Bruselas (1958); Vocal de la Federación española de Religiosos de Enseñanza (FERE), sección Universidades (1959); becario de la Fundación Juan March en Lovaina, París y Roma (1960-1961); miembro de la Fundación Institucional Española FIRES (1979); socio de honor del Club Siglo XXI de Madrid (1980); miembro de la Asociación española de Ciencia política y Derecho constitucional (1984) y miembro del “*Schiller Institut*” (Asociación Internacional para la Defensa de la Civilización Occidental) con sede en Washington, París y Wiesbaden (1985).

A los 91 años cumplidos, le llegó la muerte en Salamanca el día 10 de noviembre de 2008⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ Sobre biografía y bibliografía del P. Gabriel del Estal vid. *Analecta Augustiniana*, Roma 21 (1947-50), p. 215; ALONSO TURIENZO, T., *La Ciudad de Dios. Índices 1881-1960*. San Lorenzo de El Escorial 1961, pp. 73-74; ÁLVAREZ TURIENZO, S., “Un genuino intelectual” en *ABC*, 13/11/2008; *Boletín Informativo de la Provincia Agustiniense Matritense del Sagrado Corazón de Jesús*, Madrid, 12 (dic. 1975), p. 208; n. especial (1982), pp. 367-68; 7 (1986), pp. 98-100; 11 (1994), pp. 375-79; *Catálogos de la Orden de S. Agustín*, Roma 1994, p. 502; CASTAÑO DE LA PUENTE, F., “In memoriam. P. Gabriel del Estal Gutiérrez (10.XI.2008)”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, pp. 11-51; DÍAZ DÍAZ, G., *Hombres y Documentos de la Filosofía Española*. Vol.3, Madrid, 1980, pp. 74-80; DÍEZ FERNÁNDEZ, B., *Historia del Real Colegio de Estudios Superiores, Universidad “María Cristina” de El Escorial*, El Escorial, 1960, pp. 189 y ss; FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” del Escorial (1892-1992). Índice bibliográfico” en *María Cristina de Habsburgo y los Estudios Superiores del Escorial. Cien años de Estudios Superiores*, San Lorenzo de El Escorial 1992, pp. 525-37; FUEYO, A., *Los Agustinos en la Revolución y en la Cruzada*, Bilbao, 1947, p. 323; GARCÍA VILLOSLADA, R., *Historia de la Iglesia en España*, vol. 5, Madrid, BAC 1979, p. 567; GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1996, pp. 289-316; ID., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 2006, pp. 80-82; HERNÁNDEZ, L., “Nuevos colegios para nuevos tiempos. Entrevista con el P. Gabriel del Estal”, en *La Escuela Agustiniense*, núm. 45/46, Abril-Dic. 1993, pp. 85-107; LLORDÉN SIMÓN, A., “Biobibliografía Agustiniense Escorialense”, en *La Comunidad Agustiniense en el Monasterio de El Escorial. Obra Cultural (1885-1963)*, San Lorenzo de El Escorial 1964, pp. 326-33; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, I. y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, J., *Labor Científico-Literaria de los Agustinos Españoles*, Valladolid 1992, vol. 1 pp. 159-165; vol. 2, pp. 750-59; RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El P. Gabriel del Estal en el recuerdo de un alumno”, en *Nueva Etapa*, 77 (2010), pp. 259-267; SCIACCA, M. F., *La filosofía hoy. De los orígenes románticos de la filosofía contemporánea hasta los problemas actuales*, Barcelona, 1961, p. 424; VÁSQUEZ, A., *Quién es quién en la Iglesia española*, Madrid, 1972, p. 103.

7.2. Pensamiento. Los tres vuelos del Águila de El Escorial

Parafraseando el título del último libro que publicó el P. Gabriel del Estal en el año 2001 dedicado a San Agustín titulado: *Los tres vuelos del Águila de Hipona. Historia y Humanismo Jurídico* ⁵⁵¹, vamos a referirnos a los tres aspectos del pensamiento del sabio agustino que marcan su trayectoria intelectual: el humanismo agustiniano, como rasgo de fe y humanidad del autor; la piedra escorialense como base de su autenticidad en la obra y en la propia vida; y la realidad social y política de su tiempo, en la que vive y desarrolla su pensamiento, como elemento circunstancial en el que elabora su obra.

7.2.1. El humanismo agustiniano.

La variada y extensa producción del P. Gabriel del Estal, que comprende escritos sociológicos e historiográficos, jurídicos y filosóficos, políticos y eclesiales, se despliega sobre un trasfondo humanista de impronta agustiniana.

Ser hombre, para nuestro sabio maestro, es estar encarnado en el tiempo, en la vida concreta y circunstanciada. El don más valioso de ser hombre es construir su futuro real, positivamente, sin perder nunca el contacto sensible con la existencia, ocupando el puesto que le corresponde en el mundo. Cuando cada cosa ocupa su puesto en el mundo mandan entonces las categorías sobre el artificio. También en el angosto pero complicado universo del hombre. Verdad y bien son categorías, no composturas.

⁵⁵¹ Nos referimos a su fundamental obra sobre San Agustín: DEL ESTAL, G., *Los tres vuelos del Águila de Hipona. Historia y Humanismo Jurídico*, EDES, San Lorenzo de El Escorial, 2001. Se refiere en ella a las tres obras más importantes de san Agustín: *Confesiones*, *La Ciudad de Dios* y *De la Trinidad*.

Idea, para nuestro autor, no es ideología. Idea es la representación mental de una cosa elevada a arquetipo de valor absoluto; mientras que ideología es un sistema coherente de ideas, aplicado a un tiempo y un espacio históricos, con elevación a pauta dominativa de comportamiento para la sociedad, por lo que mientras que las ideas liberan al hombre, las ideologías lo alienan, tal es el caso del marxismo, doctrina política convertida en religión, a juicio de nuestro autor, desdivinizada como dialéctica, pero con ídolos mesiánicos en la ortodoxia de su credo.

Toda alienación supone en el hombre una situación impuesta de la que nace una conducta, una praxis sin autonomía. Hay cuatro tipos históricos de alienación: religiosa, metafísica, sociológica y técnica. En la alienación religiosa el hombre es esclavo de los dioses: le dominan los fantasmas del poder sobrenatural. En la alienación metafísica el hombre es esclavo de las formas: le dominan los fantasmas del poder ontológico. En la alienación sociológica el hombre es esclavo de los hombres: le dominan los fantasmas del poder imperante, con dominación tanto económica como política. En la alienación técnica el hombre es esclavo de las máquinas: le dominan los fantasmas del poder mecánico.

Sobre la frase evangélica: “*la verdad os hará libres*”, construye el P. del Estal la arquitectura medular de su pensamiento. La historia universal, escribe, es la historia del espíritu libre. Occidente nace como *logos* de verdad en Grecia. Se fortalece como *lex* de justicia en Roma. Se vitaliza como ágape de amor en el Evangelio. La *polis* idealista de los filósofos, vigorizada con la *civitas* más realista de los jurisconsultos, se espiritualiza con su inserción, así ideal como real, en la *ecclesia prophetica* de los apóstoles.

Expresión concreta de Occidente es el Cristianismo. Su motor de síntesis no es otro que la libertad. La *auctoritas* y la *potestas* son la ecuación dialéctica de las libertades públicas. Para que la actuación de la *potestas* no degenera en despotismo necesita el contrapunto moderador de una *auctoritas*. A su vez, para que la actuación de la *auctoritas* no degenera en anarquía, le es necesario el contrapunto fortalecedor de una *potestas*. La *auctoritas* es *ratio* de derecho. La *potestas* es *voluntas* de poder. Derecho es justicia. Poder es eficacia.

La razón, en el sentir de nuestro autor, es el contenido de la *auctoritas*. Soberano supremo es la *ratio auctoritatis*. Su tipo jurídico más esclarecedor queda concretado en la Grecia clásica, por obra de los filósofos, como derecho natural. Paralelamente, la voluntad es el contenido de la *potestas*. Soberano supremo es aquí la *voluntas principis*. Su tipo jurídico más esclarecedor queda concretado en la Roma clásica por obra de los jurisconsultos como Derecho positivo. Ya en la Grecia áurea de Maratón y Salamina el Derecho positivo se había prefigurado a través de la tragedia. Es Esquilo quien escenifica su nacimiento en la Orestíada, durante la primavera olímpica del año 458 a. C.

El Derecho natural se halla escrito con letras indelebles en la naturaleza humana, por el autor de la naturaleza misma. La razón lo descubre. Y los poderes supremos, instaurados convivencialmente entre los ciudadanos e instituciones, son los que se encargan de convertirlo potestativamente en Derecho positivo, como orden vinculante de ley. Derecho natural, legitimación histórica, realismo concreto y consciencia objetiva son, pues, los cuatro pilares sobre los que descansa la razón existencial del derecho

positivo y las cuatro fuerzas filosófico-sociales y político-religiosas que transmiten vigor consistente al humanismo universal.

La convicción humanista del P. Gabriel del Estal se manifiesta especialmente en toda su obra en la que trata de acercarse a lo auténtico del hombre en el mundo, de buscar su totalidad existencial que el sabio agustino aplica a la realidad político-jurídica. Y es que el P. Gabriel del Estal no fue ni positivista ni incondicional del pensamiento de Kelsen. Y no lo fue por su constante y clara convicción humanista⁵⁵².

Cuando el maestro agustino escribe comenzaba entonces el renacimiento del Derecho natural en España y el P. del Estal fue uno de los pensadores que aportó su labor a tal renacimiento. De ahí la constancia de la aceptación del Derecho natural en su vida. De hecho, su obra supone un enfrentamiento con Kelsen en el tema de la identificación del Estado y el Derecho, que para el P. Gabriel del Estal son diferentes, en la medida en que rompe la unidad del concepto de Derecho. Ni siquiera admite la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos: el Derecho natural y el Derecho positivo, porque para el P. Gabriel del Estal el Derecho natural, que supone una desdivinización, se realiza históricamente como Derecho positivo. De ahí que considere el derecho político como una realidad social, histórica, sensible y nos recuerde la importancia del humanismo agustiniano, del cual se siente cada vez más cercano, y lo extienda a la humanización de la ciencia jurídica, pero sin separar el orden moral del jurídico, que considera que se relacionan y complementan entre sí. La persona social y sus relaciones serán el objetivo de su pensamiento.

⁵⁵² DEL ESTAL., G., "El hombre nuevo hacia el tercer camino", en *Religión y Cultura*, Madrid, 1975, pp. 587-593.

El Humanismo, como es sabido, tiene su origen al comienzo de la Edad Moderna (bien en la caída de Constantinopla en poder de los turcos, bien en el momento del descubrimiento de América por los españoles). En todo caso, el Humanismo coincide con el Renacimiento. Y pueden distinguirse dos tipos: el racionalista, que Ortega llamó “*prometeico*”; y el teológico-cristiano, al cual se adscribe nuestro sabio agustino. Ambos tipos de humanismo se oponen entre sí.

El primero supuso la ruptura con el mundo cultural del Medievo; el segundo, no. El primero sustituye el geocentrismo medieval por un humanismo cuyo centro es el hombre al margen de Dios. El segundo, en cambio, desenvuelve su pensamiento alrededor del hombre, no al margen de Dios ni contra el pensamiento cristiano. Por eso, se trata de un humanismo con un alto sentido de la dignidad humana y un concepto básico: la persona humana es una creación del Cristianismo. En cambio el Humanismo *prometeico* erige al hombre en lugar de Dios y le diviniza como un ser que se basta a sí mismo, alejándolo de la Moral objetiva, alentando el desarrollo de sus pasiones, la racionalización de la vida humana⁵⁵³.

Entre las grandes figuras representativas del Humanismo *prometeico* destaca Nicolás Maquiavelo quien con su tesis pesimista acerca del hombre (*sono piu pronti al male che al bene*), acusa al Cristianismo de haber debilitado las energías humanas al valorar excesivamente la contemplación y el ideal moral sobre la acción conveniente y la utilidad de un acto. Consideraba que lo que vale en la vida es la eficacia, al margen de la Moral, de ahí el pragmatismo de su doctrina. En el Humanismo teológico-cristiano destaca Erasmo, Tomás Moro y Juan Luis Vives, cuya característica es la búsqueda de

⁵⁵³ Vid. CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho*, 1968, pp. 379-382.

la verdad objetiva y la imagen del hombre y la reafirmación de su personalidad. Si la libertad es la nota esencial del ser humano, lo que más importa para su vida es precisar el bien moral y el contenido mismo de las virtudes. Así, dirán que sólo es auténtico el Humanismo que propone como meta la virtud moral. Por eso, cuando el Hombre renuncia a su religación con Dios pierde su dignidad y los valores éticos. En este sentido, la sociabilidad humana no es un accidente, sino una nota esencial del ser humano.

De los dos humanismos referidos, el P. Gabriel del Estal se muestra como un claro defensor a ultranza del humanismo teológico y cristiano, pero lo matiza con su raíz agustiniana. Y escribe interesantes y bien nutridos ensayos sobre el tema⁵⁵⁴.

El gran trabajo, a nuestro juicio, que el P. Gabriel del Estal dedicó a la figura de San Agustín y particularmente a su obra es el titulado: *Los tres vuelos del Águila de*

⁵⁵⁴ DEL ESTAL, G., *Estudios sobre "La ciudad de Dios" de San Agustín*. La Ciudad de Dios, Madrid, 1954, 167, Número extraordinario de la revista La Ciudad de Dios en el XVI centenario del nacimiento de San Agustín, 2 vols.; ID., "San Agustín y el único agustinismo", en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954, pp. 5-24; IDEM, "San Agustín y su invitación a la interioridad", en *Ecclesia*, Madrid, 1954, pp. 404-406; IDEM, "La Ciudad de Dios" de San Agustín ante el curso de los tiempos. Historia. Filosofía de la Historia. Filosofía cristiana de la Historia, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954, número extraordinario, vol. I, pp. 207-283; IDEM, "Equivalencia de *civitas* en el *De civitate Dei*", en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954, número extraordinario, vol. II, pp. 356-454; IDEM, "Perfil humano de San Agustín", en *Ecclesia*, Madrid, 1954, pp. 600-602; IDEM, "Después del centenario de San Agustín", en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1955, pp. 5-9; IDEM, "San Agustín: jerarquía y totalidad", en *Augustinus*, Madrid, 1956, pp. 9-21; IDEM, "La idea de los *dos reinos* en la dialéctica de San Agustín. Resumen de tesis doctoral", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1 (1957), pp. 237-239; IDEM, "Derecho y Estado en la concepción agustiniana de las *dos civitates*", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, enero-febrero (1958), pp. 13-15; IDEM, "Santa Mónica: perfil biográfico", en *Año Cristiano*, Madrid, II (1959), pp. 277-288; IDEM, "La dialéctica de los *dos reinos* en la filosofía agustiniana del Derecho y del Estado. Parte sistemática", en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1959, pp. 5-72; IDEM, "San Agustín y El Escorial. Razón y tiempo de *La Ciudad de Dios*", en *Nueva Etapa*, 47 (1981), pp. 73-77; IDEM, Augustine's Concept of the Just War, en *Nueva York: N. B. Franklin House*, 1985, pp. 302-307; IDEM, "El concepto de San Agustín de la guerra justa", en *Saint Augustine, Father of European and African Civilization*. International Conference of the Schiller Institute, November 1-3, 1985 in Rome. Nueva York: N. B. Franklin House, 1985, pp. 61-67; IDEM, "St. Augustine, realistic pacitism, and the Strategig Defense Initiative, en *ELR, Executive Intelligence Review*, Washington, 47 (1985), pp. 53-55; IDEM, "Frente al pacifismo utópico y manipulado, el pacifismo realista de San Agustín", en *Benegeli, Revista de Arte, Ciencia y Buen gobierno*, México, 2 (1986), pp. 44-47.

*Hipona. Historia y Humanismo Jurídico*⁵⁵⁵, cuyo título usamos para referirnos a definir la trayectoria intelectual del sabio agustino.

En esta obra analiza el pensamiento de San Agustín centrado fundamentalmente en las tres obras cumbres del genio de Tagaste: *Confesiones, De Civitate Dei y De Trinitate*, que el P. Gabriel del Estal, a pesar de ser una trilogía inacabada, califica como “*los tres vuelos del Águila de Hipona*”, pero es esta una obra de carácter filosófico y teológico, más que jurídico, y basta aquí sólo la mención, dada la importancia de la misma, pues un análisis más denso excedería de la naturaleza de esta tesis⁵⁵⁶. Sirva esta referencia para expresar el “*vuelo humanista cristiano*” de nuestro sabio agustino.

Desde un punto de vista más técnico, más jurídico, de todos los temas y trabajos realizados sobre San Agustín por el P. Gabriel del Estal nos interesa especialmente al objeto de esta tesis por su matiz social y político el trabajo publicado con ocasión del XVI centenario del nacimiento de San Agustín titulado: *Equivalencia de “civitas” en el “De civitate Dei”*⁵⁵⁷.

En dicho trabajo analiza las diferentes vertientes del término *civitas* y los aspectos que destacan en relación con la magna obra de San Agustín titulada: *De civitate Dei*.

⁵⁵⁵ Nos referimos a su fundamental obra sobre San Agustín: DEL ESTAL, G., *Los tres vuelos del Águila de Hipona. Historia y Humanismo Jurídico*, EDES, San Lorenzo de El Escorial, 2001. Se refiere en ella a las tres obras más importantes de san Agustín: *Confesiones, La Ciudad de Dios y De la Trinidad*.

⁵⁵⁶ Un estudio sobre la citada obra del P. Gabriel del Estal puede verse en: RODRÍGUEZ DÍEZ, J., “El pensamiento de San Agustín en Gabriel del Estal. (Trilogía de Confesiones, Ciudad de Dios, Trinidad)”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, pp. 53-89.

⁵⁵⁷ IDEM, “Equivalencia de *civitas* en el *De civitate Dei*”, en *La Ciudad de Dios*, número extraordinario en homenaje a San Agustín en el XVI centenario de su nacimiento, El Escorial, 1954, vol. II, pp. 356-454.

A partir de la filología, el P. Gabriel del Estal analiza la triple equivalencia del término *civitas*: la latina, ciudad; la germánica, estado; y la eslava, imperio o reino. En la equivalencia clásica aparecen los términos *civitas* y *polis*. En ambos, dice el P. del Estal, porque en el mundo antiguo:

“Estado e Iglesia están implicados, hay una vinculación religiosa que más tarde, lentamente, va secularizándose cuando aquéllas, polis y civitas, van estando más atentas al culto del poder y empeñadas en la defensa del predominio y de la hegemonía. Cada una de ellas va delimitando sus contenidos sociales. Y la civitas va logrando ser una célula de vida común integrada por un centro nuclear y un fondo plasmático. El núcleo, explica, es Roma; el plasma, todo el imperio. La civitas romana de esa forma desborda el moderno concepto de ciudad”⁵⁵⁸.

Lo que el P. Gabriel del Estal viene a apuntar con su ensayo es cómo San Agustín va variando y configurando sus acepciones de *civitas* hasta que logra que quepan en su noción las dos a las que se refiere su pensamiento debido a que da al término una amplia significación cuyo rasgo pudiera hacerse por el triple elemento de la multitud de hombres, vínculo de concordia y razón pública del mando y obediencia. Así, la ciudad, dice el P. Gabriel del Estal, podría ser definida, desde el Obispo de Hipona, como una:

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 413.

“Multitud de hombres unidos entre sí, bajo algún vínculo de comunidad mediante la concordia de mando y obediencia entre los ciudadanos”⁵⁵⁹.

Para comprender mejor el alcance de la pretensión de San Agustín, el P. del Estal hace una comparación y análisis de los términos equivalentes que usa el santo en la literatura agustiniana:

- *Civitas y societas, civitas y urbs* encerrando el dilema de lo universal y lo limitado:

- *Civitas y ecclesia*, el dualismo abierto dialécticamente entre las dos ciudades, cuya oposición es tan solo funcional y no implica al Estado como una encarnación substantiva del mal;

- *Civitas y populus, civitas y república, civitas y gens*, referida a la raigambre social sobre la que ésta se asienta;

- *Civitas e imperium* en el que queda resaltada la *auctoritas* como nexo y mando;

- *Civitas y saeculum* como contenido de temporalidad o expresión metafísica del devenir;

- *Civitas y patria* como lugar de los padres y de lo paternal; y, finalmente,

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 416.

- *Civitas y regnum* como realizaciones del Principado de Cristo o de Luzbel.

Tras este meticuloso análisis, el P. Gabriel del Estal desvela, en el último epígrafe el tema del término ideal con el que puede traducirse ideológicamente la voz *civitas* empleada con un acento especial y con la dificultad terminológica que, en ocasiones, guarda la literatura agustiniana y que resulta ser, para nuestro sabio autor, el de *regnum*, ya que éste traduce, según indica: “*el nervio lógico, la riqueza de notas y el dinamismo que la palabra agustiniana quiso encerrar*”⁵⁶⁰.

7.2.2. La autenticidad de la piedra escurialense

La piedra escurialense marcó en el pensamiento del P. Gabriel del Estal una nota esencial como norma de conducta y como objetivo último: la autenticidad de vida y la autenticidad de obra.

El P. Gabriel del Estal buscó siempre hacer el mejor bien posible tanto a las personas como a las instituciones de su entorno; es decir, a las personas e instituciones que formaban la comunidad en la que él vivía. Fue un hombre de bien, un hombre justo y de paz, que pasó, según la máxima evangélica, haciendo el bien y ayudando a quien pedía su colaboración, pero sin venderse a nada ni nadie. En esto radica su autenticidad como norma (es decir, como derecho) y como objetivo (es decir, como bien de la Comunidad, de la Sociedad y del Estado en que le tocó vivir).

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 450 y ss.

Esta autenticidad de vida (como norma de conducta y como objetivo), que el P. del Estal adquiere de la solemnidad, de la autenticidad de la piedra de El Escorial, la llevó también al terreno de la ciencia jurídica tanto en la enseñanza del Derecho como en la investigación buscando unir lo social, lo jurídico y lo político. Este es el eje central de su pensamiento caracterizado por el diagnóstico del problema social, su enfoque jurídico y su propuesta para el marco de la Comunidad.

Y es que el P. Gabriel del Estal buscaba el análisis, la disección, la anatomía hasta el último entresijo, asimilando todo lo que es posible de la materia estudiada. Al P. Gabriel le gustaba llegar al fondo de las cosas, y de los problemas, y de los autores, de donde nace su compromiso de rigor con su pensamiento y su obra jurídica. Precisando aún más, cabe señalar que esta coherencia la ganó el P. Gabriel en sus monografías más relevantes en las que abordó temas sociales que van a ser el eje alrededor del cual articula su obra jurídica, desde la autenticidad de la piedra escurialense a la que dedicó numerosos trabajos⁵⁶¹, habiendo incluso pronunciado en

⁵⁶¹ DEL ESTAL. G., “El P. Jerónimo Montes en la penología española”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1952, pp. 412-416; IDEM, “Turismo y filosofía: de San Quintín a El Escorial”, en *Religión y Cultura*, Madrid, 3 (1958), 3, pp. 61-84; IDEM, “Arquitectura filológica de El Escorial”, en *Hogar y Arquitectura*, 1963, pp. 56-69; IDEM, “Arquitectura filológica de El Escorial. (II. Indagaciones sobre la Herrería)”, en Número extraordinario de Nueva Etapa, El Escorial, 1963, pp. 41-50; IDEM, “La Iglesia, Trento y El Escorial”, en *El Escorial. IV centenario de la fundación del monasterio de San Lorenzo el Real*, 2 vols. Madrid: Patrimonio Nacional, 1963, vol. I, pp. 467-527; IDEM, “Los estudios superiores de San Lorenzo el Real. Memoria histórico-crítica sobre sus fundamentos y títulos en ambos Derechos” en *El Escorial: Biblioteca “La Ciudad de Dios”*, 1964, pp. 1-48; IDEM, “El Escorial en la transición de San Jerónimo a San Agustín. Titularidad jurídica y circunstancia histórica”, en *Monasterio de San Lorenzo el Real. El Escorial. IV centenario de su fundación*. El Escorial: Biblioteca “La Ciudad de Dios”, 1964, pp. 561-616; IDEM, “Estado actual de las gestiones sobre el proyecto de Universidad Agustiniense Escurialense” en *Boletín informativo de la provincia*, 1 (1969), pp. 17-22; IDEM, “Apéndice documental sobre el Real Colegio Universitario María Cristina”, en *Anuario jurídico escurialense*, El Escorial, 1971, pp. 441-506; IDEM, “Alfonso XII en El Escorial”, en *Real Colegio de Alfonso XII. Primer Centenario, 1875-1975*, El Escorial, 1975, pp. 14-20; IDEM, “Las tres construcciones de El Escorial”, en *Los Domingos de ABC*, 18 de diciembre de 1977, pp. 7-14; IDEM, “El Escorial y las Casas de Oficios”, en *Nueva Etapa*, 1980, pp. 167-172; IDEM, “El Escorial: Urbanismo y naturaleza. I. De la leal villa al Real Sitio”, en *Reales Sitios*, 1982, pp. 45-68; IDEM, “El Escorial: Urbanismo y naturaleza. II. A. Razón histórica y lenguaje ecológico”, en *Reales Sitios*, 1983, pp. 17-37; IDEM, “El Escorial: Urbanismo y naturaleza. II. B. Mística envolvente del bosque”, en *Reales Sitios*, 1984, pp. 9-31; IDEM, “El Escorial, clave de Estado. Cesarismo pluralista de Felipe II, entre señorazgo medieval y centralismo borbónico”, en *La Ciudad de Dios*, El Escorial, 1984, pp. 623-674; IDEM, “Estudios superiores de El Escorial”, en

San Lorenzo de El Escorial por dos veces el Pregón de las Fiestas patronales con ocasión de la celebración de diferentes festividades⁵⁶².

7.2.3. La realidad social y política de su tiempo

El tercer vuelo del Águila de El Escorial al que se aproxima y dedica su más nutrida y rica trayectoria intelectual es la realidad social y política de su tiempo.

El P. Gabriel del Estal mantuvo un diálogo extenso y activo con la realidad social y política en la que vive: son los años finales de la dictadura franquista y el comienzo de la transición española. Y así le vemos informado al respecto de los acontecimientos que marcan la Historia, pero lo hace con el tamiz agustiniano y humanista que le caracteriza, y la autenticidad, el rigor y la solemnidad de la piedra escurialense sobre la que reposa sus reflexiones.

El pensamiento del P. Gabriel del Estal en este aspecto se traduce en la búsqueda incesante de la realidad jurídica, social y política, para aplicar sus dotes humanistas agustinianas y la autenticidad de su modo de contemplarlas e incluso en adoptar una rectificación lingüística del Derecho. Y es que, efectivamente, la realidad de la Justicia se designa en griego personificada simbólicamente en la diosa de la justicia, es *dike*, que

Los agustinos en el monasterio de El Escorial. San Lorenzo de El Escorial, Ediciones escurialenses, 1985, pp. 80-95; IDEM, “Nuevo Escorial universitario. I Centenario de los agustinos en el monasterio de San Lorenzo el Real”, en *La Ciudad de Dios*, El Escorial, 1985, pp. 413-512; IDEM, “El Escorial: La Semana Santa del monasterio”, en *Reales Sitios*, 1985, pp. 37-57; IDEM, *Nuevo Escorial Universitario*. El Escorial: Ediciones escurialenses, 1986, Colección *Pax Juris*, 17.

⁵⁶² DEL ESTAL. G., Pregón de la romería de Nuestra Señora de Gracia, patrona de San Lorenzo de El Escorial, 10 de septiembre de 1977, víspera de la fiesta. San Lorenzo de El Escorial: Cofradía de Nuestra Señora de Gracia, María, Madre de Dios y Madre nuestra, 1977; IDEM, Pregón de las fiestas de San Lorenzo el Real de El Escorial 1983, 9 de agosto, víspera de los festejos. San Lorenzo de El Escorial: Ayuntamiento del Real Sitio, 1983.

en latín se expresa en forma verbal como presente impersonal (*licet*) que significa: es lícito, es justo; y como participio con sentido sustantivo *licitum* (lo lícito, lo justo)⁵⁶³.

Es significativo, en este sentido, el peso que la Historia, la Filosofía y la tragedia griega tienen en el pensamiento del P. Gabriel del Estal. No es difícil conocer las motivaciones que tiene por estas disciplinas, pues estas preferencias muestran la ponderación y la ecuanimidad de un humanista que puso por escrito en sus más célebres obras, que analizaremos al examinar sus aportaciones, así como sus escritos dirigidos al público en general, como son los artículos aparecidos en la prensa diaria, entre ellos, los que figuran en las páginas del diario *ABC*, donde colaboró durante más de treinta años, desde mayo de 1952 hasta 1986.

Que la Historia dejó poso en la obra del P. del Estal lo vemos en sus estudios sobre la Monarquía y las Cortes generales, pero también la literatura no le fue ajena, puesto que, además de poeta, diversas obras han estado presentes en su pensamiento. Y, por último, el tercer elemento significativo de su pensamiento es la filosofía. El P. Gabriel del Estal escribe desde la reflexión meditada, pausada, serena, pero concienzuda. Y es que el Derecho político no cabe para el P. Gabriel del Estal en una sola melodía, es un conjunto armónico donde se concitan al mismo tiempo y se armonizan Historia, Literatura y Pensamiento. Y este conjunto armónico en la pluma del P. Gabriel del Estal es lo que le hace un genuino intelectual.

Decía el prestigioso agustino, P. Saturnino Álvarez Turienzo, catedrático de Filosofía en Salamanca acerca de él:

⁵⁶³ DEL ESTAL, G., “Derecho y retórica”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1953, pp 375-394; IDEM, “Cuatro notas filológicas para juristas y psicólogos”, en *Anuario jurídico escurialense*, 3 (1962), pp. 431-452.

“Su vocación de estudioso se caracterizaba por la apertura a saberes de muy variada lección. No era el padre Gabriel el temible homo unius libri. Si en ocasiones resultaba temible era por empeñarse en serlo; por querer apurar su argumento hasta dar cuenta de todo él en todos sus detalles. Cuando estaba metido en una investigación se sumergía en ella y podía llegar a ser absorbente de la atención de cuantos encontrase en el camino dispuestos a echarle una mano. Así es que ciertos trabajos suyos dan la imagen de un empedrado de erudición sin cuento que, por lo rara, al menos a veces, delata lo laborioso que ha tenido que ser el conseguirla”⁵⁶⁴.

En la necrológica que hice sobre el P. Gabriel del Estal a su muerte, escribí entonces estas palabras:

“Entre los alumnos corrían muchos mitos sobre la persona del P. Gabriel. Unos decían que era astrónomo, otros que era poeta, e incluso se decía que era amigo personal del Rey porque, decían, había sido su profesor cuando éste era Príncipe y vivía en la Casita del Príncipe. Pero nunca hice caso a esos bulos y me quedé con la imagen que yo tenía de él y que ahora al conocerle había mejorado. Y no sé cuánto habría de realidad en aquellas habladurías, pero desde luego el P. Gabriel del Estal se me reveló como un trabajador infatigable, culto, exhaustivo, preciso en la palabra, inagotable en el saber, bondadoso en el rostro y en las relaciones, de trato cálido y sencillo, y un ser

⁵⁶⁴ ÁLVAREZ TURIENZO, S., “Un genuino intelectual” en ABC, 13/11/2008.

humilde, como corresponde a los sabios, que sabía despojarse naturalmente de toda arrogancia y vanagloria”⁵⁶⁵.

El P. Gabriel del Estal, era, desde luego, perito en vientos. Dominaba las velas del *trívium* y el *cuadrivium* y podía navegar aproando rumbo al saber infinito con brisa a su favor. Entendía el secreto de las estrellas y la profundidad de Dios. En su ordenada mente está la tragedia griega, la piedra filosofal y el mundo de las siete esferas transparentes. Y hasta tenía noticias sobre el mar de lodo en que Platón disuelve la Atlántida.

⁵⁶⁵ RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El P. Gabriel del Estal en el recuerdo de un alumno”, en *Nueva Etapa*, 77 (2010), pp. 259-267.

7.3. Personalidad

Tres aspectos vienen a marcar su personalidad: su profesión docente y religiosa, su esencia política y la creación poética.

7.3.1. El P. Gabriel del Estal, maestro agustino

La vertiente docente del P. Gabriel del Estal es sin duda esencial en su biografía al responder a su inicial vocación religiosa, pronto sentida y siempre mantenida hasta su último día. Quiso ser religioso y docente desde su juventud, y consiguiéndolo se realizó como ser humano.

Su magisterio como profesor de Derecho político en el Real Colegio universitario "*María Cristina*" de San Lorenzo de El Escorial es bien conocido y de ello dan testimonio la ingente cantidad de generaciones que pasaron por sus enseñanzas y los numerosos discípulos suyos, entre los que tenemos el orgullo de sentirnos.

Tuve la fortuna de ser alumno del P. Gabriel del Estal cuando impartía la asignatura de Derecho político y Sistemas constitucionales en el curso 1984-1985, en el último curso que dio en la Universidad "*María Cristina*" de El Escorial, a punto de estrenar su jubilación como docente, para consolidar aún más su asentamiento como escritor.

Si todas las clases de los sabios agustinos que impartieron su docencia en El Escorial fueron memorables, las del P. Gabriel del Estal resultaban brillantes por su

claridad, rigor y dominio de la asignatura. En ellas lograba ofrecer en un par de horas al alumnado, formado por jóvenes de diferentes provincias, una sugestiva panorámica del Derecho constitucional comparado y de nuestro Derecho político español, objetivo no fácil de alcanzar dados los tiempos de cambio que se iniciaban con la transición española y en cuya consecución reveló su capacidad de síntesis y sus profundos conocimientos.

Es de destacar que el P. Gabriel del Estal, como maestro atento a la realidad social y política, fue consciente de la importancia de los momentos que España estaba viviendo y supo prestar sus valiosas aportaciones a los alumnos y favorecer así el conocimiento de la disciplina y la importancia de los momentos que se vivían entonces en España.

Su magisterio se prolongó en sus obras, que son testimonio vivo de su sabiduría. Los libros del P. Gabriel del Estal han tenido amplia difusión en los sectores sociales y políticos. Y su columna en el diario *ABC* denota la actividad de un pensador incansable, atento a la realidad.

Recomendaba a la juventud el P. Gabriel del Estal, en una entrevista concedida con ocasión del XXV aniversario de algunos centros de enseñanza agustinos especialmente puestos en marcha por él:

“Todo lo que el hombre hace en su vida, con el pensamiento o con la acción, lleva escrito un mensaje. El mío, como educador, ha sido y sigue siendo éste, dirigido a los jóvenes:

Estudad bien la carrera, en todas las asignaturas y todos sus niveles, primarios, medios y superiores. No existen materias inútiles. Ni hay nada en la sociedad potencialmente tan rico como una carrera o un cultivo de los saberes, estudiarlos día a día y hora tras hora con afán y sin tregua.

Practicad la teología del trabajo, injertada en sacrificio constante y, para los creyentes, en oración hecha vida. Ora et labora, reza y trabaja, era el lema de los escritorios medievales, cuando Europa comenzaba a nacer. Hoy, a las puertas del siglo XXI, en nuestra civilización de la eficacia y de las cosas bien hechas aquella máxima tiene esta traducción: rezar es trabajar.

Ya lo expresaba así san Pablo, cuando escribía hace veinte siglos: Si quis non vult operari, nec manducet. O dicho en español: Si alguno no quiere trabajar, ése no coma.

No cultivéis la vagancia. Estudiar en la escuela facilita después triunfar en la vida. Es la clave primera del éxito. La teología del trabajo os enseña, sobre el pupitre de la clase en el colegio y sobre la mesa de estudio de vuestra casa, esta lección”⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ HERNÁNDEZ, L, “Nuevos colegios para nuevos tiempos. Entrevista con el P. Gabriel del Estal”, en *La Escuela Agustiniiana*, núm. 45/46, Abril-Dic 1993, p. 107.

7.3.2. El P. Gabriel del Estal, político de raza.

Sin ser político, era un político de raza, y no sólo por ser un estudioso de la Ciencia política sino por su alta capacidad de gobierno. Vivía con modestia y lo que buscaba era el servicio a la comunidad y a la sociedad, prestándolo generosamente, sin juzgar al régimen, ni temer al compromiso. Su actitud parecía responder a la idea política de Cicerón de vivir en el seno de la República, sea cual sea.

Fue sin duda un dirigente nato. Por eso, fue llamado a desempeñar los elevados cargos de gobierno que le encomendó la Orden agustiniana: Prior provincial de la provincia agustiniana matritense (1964-1970), Definidor provincial (1961-1964), Rector del Real Colegio Universitario “María Cristina” (1955-1958, 1970-1972, 1980-1982) y Director de la revista *La Ciudad de Dios* (1952-1955), lo que le llevó a poder mantener relación con el Jefe del Estado Francisco Franco y, después, con el Rey don Juan Carlos I, con quien mantuvo una relación cordial.

Dice el P. Saturnino Álvarez, compañero de hábito:

“De parecidos registros echaba mano como tracista y ejecutor de las múltiples obras que emprendió en el ejercicio de sus cargos (rector del Centro de Estudios Superiores de El Escorial y prior provincial dentro de la Orden agustiniana). He dicho tracista y ejecutor. Sin demérito para sus actividades intelectuales, creo que lo más propio de su personal genio iba por el camino de hacer de él un gerente o ejecutivo de altura. No había empresa que no estuviera dispuesto a acometer. Lo que acometía lo realizaba.

Se empleó en la reforma de los estudios en el Centro del que fue rector. Reforma en cuanto a su ampliación y a su autonomía. Pero el campo en que su programa renovador tuvo un despliegue más eficaz y visible fue en el de la refundación de las más de las obras de la institución religiosa que presidía. Desde la construcción de nueva planta de varios de los colegios de segunda enseñanza dentro de España, hasta la proyección misionera en países de fuera, casos de Brasil y, sobre todo, Panamá. Entre los edificios por él edificados son los colegios mayores: Mendel y Elías Ahúja (Madrid), colegios de segunda enseñanza: Valdeluz (Madrid), Los Olivos (Málaga), San Agustín (Avilés)”⁵⁶⁷.

En el número extraordinario que la Revista L.E.A. (*La Escuela Agustiniiana*) dedicó a celebrar de los XXV años de algunos de los centros de enseñanza que rige la Provincia religiosa Matritense de los agustinos de El Escorial, figura una entrevista realizada por el P. Luis Hernández al promotor de toda la renovación de las instituciones educacionales, el P. Gabriel del Estal, que es un testimonio excepcional del hombre que ante todo tipo de dificultades y trabajos, buscó la renovación necesaria para cumplir uno de los fines primordiales de los agustinos de El Escorial que es la educación y formación de la juventud. Preguntado por el P. Luis Hernández acerca de las razones que le impulsaron a llevar a cabo la renovación de los centros educativos agustinos decía el P. Gabriel:

⁵⁶⁷ ÁLVAREZ TURIENZO, S., “Un genuino intelectual” en *ABC*, 13/11/2008.

“El factor de veras determinante partió de un triple empuje: la realidad de la sociedad española, la realidad de la Iglesia y la realidad de la Provincia”⁵⁶⁸.

Y es que el P. Gabriel del Estal llevó a cabo una profunda renovación de la Provincia agustiniana matritense, mediante la puesta en marcha de Centros educativos (Colegio Valdeluz de Madrid, Colegio Los Olivos de Málaga y Colegio San Agustín de Avilés), Colegios Mayores de Madrid (Colegio Mayor Méndel y Colegio Mayor Elías Ahúja), al margen de otras vertientes de su actividad institucional como la expansión de la Provincia en América, la proyección parroquial en España y la atención a los Seminarios y otros focos de atención⁵⁶⁹.

Sin ser un hombre de Estado, el P. Gabriel del Estal era un político en toda la extensión de la palabra que sabía entender, como dice el Evangelio, el signo de los tiempos y llevó a la práctica sus dotes mediante la ejecución de obras que redundaron en beneficio de la orden agustiniana. Sin duda, intentó conciliar en su máxima perfección los valores de la Sociedad en la que vivió con las estrategias y posibilidades del Estado, que vio transformarse desde una Dictadura, pasando por la transición española, hasta un Estado social y democrático de Derecho, dotando a la orden religiosa de infraestructuras adecuadas que permitieran hacer realidad sus empresas de altura.

⁵⁶⁸ HERNÁNDEZ, L, “Nuevos colegios para nuevos tiempos. Entrevista con el P. Gabriel del Estal”, en *La Escuela Agustiniana*, núm. 45/46, Abril-Dic 1993, p. 86.

⁵⁶⁹ GARCÍA GRIMALDOS, M., “El Padre Gabriel del Estal, revitalizador de la Provincia Agustiniana Matritense del Sagrado Corazón de Jesús”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, pp. 109-162.

7.3.3. El P. Gabriel del Estal, poeta sublime.

En la personalidad del P. Gabriel del Estal no debe olvidarse algo que representa mucho de su vida: su inclinación por la poesía. Cabe alinearlo, incluso, junto a otras figuras de la vida cultural de este siglo pasado que han coincidido en esto. Es interesante cotejar la actitud de diversos agustinos frente a la poesía. Nunca llegó a plantearse la posibilidad de dedicarse a la poesía, afortunadamente para la Ciencia política española, pero la cultivó desde muy joven y mantuvo durante toda su vida la fidelidad a los versos, cultivándola como escritor con publicaciones de gran belleza y estilo, desprovistos del apasionamiento que es frecuente en algunos aficionados y de lo que da cuenta un buen número de publicaciones poéticas⁵⁷⁰.

Asimismo, en el archivo de la Provincia, Residencia Provincial Tomás Cámara, se conservan un gran número de poesías aún inéditas, del más variado contenido y

⁵⁷⁰ DEL ESTAL, G., “Memento”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1942, pp. 30-31; ID, “Retorno. Canto a la nueva España” en *El Colegial*, El Escorial, 1943, pp. 12-13; IDEM, “Saludo de turrón”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 2 (1943), p. 30; IDEM, “El Arce del Bosque”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 2 (1943), pp. 41-43; IDEM, “Sembrar”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 2 (1943), p. 30; IDEM, “A vosotros”, en *El Colegial*, El Escorial, 1944, p. 2; IDEM, “Un retrato”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 10 (1944), p. 21; IDEM, “Pax hominibus”, *Bosquecillo*, El Escorial, 10 (1944), p. 31-32; IDEM, “Novicio del Escorial”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 10 (1944), p. 41-46; ; IDEM, “Himno del Colegio Alfonso XII”, en *El Colegial*, 1945, p. 41; IDEM, “El abrazo del ángel”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 21; “IDEM, “Dolorosa” en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 69-70; IDEM, “A la puerta de mi casa”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 89; IDEM, “Sombra eucarística”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 53; IDEM, “Mi regalo” en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 145; IDEM, “Nocturno”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1946, p. 148; IDEM, “El éxtasis de Ostia (soneto a san Agustín)” en *Bosquecillo*, El Escorial, 29 (1946), p. 11; IDEM, “Tríptico de sonetos” en *Bosquecillo*, El Escorial, 29 (1946), p. 16-17; IDEM, “La conversión del genio”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1951, p. 223; IDEM, “Luz en la noche”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1951, p. 268-9; IDEM, “Fronda y piedra”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1952, p. 175-76; IDEM, “Nunca es tarde” en *Bosquecillo*, El Escorial, 81 (1952), p. 289; IDEM, “Navidad” en *Bosquecillo*, El Escorial, 81 (1952), p. 406-11; IDEM, “El redentor con estrellas”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1953, p. 56; IDEM, “Zapatico azul”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1953, p. 18; IDEM, “Romanza de Reyes”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1954, p. 12; IDEM, “Una medalla”, en *Bosquecillo*, El Escorial, 1961, p. 308.

estructura, que esperan una mano experta que separa arrancarlas de las sombras del olvido⁵⁷¹.

Desde esta tesis animamos a que esa mano desconocida pueda reunir en un solo volumen toda la obra poética del P. Gabriel del Estal en una magna antología para deleite de todos. Creemos que sería un acto de justicia y merecido homenaje a la figura del sabio agustino.

Queremos dejar aquí un soneto agustiniano con el que el P. Gabriel del Estal, poeta, homenajea en verso a san Agustín en el XVI centenario de su nacimiento. Pertenece a un tetracordio agustiniano titulado *Evocación y Presencia*:

Hijo de lágrimas⁵⁷²

Un suspiro de cítaras en flor
de dos labios marchitos se desprende,
y un madrigal de súplicas enciende
en la llama inextinta del amor.

Con nostalgias de luna y ruiseñor
una brisa de pétalos desciende
y en rocío de lágrimas se extiende
sobre el roto cristal de su dolor...

⁵⁷¹ CASTAÑO DE LA PUENTE, F., "In memoriam. P. Gabriel del Estal Gutiérrez (10.XI.2008)", en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, p. 51.

⁵⁷² DEL ESTAL, G., "Evocación y presencia", en *Caracola*, 26 (diciembre), Málaga, 1954.

Junto a un ala de líricas dulzuras,
la madre eleva ansiosa a las alturas
las sufridas virtudes del hogar.

Pero el hijo, a caballo en las pasiones,
deshoja entre sus locas ilusiones
la oración del idilio familiar.

CAPÍTULO OCTAVO. APORTACIONES AL DERECHO POLÍTICO

Fueron muchos los temas abordados por el P. Gabriel del Estal, pues fue un autor prolífico. De su vasta bibliografía, cercana a las 400 publicaciones, podemos concretar sus aportaciones al Derecho político español en cinco grandes temas, que consideramos son el eje nuclear de su pensamiento: la realidad del objeto del Derecho político; el derecho a la vida, la institución familiar y el problema de la educación; la Monarquía: el Rey como figura sagrada e inviolable; el Cristianismo frente al Marxismo; y, por último, la idea de Justicia a partir de la tragedia griega.

8.1. La realidad del Derecho político

¿Qué es en realidad la política? ¿Cuál es la realidad jurídica de la política? ¿Qué es la política como realidad social? ¿Y en qué consiste lo social?

Varias son las preguntas que se hizo el P. Gabriel del Estal para definir la realidad del Derecho político. Y en lo que está de acuerdo el sabio agustino es en establecer una correlación entre las formas de sociabilidad o de relación social y las formas políticas como formas del Derecho político. Es decir, para el P. Gabriel del Estal, la política y las formas sociales son inseparables. Y esta es una de las cuestiones nucleares del pensamiento jurídico del P. Gabriel del Estal⁵⁷³.

El P. Gabriel del Estal sitúa, en primer lugar, la cuestión social como ámbito al que pertenece la política. Con la política nos encontramos en la vida ordinaria, en la

⁵⁷³ DEL ESTAL. G. “Política ¿para qué?”, en *LEA (La Escuela Agustiniiana)*, 4 (1979) pp. 41-43.

vida cotidiana, porque forma parte de la necesidad de una sociedad de constituirse como grupo humano. Por eso, es esencial la determinación, *prima facie*, de las ciencias sociales como la rama de la ciencia relacionada con la sociedad y los comportamientos humanos⁵⁷⁴.

Además, lo social es, a juicio del P. Gabriel del Estal, una denominación genérica para las disciplinas o campos del saber que reclaman para sí mismas la condición de ciencias, que analizan y tratan distintos aspectos de los grupos sociales y de los seres humanos en sociedad. Éstas se ocupan tanto de sus manifestaciones materiales como de las inmateriales.

Otras denominaciones confluyentes o diferenciadas, según la intención de quien las utiliza, son las de ciencias humanas, humanidades o letras (términos que se diferencian por distintas consideraciones epistemológicas y metodológicas). También se utilizan distintas combinaciones de esos términos, como la de ciencias humanas y sociales.

Las ciencias sociales estudian el origen del comportamiento individual y colectivo buscando descubrir las leyes sociales que las determinan y que se expresan en el conjunto de las instituciones y sociedades humanas⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua da “ciencias humanas” como sinónimo de “ciencias sociales”; y “humanidades” como sinónimo de “letras humanas” (literatura, y especialmente la clásica): Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2014). «ciencia». Diccionario de la lengua española (23.ª edición). Madrid: Espasa. ISBN 978-84-670-4189-7. Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2014). «humanidades». Diccionario de la lengua española (23ª edición).

⁵⁷⁵ DEL ESTAL, G., “Lo social y las ciencias sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950, pp. 5-60.

Nuestro maestro, al determinar la realidad del objeto de lo social introduce en su pensamiento dos limitaciones a la política: las que derivan de los propios límites del Derecho impuestos por la realidad social; y, en segundo lugar, la ciencia jurídica se limita al Derecho que acontece, por esta razón la ciencia jurídica moderna excluye de su ámbito el estudio del Derecho natural, al que nuestro sabio agustino dedica una serie de trabajos para configurar el origen mismo del Derecho como veremos más adelante.

Esta consideración del Derecho político desde las Ciencias sociales, para el P. del Estal, apunta hacia una amplia concepción del mismo que no se detiene en la norma, sino que abarca también las formas sociales⁵⁷⁶, las reglas sociales⁵⁷⁷, y las personas sociales⁵⁷⁸. En este sentido, las ciencias relacionadas con la interacción social: son la Ciencia política y el Derecho.

Y es que, a juicio del P. Gabriel del Estal, Kelsen no es un adversario o un enemigo de la Sociología. El sabio agustino demuestra que Kelsen, en el esfuerzo de asegurar la pureza de su doctrina preservándola de las contaminaciones que proceden de la Sociología por una parte, y de la doctrina del Derecho natural por la otra, proporciona contribuciones al estudio de los problemas Sociológicos del Derecho y la Justicia.

Es más, el P. Gabriel del Estal apunta al modo en que Kelsen define la naturaleza y el objeto de la Sociología empírica del Derecho con mayor exactitud que

⁵⁷⁶ IDEM, “Lo social y las formas sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950, pp. 273-312.

⁵⁷⁷ IDEM, “Lo social y las reglas sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950, pp. 476-526.

⁵⁷⁸ DEL ESTAL, G., “Comunidad y persona social”, en *I Semana Española de Filosofía*, Madrid, C.S.I.C., 1951. p.52; IDEM “Comunidad y persona social”, en *Revista Internacional de Sociología*, 11 (1953), pp. 5-26. Comunicación leída en la I Semana Española de Filosofía (Madrid, 6. nov. 1951).

los padres fundadores de esta disciplina⁵⁷⁹ y pone en evidencia los estrechos vínculos que existen entre el Derecho natural y la Sociología, señalando errores comunes apostando por la conveniencia de desarrollar investigaciones para la política del Derecho.

Por esta razón, para el P. del Estal, aunque Hans Kelsen es considerado como uno de los máximos representantes del llamado positivismo jurídico, conforme al cual ninguna razón externa al ordenamiento jurídico legitima su existencia y obligatoriedad, de modo que el ordenamiento jurídico se presenta como un sistema de normas que reciben de forma escalonada o progresiva unas de otras su fundamento de validez y legitimidad, siendo así que los propios órganos de los que emanan las normas ostentan la facultad legislativa porque, a su vez, una norma jurídica se la ha conferido, sin embargo, los principios de jerarquía normativa y de competencia que articulan esta teoría iuspositivista del Derecho decaen ante la Constitución, pues surge la pregunta sobre la fuente de la legitimidad de la propia Constitución o de la norma que aparece como suprema en un ordenamiento jurídico. Esto es, ¿cuál es la norma que legitima a la misma Constitución?

Para el P. Gabriel del Estal la principal característica de esta Norma Fundamental es que no es positiva, es decir, no es una norma jurídica escrita, sino una hipótesis. De modo que el pensamiento jurídico-positivista ha de acudir a una noción hipotética, metajurídica o no positiva para fundamentar sobre ella toda la validez del sistema jurídico, constituyendo su razón⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ DEL ESTAL, G., “Teoría pura del Derecho y Sociología, por Hans Kelsen. Un libro desdoblado en tres”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 164 (1952), pp. 394-411.

⁵⁸⁰ DEL ESTAL, G., “Lo jurídico y lo metajurídico”, en *La Ciudad de Dios*, 164 (1952), pp. 467-512; 165 (1953) pp. 33-101. Según dice el autor en nota de la p. 33, el art. anterior “*corresponde a los*

El positivismo jurídico de Kelsen, en consecuencia, según expone el P. del Estal, acude de modo esencial a conceptos trascendentales para justificar sus postulados. Por ello, inmediatamente se trató de desvincular esta categoría de su incardinación en sistemas normativos ajenos al jurídico, como la moral o el denominado Derecho Natural, del cual nuestro sabio agustino es partidario defensor.

Por lo tanto, sin perjuicio del muy relevante aporte para el positivismo jurídico que supuso la noción de la Norma Fundamental plasmado en la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, se trata de un planteamiento no cerrado, posteriormente corregido y que no consigue amurallar el ordenamiento jurídico en sí mismo, como así pretendía, no pudiendo mantenerlo ajeno a un fundamento trascendente o metajurídico, desbordando de este modo lo estrictamente jurídico para adentrarse en campos también inherentes al ser humano, pero diferentes al del Derecho⁵⁸¹.

Pero hay otro aspecto relevante y es que, para el P. Gabriel del Estal, la realidad del Derecho no solo es su contexto social y político, sino también consiste en la libertad. Y en este sentido, el Derecho natural es la forma de la libertad.

En el Derecho natural no cabe la reducción normativista del derecho a la ley. El P. Gabriel del Estal señala que el derecho natural procede de la ley natural según la concepción de la Escolástica tradicional y de Aristóteles, donde la ley natural no es

apartados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del trabajo en conjunto. El apartado 6º ha salido también a la luz, pero independientemente” como se ha anotado anteriormente en 1952: IDEM, Lo jurídico y lo metajurídico”, II. Derecho natural y Teología: Desdivinización del derecho en el área del iusnaturalismo protestante y retroceso hacia el racionalismo de la filosofía estoica”, en Revista de Estudios Políticos, Madrid, 1941-1942, pp. 133-149.

⁵⁸¹ *Ibidem*, pp. 467-512.

propriadamente derecho, sino moral. En este sentido, el Derecho natural y la teología se relacionan entre sí.

La Ley eterna no tiene ninguna realidad propia en sí misma, sino en cuanto es construcción humana proyectada por la Divinidad. Por tanto, la realidad del Derecho, como cuestión social y política está en el Derecho natural como Derecho divino, que afirma su personalidad jurídica entre la persona humana, porque el Derecho natural tiene como punto de arranque a Dios, para hacerse realidad entre el ser humano, que es persona en la medida en que forma parte de una comunidad social y jurídica organizada políticamente.⁵⁸²

Por tanto, el P. Gabriel del Estal se opone a una consideración normativista o positiva del Derecho natural, que asocia a la Teología. El Derecho natural pertenece a la realidad jurídica en cuanto puede existir como estructura de la vida social y no como una resistencia frente al Derecho positivo.

Todo derecho es Derecho vigente, puesto o positivo, y el Derecho natural es vigente por su esencia eterna, por su contenido absoluto, y por las exigencias éticas que se dan en él, frente al Derecho positivo que es el impuesto por el Estado en cualquier forma de vida social con sentido de la justicia y dotada de positividad.

Como se ha apuntado por algunos constitucionalistas, no puede olvidarse que en los orígenes del Derecho constitucional influyó vivamente el iusnaturalismo. Aunque la corriente iusnaturalista arranca de fuentes muy lejanas, sin embargo, aquel

⁵⁸² *Ibidem*, pp. 133-149.

iusnaturalismo inspirador de teóricos como Locke, Montesquieu o Rousseau, llevó consigo aspectos del iusnaturalismo tradicional. Y esta afirmación es un lugar muy común en las consideraciones sobre el Derecho natural⁵⁸³.

Por tanto, para definir la realidad del Derecho político, el P. Gabriel del Estal no parte del Derecho positivo, sino del Derecho natural, de lo metajurídico, como aquello que permite conocer su contenido social. El P. del Estal llama a este proceso “*desdivinización del Derecho*”, en tanto se produce un apartamiento paulatino, pero seguro, de las bases teológicas, alejamiento de la fundamentación divina y religiosa para afincarse en bases y motivaciones exclusivamente humanas y sociales⁵⁸⁴.

Y es que el P. Gabriel del Estal, desde su humanismo agustiniano, no desconoce el pensamiento de san Agustín, que ha trabajado y elaborado bien, cuando afirma:

*“Por lo respectivo a esta vida mortal, que en pocos días se goza y se acaba, ¿qué importa que viva el hombre que ha de morir bajo cualquier imperio o señoría, si los que gobiernan o mandan nos compelen a ejecutar operaciones impías e injustas?”*⁵⁸⁵.

Por esta razón, el P. del Estal combate con dureza el iusnaturalismo racionalista de protestantes y kantianos porque supone un alejamiento radical del iusnaturalismo católico y desdiviniza el Derecho y, con rotundidad, afirma:

⁵⁸³ LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, Madrid, 1972, pp. 373-374.

⁵⁸⁴ DEL ESTAL, G., “Derecho natural y Teología”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLV, núm. 65, Madrid 1952, pp. 152 y ss.

⁵⁸⁵ SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, V, 17, PL XLI, 160.

“El rumbo nuevo que toma la ciencia del Derecho natural a partir de Grocio no responde a las exigencias íntimas del derecho, ya que toda norma jurídica, así de orden natural como positivo, es regla de conducta esencialmente enraizada sobre el mundo de la sociabilidad. Lo jurídico no puede ir desligado de lo social. Por lo mismo, en el conocimiento del derecho, así natural como positivo, es de todo punto necesario el uso de criterios sociales para proceder con acierto y sin error. Tales criterios, por referencia al derecho natural, se resuelven en el testimonio positivo de una autoridad divina o humana que garantice su autenticidad y haga valer su existencia”⁵⁸⁶.

El Derecho político se sitúa de este modo, en la concepción de nuestro sabio agustino, emparejado con las ciencias sociales a través del Derecho natural. El Derecho positivo puede imponerse socialmente mientras que el Derecho natural no consiste en normas, sino que se basa en la libertad humana y representa la esencia de la persona humana y de la comunidad. De esta manera, para el sabio maestro, la persona es algo previo y fundante de la vida social y política.

⁵⁸⁶ DEL ESTAL, G., “Derecho natural y Teología: Desdivinización del derecho en el área del iusnaturalismo protestante y retroceso hacia el racionalismo de la filosofía estoica”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1941-1942, p. 144.

8.2. El derecho a la vida, la institución familiar y el problema de la educación.

A partir de la década de los años 1980 se suscitó en España un intenso debate sobre la institución familiar, con todo lo que ello implica, singularmente el derecho a la vida y la educación de la juventud, que dio lugar a la puesta en marcha de sucesivas reformas legislativas.

Decía el profesor Lasarte:

“Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el Derecho de Familia el que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas”⁵⁸⁷.

Sobre los efectos derivados de los cambios normativos, señalaba Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga:

“El discurrir de la normativa nacida en 1981 ha sido muy interesante. Y no solo me refiero a los aspectos jurídicos o, incluso, legales, sino muy especialmente a los sociales. Es cierto que el incremento de las rupturas familiares debe ser calificado en sí mismo como un mal. Pero también ha producido una consecuencia benéfica. Los niños que mayoritariamente quieren

⁵⁸⁷ Lasarte, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, VI, Madrid, 2010, p. 6.

ser igual que los demás de su entorno y rechazan, por principio, ser diferentes (...) cuando sus padres se separaban se sentían unos bichos raros y sufrían con ello. Los padres, con parecida frecuencia a aquella con que ahora se separan, llevaban una vida de pareja inexistente o paupérrima, cuando no violenta o francamente desgraciada (...). Pero pocos se separaban. Conceptos religiosos en algunos, temores al futuro económico, y falta de preparación de la mujer en otros, temor a afrontar un cierto aislamiento social, en muchos, llevaban a un gran número de parejas a renunciar al futuro y resignarse a su situación. Con la proliferación actual de progenitores desunidos, los hijos han dejado de ser bichos raros, lo que, al menos, ha tenido este efecto beneficioso”⁵⁸⁸.

Ciertamente, el Derecho de familia ha experimentado en nuestro tiempo una evolución profunda originada por los cambios producidos en los hábitos y en las creencias sociales: la libertad de elección del cónyuge; la eliminación de la dote; la posibilidad de matrimonios mixtos por razones de religión, nacionalidad, raza o clase; la menor sumisión de los jóvenes a sus progenitores y antecesores; la igualdad hereditaria; la admisión del divorcio; el uso de anticonceptivos; la regulación del aborto, etc.

Dadas tantas novedades, en este mundo cambiante, la normativa sobre la familia, contenida en los Códigos Civiles, se había tornado anacrónica y tenía que modificarse. La necesidad patente de actualizar la normativa existente en España sobre el Derecho de Familia procede de dos factores fundamentales:

⁵⁸⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid 2005, p. 18.

- Por un lado, de la conservación, hasta tiempos relativamente recientes, de la redacción originaria del Código Civil español del año 1889, inspirado en criterios propios del momento codificador.

- Por otro, de la aprobación de la Constitución española en el año 1978 que, dando por aceptadas innegables conquistas sociológicas, consagra principios relativos a la dinámica familiar absolutamente contradictorios con los inspiradores de los códigos decimonónicos.

La Constitución española dedica a la familia dos artículos: el 32 y el 39.

Según el primero de ellos:

“1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

De conformidad con el artículo 39:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las

madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La Constitución se refería, además, al interés de la familia en otros artículos:

- En relación con la protección del honor y la intimidad. El artículo 18 señala:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y en función de lo establecido en el artículo 18 del mismo texto legal: *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

- En relación con la formación religiosa y moral de los hijos el artículo 27 indica:

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

- Por lo que respecta al control y a la gestión de los centros docentes sostenidos con fondos públicos el art. 27 dice que:

“Los profesores, padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”.

- En relación con la remuneración del trabajo el artículo 35 ordena que:

“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Pues bien, el P. Gabriel del Estal, sensible a la discusión social, política y jurídica sobre la familia, dedicó numerosas páginas de su bibliografía a abordar el tema, comprometiéndose con posiciones conservadoras por las políticas públicas de defensa de la familia institucionalizada por el matrimonio indisoluble, como institución básica y fundamental de la sociedad conforme a la naturaleza humana, con exclusión de otros tipos de agrupación, y en aras a la consecución del bien común pues, por la familia, defiende el sabio agustino, comienza propiamente la sociedad⁵⁸⁹.

Para el P. Gabriel del Estal el tema de la familia plantea problemas fundamentales de política social. La familia es un espacio común de crecimiento

⁵⁸⁹ DEL ESTAL, G., “La familia entre la persona y el Estado. Instituciones y libertades”, en *Nueva Etapa*, 1977, pp. 69-79.

personal y de distribución de bienes, que fomenta el bienestar, las oportunidades personales y las seguridades básicas que afectan a niños y mujeres. Y esta es una cuestión política que el Estado debe vigilar frente a una concepción incorrecta de las relaciones entre lo propiamente político y lo privado, que dio lugar a modernos debates sobre quienes tienen derecho a ser miembros de una familia como padres o madres, y las responsabilidades y obligaciones derivadas de estos roles⁵⁹⁰.

Con todo, el debate teórico contemporáneo sobre la familia, que apunta hacia su abolición, poco tiene que ver con los postulados asentados por el P. Gabriel del Estal firme defensor de ésta frente a cualquier planteamiento que representase la remota idea de la familia, pues esto no puede implicar sino una pérdida fundamental para el propio ser humano. Por eso el P. Gabriel del Estal no solo trazó las mejores líneas de defensa de la familia y su importancia en la sociedad y en la comunidad política, sino que apuntó cómo la fuerza de la familia estriba en la garantía del amor entre los cónyuges y con respecto a los hijos. Para ello, desde una postura conservadora, sólo reconoce como familia a la familia heterosexual y monogámica, con vínculo legal indisoluble. Y este es el modelo de familia que el sabio agustino señala como el tipo en el cual ha de considerarse como modelo político⁵⁹¹.

Este modelo que defiende el P. Gabriel del Estal descansa, por lo tanto, sobre el carácter necesario y natural de la familia heterosexual y monogámica. No se puede concebir a la familia, según el agustino, como una organización que reposa sobre un contrato; y de otra parte, la familia es una institución fundada, no en la igualdad, sino en

⁵⁹⁰ IDEM, “El sentido de la existencia y su marco biológico-político”, en *Anuario jurídico escurialense*, El Escorial, 11 (1979), pp. 9-101.

⁵⁹¹ IDEM, *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución española*. Prologo del Doctor Botella Llusíá. Madrid, 1979, p. 15.

una diferenciación de funciones. Y en esta estructura se distingue el poder que corresponde al cabeza de familia, la necesaria anuencia de la madre y los hijos que tienen el deber de escuchar y obedecer. Ésta estructura doméstica no puede ser divisible porque es perpetua, es decir, para toda la vida, con lo cual, el P. del Estal, rechaza la posibilidad del divorcio, que entonces no era una realidad social en nuestro país.

En definitiva, el P. Gabriel del Estal, con claras dotes de visionario en esta materia, se oponía profundamente al individualismo liberal que emergía en la década de los años 80 con el surgimiento de una sociedad atomizada en donde los valores económicos y comerciales eran los centrales, desplazando a los valores morales. Las expresiones históricas de este individualismo son, desde un punto de vista cultural y religioso, la Reforma protestante y el movimiento de la Ilustración; y desde un punto de vista político y social, sus manifestaciones son la Revolución Francesa y la llamada Revolución Industrial. Y el P. del Estal rechaza estos movimientos, y se aferra a la familia, la religión, la comunidad laica y la clase social como instituciones fundamentales del emergente Estado democrático de Derecho, en oposición al avance de la ideología liberal de los derechos, el individuo, la propiedad privada y los esquemas contractualistas.

Es claro que, al analizar y defender con vigor estas institución de la familia, el P. Gabriel del Estal contribuyó de una manera importante a la fundación de las modernas Ciencias sociales, a las que como ya hemos apuntado antes, tanta atención prestó como realidad jurídica del Derecho político. Y, en concordancia con estas orientaciones, el punto de partida del análisis del P. Gabriel del Estal es la primacía de lo social sobre el individuo, de ahí que apueste decididamente por dos aspectos esenciales para la familia:

la defensa de la vida como un derecho social; y la educación de la juventud pues, como señalaba, el hombre no existe sino por la sociedad y la sociedad lo forma para ella.

- El primero de los ejes de la familia para el P. Gabriel del Estal es el derecho a la vida y la institución familiar. El P. Gabriel del Estal fue un rotundo defensor de la vida, oponiéndose a cualquier manifestación de supresión de ésta.

La defensa de la vida humana requiere, según el P. del Estal, fundamentos inquebrantables y jamás sujetos a discusión, para asegurarnos de que no se repetirán las diversas barbaries del siglo pasado. El único modo de establecer estos fundamentos firmes es sostener que la vida humana es sagrada siempre, desde su gestación hasta la muerte natural⁵⁹².

En sus escritos se opone con rotundidad a la relativización de la vida que introduce en los subterráneos de la sociedad un frívolo desprecio por la dignidad humana, lo que implica una incapacidad para reconocer al otro y alimenta un oscuro dinamismo de degradación social. Y apuesta por la tutela del derecho a la vida, de una manera tan absoluta, que sea el núcleo mismo de nuestro ordenamiento jurídico y aparezca protegida en las normas básicas y fundamentales de convivencia, que hacen nuestra identidad.

Por eso, nuestro sabio agustino, llama a la política criminal a tutelar a la persona humana. La ley penal positiva, dice, debe por mandato mismo del derecho natural,

⁵⁹² DEL ESTAL, G., “El derecho a la vida”, en *Crítica*, 660 (1978), pp. 12-16; ID., *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución española*. Prólogo del Doctor Botella Llusá. Madrid, 1979; IDEM, “Sí a la vida, no al aborto”, en *Magisterio español*, 16 de noviembre de 1979, pp. 20-23; IDEM, “Política de guerra y derecho de paz ante el derecho a la vida”, en *Anuario jurídico escurialense*, 12 (1980), pp. 185-222.

castigar los actos abortivos a fin de proteger eficazmente la persona por nacer, sean cometidas por un tercero sin consentimiento de la mujer o por ella misma, pues considera que no existe otro delito como el aborto que dé mayor razón de ser a la existencia del derecho punitivo, cuya esencia y legitimidad se fundan en que no puede siempre el Estado actuar con eficacia para impedir con medios directos frenar en forma anticipada el arrebato del ladrón o parar el brazo homicida, debiendo por ello recurrir a la amenaza de la aplicación de una pena como medio de protección, aunque de hecho no se logre muchas veces evitar la comisión de los delitos⁵⁹³.

La despenalización del aborto equivale a legalizarlo, dice el P. del Estal, y señala que, dado que la persona por nacer es incapaz de defenderse por sí misma en forma absoluta, no puede la autoridad social substraerse de castigar el aborto, porque la amenaza de un castigo se presenta como el único medio real de protección. De otro modo, el derecho a la vida se convierte en algo ilusorio y puramente potestativo de terceros. No existe ninguna razón real de política criminal para no punir el aborto⁵⁹⁴.

Apunta, además, una cuestión esencial en el tema del aborto y es la manipulación del lenguaje jurídico. La manipulación del lenguaje consiste en que “*matar a un inocente indefenso*” es presentado como un acto médico o un acto justo. Las palabras “*interrupción médica del embarazo*”, “*aborto terapéutico*”, “*derechos de la mujer sobre su propio cuerpo*” y otras tantas tienen la finalidad de mentir a la sociedad para desdibujar la verdad contenida en el aborto por lo que sugiere eliminar las ambigüedades respecto del aborto⁵⁹⁵.

⁵⁹³ IDEM, *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución española*, Madrid, 1979, pp. 126-128.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, pp. 132-134.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 146 y ss.

- El otro gran eje de la familia es la educación de la juventud. En este sentido, el pensamiento del P. Gabriel del Estal sobre la familia remite a una concepción política de ésta en la que los padres tienen el deber de educar a los hijos y éstos de escuchar y obedecer a sus padres, lo cual se relaciona con la propia sociedad y con el Estado, y no remite solamente al ámbito privado de los contratos ni a las libertades individuales de la persona. Por lo tanto, en la concepción política del P. Gabriel del Estal, la educación tiene dos perspectivas: por un lado, como fuente de la educación moral; y por otra parte, como base natural de nuestra organización política.

El mandamiento divino dice: *“honrarás a tu padre y a tu madre”*. Y este mandamiento funda la familia monogámica. De este modo, a los padres y a los educadores, a juicio del P. Gabriel del Estal, les incumbe la educación de la juventud, pues solo de esta forma el ser humano, ser perfectible, puede llegar a ser provechoso para la sociedad y desarrollarse en plenitud. El joven, dice el P. Gabriel del Estal, que no ha sido formado en esta base, parece si no deviene hombre. Es necesario que aprenda a vivir, que juzgue con su inteligencia lo que le rodea, que luche por todo lo que se opone a la educación recibida. Es necesario que aprenda, que escuche, que obedezca⁵⁹⁶.

Aborda el P. Gabriel del Estal el problema de la educación de la juventud desde un doble aspecto: la laicidad y la juventud y el problema educativo. Es consciente el P. Gabriel del Estal que la laicidad en una concepción amplia es el principio filosófico que establece la libertad de pensamiento, conciencia y religión en su dimensión práctica, como la condición necesaria para aspirar a las máximas cotas de libertad individual y

⁵⁹⁶ DEL ESTAL, G., *Sociedad inconforme. Juventud. Universidad. Iglesia*, Madrid 1973, pp. 171-176.

colectiva. La laicidad es un común denominador que posibilita la convivencia en libertad en un contexto de creciente pluralidad religiosa y en el cual los jóvenes adquieren especial protagonismo como agentes de cambio a partir del proceso generacional. Por eso, se preocupa por la evolución de las creencias en la juventud y las prácticas religiosas así como los límites jurídicos y sociales del modelo de educación vigente en la época en la que escribe, tratando de ofrecer una solución que permita y posibilite una sociedad abierta, equitativa y libre⁵⁹⁷.

A partir de la década de los sesenta, apunta el P. Gabriel del Estal, cómo el joven desairado de la década anterior, atormentado en sus propias confusiones por su paso a la madurez, prepararía el camino a una nueva generación dispuesta a enfrentarse a todo símbolo de autoridad y echarse a la calle para mostrar su contrapoder. Se produciría así un movimiento contracultural en el que, como dice el sabio agustino, las nuevas costumbres juveniles pugnaban contra el poder político imperante y los convencionalismos del orden moral burgués. Un movimiento contracultural que ya no encabezarían los desheredados de la fortuna sino los hijos privilegiados de las clases medias y los obreros ilustrados, tras un siglo de escuelas públicas⁵⁹⁸.

Dice el P. del Estal con gran precisión a este respecto:

⁵⁹⁷ DEL ESTAL, G., “Los movimientos contraculturales de nuestra sociedad inconforme en el triple campo de la Juventud, la Universidad y la Iglesia”. Conferencia de prensa celebrada el 7 de abril de 1973 en la Sala de Juntas del Instituto de la Juventud. *Revista del Instituto de la Juventud*, 47 (1973), pp. 155-161.

⁵⁹⁸ IDEM, “Dialéctica juvenil en los movimientos contraculturales”, en *Revista del Instituto de la Juventud*, 1976, pp. 157-164. Varios fueron los estudios de sociólogos sobre el problema que apuntaba el P. Gabriel del Estal. En este sentido, pueden verse: DE MIGUEL, A. *Los narcisos. El radicalismo cultural de los jóvenes*. Barcelona 1979; GOODMAN, P. *Problemas de la juventud en la sociedad organizada*, Barcelona 1960 (1975); HALL, S. *Los hippies: una contra-cultura*, Barcelona 1969; LABIN, S. *Hippies, drogas y sexo*, Barcelona 1970 (1975); LUKÁCS, G., *Historia y conciencia de clase*, Madrid 1923 (1975).

*“El mundo actual asiste a una toma de conciencia sobre el significado y la verdad de las formas y los valores consagrados. La juventud es la energía más sensible a esta cumpulsación. Los jóvenes de hoy toman el pulso a la cultura tradicional. Y la rechazan con juicio de repulsa insobornable. La juventud no tiene todavía deformada la sensibilidad por convencionalismos. Quiere ver las cosas como son en sí. Le gustan la exactitud y la validez sin reflejos”*⁵⁹⁹.

Este radicalismo cultural de los jóvenes preocupaba mucho al P. Gabriel del Estal, y al joven dedica numerosas páginas, pues era consciente, desde su humanismo agustiniano, de la dificultad que suponía la pérdida de capacidad de las instituciones religiosas de ejercer sus funciones sociales clásicas de dar sentido, ritualizar el comportamiento, generar identidad de grupo⁶⁰⁰.

Desde luego, lo que difícilmente admite discusión es que las sucesivas generaciones de jóvenes, en la medida en que se van integrando en la sociedad adulta, impregnan al conjunto de la sociedad de nuevas prácticas y valores, pues los jóvenes son los principales protagonistas de los cambios sociales, pero no nos olvidemos que el P. del Estal escribe desde la perspectiva política de un importante cambio producido en España tras la dictadura y el comienzo de la transición española y la promulgación de una nueva Constitución⁶⁰¹.

⁵⁹⁹ DEL ESTAL, G., *Sociedad inconforme. Juventud. Universidad. Iglesia*, Madrid, 1973, p. 107.

⁶⁰⁰ IDEM, “La juventud rebelde”, en *Educadores*, 1 (1959), pp. 191-212.

⁶⁰¹ IDEM, “El problema educativo en la nueva Constitución española”, en *La Escuela agustiniana*, 2 (1978), pp. 6-26.

En la historia del constitucionalismo español sola ha habido tres Constituciones en las que la educación jugó un papel destacado: la Constitución de 1812, que estableció un sistema educativo nacional muy problemático desde sus inicios; la Constitución de 1931 que sentó las bases de un sistema educativo moderno con las correspondientes resistencias; y la vigente Constitución de 1978 que, al igual que las anteriores, pone las bases de una nueva educación, estableciendo un sistema educativo democrático, siendo la única que nació fruto de un consenso entre todas las fuerzas políticas del arco parlamentario⁶⁰².

En este marco constitucional, el P. del Estal dedica una importante obra titulada “*Sociedad inconforme. Juventud. Universidad. Iglesia*” en la que configura el problema generacional desde la Universidad y la Iglesia y aborda cuatro aspectos fundamentales de la educación de la juventud⁶⁰³. Téngase en cuenta que el libro fue publicado cinco años antes de la promulgación de nuestra vigente Constitución, pero en él apunta los aspectos básicos para poder resolver y garantizar la educación religiosa de la juventud desde la Universidad y desde la Iglesia. Y que, de modo sintético, podemos reagrupar de este modo:

1.- El fundamento jurídico que legitima la introducción de la educación religiosa en el sistema educativo público.

⁶⁰² Las Constituciones de 1837 y 1845 no regularon la educación y las Constituciones de 1869 y 1876 solo lo hicieron desde el marco más restringido de la libertad de enseñanza y de los problemas que este derecho planteaba en la sociedad española.

⁶⁰³ DEL ESTAL, G., *Sociedad inconforme. Juventud. Universidad. Iglesia*, Madrid 1973.

2.- La importancia de transmitir mediante la educación religiosa una ética que permita superar el nihilismo y el escepticismo y posibilite el desarrollo de una cierta autonomía moral en los jóvenes.

3.- La necesaria adaptación del sistema educativo a los nuevos contextos sociales y políticos mediante la introducción de la educación religiosa en la formación de los jóvenes que permita la convivencia en una sociedad democrática y constitucional.

4.- La conveniencia de abrir espacios de diálogo y cooperación entre la sociedad civil organizada y las instituciones religiosas.

Resulta significativo que el día 28 de julio de 1976, tres años después de la publicación por el P. Gabriel del Estal de este magnífico libro, se firmaran los Acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede que configuran lo que comúnmente se llama Concordato e identifica los elementos que impiden un modelo de educación laica en nuestro país⁶⁰⁴.

La educación, sin embargo, fue uno de los puntos en los que resultó más difícil lograr el consenso en España, a pesar de los esfuerzos de juristas como nuestro sabio agustino. Frente a la postura de la izquierda que postulaba una escuela única, pública, laica, gratuita y autogestionaria, la derecha defendía la existencia de centros públicos y

⁶⁰⁴ Para sustituir el Concordato de 1953 el Estado Español y la Santa Sede firmaron cinco acuerdos: el primero, en 1976; y, los cuatro restantes, en 1979. En el de 1976 se renunciaba por la Iglesia al privilegio del fuero y por el Estado Español al privilegio de presentación, al tiempo que se manifestaba la intención compartida de sustituir el Concordato todavía vigente por nuevos Acuerdos, que fueron los cuatro firmados en 1979: asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas; asuntos jurídicos (personalidad jurídica civil de las entidades eclesíásticas y efectos jurídicos civiles de los matrimonios canónicos); asuntos económicos (asignación tributaria a favor de la Iglesia Católica y régimen impositivo aplicable a la misma); y educación y asuntos culturales (enseñanza de la religión católica en el sistema educativo y régimen jurídico del patrimonio histórico en manos de la Iglesia católica).

privados que serían de pago en los tramos no obligatorios, la enseñanza de la religión y la necesidad de un gobierno de los centros responsable ante la sociedad y las autoridades educativas. Finalmente, se logró un pacto escolar integrado por la libertad de cátedra, la libertad de promoción y dirección de centros, el reconocimiento del derecho a la educación y la consiguiente obligación del Estado a prestar dicho servicio público o financiarlo en los centros que cumplan determinados requisitos, la enseñanza de la religión en todos los centros y la incorporación de la lengua y la cultura autóctonas, ideas que ya habían estado presentes en la mente del sabio agustino.

De esta manera, la Constitución española vigente, publicada el 29 de diciembre de 1978 en su art. 27 estableció:

“1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*

6. *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*

7. *Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.*

8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*

9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*

10. *Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.*

En la redacción constitucional, en el esfuerzo de los españoles por establecer las bases de un sistema educativo queda la impronta, el sello, la aportación de juristas como el P. Gabriel del Estal, que con sus ideas contribuyeron a configurar de algún modo el mismo⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ Los problemas, sin embargo, no quedaron cerrados con la redacción del precepto y las dificultades han dado lugar a una abundante bibliografía de profesores de los Departamentos de Derecho

8.3. La Monarquía: el Rey, sagrado e inviolable

Hablar en estos días nuestros de la Monarquía es una empresa fácil, sobre todo porque es una institución asentada entre el pueblo, reconocida por los ciudadanos y bien valorada en general. De hecho, hay una literatura oceánica que la ha estudiado y continúa haciéndolo, sea cual sea su evolución doctrinal y concreta: bien el Estado liberal de Derecho, el Estado social de Derecho, el Estado social y democrático de Derecho, como establece nuestra primera Norma constitucional (art. 1.1), y ya sea en su rechazo o en su defensa, pero no era éste el contexto histórico cuando el P. Gabriel del Estal escribe acerca de la Monarquía.

Hoy, prácticamente, todos los españoles defienden la conveniencia de un Estado social y democrático de Derecho con una Monarquía constitucional. Es esta la posición que se alzó tras la muerte del general Francisco Franco y el final de la Dictadura y los primeros comienzos de la transición española. Atrás quedaba la República española, que había dado lugar a una división ciudadana importante y cuyo Presidente, Manuel Azaña, antiguo alumno de El Escorial, encarnaba lo trágico de su destino⁶⁰⁶. Se había pasado

Constitucional y Derecho Administrativo con comentarios a la Constitución en los que están presentes la educación y los artículos referidos a ella. Algunos títulos referidos más concretamente a la educación son: AGUIAR DE LUQUE, L. “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII (1993); BARNES, J. “La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (1984); CÁMARA, G., “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, en Ministerio de Justicia, Madrid, vol. III (1988); FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. “De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española”, en *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid 1988; GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., “La enseñanza en el Constitucionalismo europeo”, en *Cuadernos de Pedagogía*, 45 (1978); NOGUEIRA SERRANO, R. *Principios constitucionales del Sistema Educativo español*, Madrid 1988; PUELLES, M. “Educación e ideología en la España contemporánea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, (monográfico dedicado al Derecho a la educación), Madrid, 1991; SATORRAS FIORETTI, R. M^a., *La libertad de enseñanza en la Constitución Española*, Madrid 1998; SOUVIRON, J. M. *La Universidad Española: claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Valladolid 1988.

⁶⁰⁶ DEL ESTAL, G., “Azaña: dolor y gloria de un hombre trágico”, en *La escuela agustiniana*, 12 (1982), pp. 4-17.

desde la República, a la autocracia y, finalmente, a la Monarquía, y así lo supo expresar el P. del Estal⁶⁰⁷.

Queremos insistir en que, defender en esos momentos la figura del Rey, tal y como lo hizo el sabio agustino el P. Gabriel del Estal, suponía una auténtica valentía. Eran tiempos difíciles para la oratoria jurídica, y menos de un sacerdote, pero el P. del Estal supo darse cuenta rápidamente de la importancia que la institución de la Monarquía iba a representar en nuestro Derecho constitución español y se apresuró a ser un firme defensor de la misma.

En aquellos primeros años de la transición no era fácil hablar de la Monarquía. En las controversias políticas, en los levantamientos populares, en la incertidumbre de la calle, en los diarios, aparecía la Monarquía de una forma extraña a lo que había representado la dictadura de Franco durante cuarenta años. Pero, en esas mismas contraposiciones ideológicas, en la política, en la calle, en los grandes medios de comunicación de masas, se reclamaba el papel necesario e importante de la Monarquía en la formación de nuevo Estado social y democrático de Derecho. ¿Cómo hallar una idea que satisficiera a los defensores del régimen franquista y a los militares, a los adultos y a los jóvenes, a los defensores del cambio y a los que no lo eran tanto? Aquí tuvo un papel destacado nuestro sabio agustino.

El P. Gabriel del Estal escribió una gran obra: *El rey, las Cortes y el reino*⁶⁰⁸. Hasta la fecha se había escrito poco sobre el tema⁶⁰⁹. Su obra representaba en aquel

⁶⁰⁷ IDEM, “República, autocracia y monarquía: los cincuenta años de la transición”. Conferencia pronunciada en el “Club Siglo XXI” el 7 de marzo de 1983, en *Razón y convivencia en la política española*, Madrid 1984, pp. 27-73.

⁶⁰⁸ IDEM, *El Rey, las Cortes y el Reino*, El Escorial, 1978.

momento, sin duda, la aportación más importante al Derecho político y una de las más sólidas reflexiones sobre la monarquía en España. Partiendo de sus ideas recogidas en pequeños retazos⁶¹⁰, llevó a cabo su adaptación al formato de un ensayo político, tomando en cuenta la nueva realidad de los acontecimientos, que salió a la luz pocos días antes de entrar en vigor la Constitución de 1978. Muchas de sus tesis que en esta obra expone el P. Gabriel del Estal ya las había venido anunciando en círculos, conferencias, etc., hasta que las expuso de forma más acabada y completa en esta gran obra.

Esta obra, como apuntamos, se publicó en un momento crucial en España. La valentía del P. Gabriel del Estal de atreverse, desde su magisterio y su confesión religiosa, con un tema tan delicado, le valió reputación y prestigio, porque apuntaba a la doctrina de la Monarquía constitucional que habría de ser la base del futuro Estado democrático de Derecho.

⁶⁰⁹ Hemos encontrado las siguientes obras: DUVERGER, M., *La Monarquía Republicana o cómo las democracias eligen a sus Reyes*. Barcelona, 1974; JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M., "El Rey y el gobierno en Bélgica y Holanda", en José C. Castillo (et al.), *Estudios en ciencia política y sociología: homenaje al profesor Carlos Ollero*. Madrid: (s.n), v. 1, 1972, pp.329-360; IDEM, *Las Monarquías europeas en el horizonte español*. Madrid 1966; ALCORTA ECHEVARRÍA, J. I., "La Monarquía, España y Europa hoy", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 54 (1977), pp. 113-150; BAR CENDÓN, A., "La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado Español según la Constitución de 1978", en Manuel Ramírez (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza 1979, pp. 191-215; IDEM, "La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español según la Constitución de 1978", en Manuel Ramírez: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza 1979, pp.191-215; COLOMER VIADEL, A. "El origen de la Monarquía parlamentaria en España y el anteproyecto constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 3 (1978), pp.101-120; FERNÁNDEZ CAMPO, S., "La Monarquía y la Constitución de 1978", en *Revista de Derecho Político*, nº 44 (1978), pp. 209-224; FERRANDO BADÍA, J. "La monarquía parlamentaria actual española", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13 (1978), pp.7-44; FRAGA IRIBARNE, Manuel: "La Monarquía como forma del Estado", en *Estudios de Ciencia Política y Sociología: Homenaje*. Madrid 1972, pp. 187-206; HERRERO LERA, Miguel: "La instauración monárquica en España: proceso jurídico-político de su conformación como monarquía parlamentaria", en Tomás Ramón Fernández Rodríguez (coord.): *Lecturas sobre la Constitución española*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, v. I, 1978, pp.181-202; OTTO Y PARDO, Ignacio de: "Sobre la Monarquía", en Gregorio Peces-Barba (dir.): *La izquierda y la Constitución*. Barcelona 1978, pp. 51-61; SÁNCHEZ AGESTA, L., "La legitimación popular de la Monarquía", en *La Corona y la nueva sociedad española ante un año histórico: ciclo de conferencias pronunciadas en el Club Siglo XXI durante el curso 1976-1977*, Madrid v. II (1977), pp. 39-56.

⁶¹⁰ DEL ESTAL., G., "La persona del Rey «sagrada e inviolable» en el Derecho Constitucional español", en *La restauración monárquica en 1875 y la España de la restauración*, El Escorial 1978, pp. 211-263.

El P. Gabriel del Estal se había cuestionado el angustioso problema de la transición desde la dictadura al régimen constitucional y, desde su teoría constitucional, apreciaba la importancia que tenía la figura del Rey, sagrada e inviolable, en el Estado español, que habría de conciliarse con la división de poderes. De modo que la soberanía no era para el sabio agustino un mero ejercicio de gobernabilidad, sino de auge de un sistema constitucional. Por ello, analiza la evolución de la institución desde sus más remotos orígenes en España hasta el momento que escribe su obra, en 1978, que divide en cinco grandes bloques:

- 1.- De Alfonso XII y su “pacto nacional” a Juan Carlos I y su “reforma política”.
- 2.- La persona del Rey, sagrada e inviolable, en España.
- 3.- Absolutismo, sacralismo y populismo.
- 4.- Preconstitucionalismo, constitucionalismo y neoconstitucionalismo.
- 5.- Poder responsable y control de responsabilidad.

En vísperas de la que habría de ser la transición española, el P. Gabriel del Estal responde con esta obra a un problema que los constitucionalistas se habían planteado acerca de la importancia y funciones de la soberanía, distinguiendo entre la titularidad y el ejercicio de la soberanía, separando el poder constituyente de los poderes constituidos. El poder Constituyente, la Cortes generales, garantizan la unidad y permanencia del Estado, mientras que los poderes constituidos debían acomodarse su dirección política estatal a las circunstancias históricas⁶¹¹.

⁶¹¹ DEL ESTAL, G., *El Rey, las Cortes y el Reino*, El Escorial, 1978, pp. 46-133.

El P. del Estal considera que en una Monarquía constitucional, los miembros del Gobierno deben ser responsables de los actos del rey, al ser éste una figura sagrada e inviolable, como garantía del ejercicio democrático y constitucional⁶¹², por eso sitúa al Monarca fuera del poder ejecutivo, traspasando su responsabilidad de aquél a éstos, no solo de forma meramente material sino estructural⁶¹³. Aspectos estos que por aquellos años no solían distinguirse, o por mejor decir, resultaba difícil apreciar, al proceder España de una dictadura, durante la cual la dirección del Gobierno había recaído en una sola persona.

Al ser los Ministros quienes dirigen la política y son responsables de los actos del Rey, deben ser éstos quien proponen en nombre del Rey, que así refrenda las Leyes del Parlamento, pues al Monarca le queda reservada la mera función de reinar, pero no de gobernar, aspecto en el que insistía con frecuencia el P. del Estal, lo que no implica un poder neutro, pues el Rey se configura como capitán de todos los ejércitos⁶¹⁴. Facultades, todas ellas, expuestas, con gran acierto por el P. del Estal, en las que viene a sintetizar toda una doctrina constitucional, que ha dado grandes frutos en España.

Por tanto, nuestro sabio agustino, se erige en aquellos momentos en un firme defensor de la figura del Rey, frente a las Cortes Generales y al Gobierno, como responsable de la unidad y permanencia del Estado soberano, sin otra función que la de mantener el orden y la libertad, no pudiendo entrar nunca en la condición común, y de

⁶¹² *Ibidem*, p. 36.

⁶¹³ *Ibidem*, pp. 145 y ss.

⁶¹⁴ *Ibidem*, pp. 185 y ss.

este modo se garantiza la conciliación de la vida española, desde la responsabilidad de los hombres de Estado⁶¹⁵.

Lo que hace, por tanto, el P. Gabriel del Estal con los primeros esbozos de la vigente Constitución española aún en los hornos de su redacción, es apuntar a un fortalecimiento de la institución monárquica y evitar cualquier signo que pudiera debilitar la misma, rechazando la Dictadura, pero no solamente eso, sino la República de 1931. En realidad, la contraposición entre Monarquía y República había perdido ya interés⁶¹⁶. Lo importante, lo verdaderamente importante, era combatir la lucha ideológica, cuya experiencia histórica había demostrado que podía enmascararse bajo cualquier forma de gobierno, sea República o Dictadura, y apostar por la defensa de la Monarquía constitucional, como garantía de las libertades individuales⁶¹⁷. Expresiones que resultaban aventuradas y arriesgadas y muy valientes en aquellos años.

En definitiva, en España, como en el resto de países europeos forjados sobre tradiciones absolutistas, las atribuciones del Rey, no podían ser fruto de confusas interpretaciones. Bien, al contrario, su naturaleza y sus atribuciones, debían establecerse con precisión en el texto constitucional escrito. Por eso, las ideas acertadas del P. Gabriel del Estal suponían un intento de sacralizar la Monarquía española, trasladando al derecho escrito, al Derecho constitucional, una regulación de naturaleza dogmática y clara que permitiera, consciente de los tiempos difíciles por los que atravesaba España,

⁶¹⁵ DEL ESTAL., G., "Responsabilidad y refrendo en los hombres de Estado", en *Problemas actuales del Estado social y democrático de Derecho. Actas del IV Congreso Nacional de Ciencia Política*, Alicante (31 de mayo - 2 de junio) 1984, pp. 253-274.

⁶¹⁶ IDEM, "De la República a la Monarquía. A los cincuenta años del catorce de abril", en *La Escuela agustiniana*, 8 (1981), pp. 4-15.

⁶¹⁷ IDEM, *El Rey, las Cortes y el Reino*, El Escorial, 1978, p. 44.

tender un puente desde el fin de la dictadura al Estado social y democrático de derecho, cuya institución vertebral debía ser la Monarquía constitucional.

Finalmente, no debemos cerrar el estudio sobre la institución de la Monarquía en el análisis que hace el P. Gabriel del Estal, sin plantear una cuestión que nos parece importante: ¿fue el P. del Estal un monárquico o un juancarlista?

La respuesta no es fácil de encontrar. Sus obras son una clara defensa del papel de la Monarquía, de la persona del Rey sagrada e inviolable, pero no deja de lado la figura de Su majestad el Rey don Juan Carlos I, al que dedica elogiosas palabras y con quien tenía además relación⁶¹⁸. Hay, además, otro motivo de fondo y es su dedicación docente al Derecho político, que el P. del Estal conocía bien y en profundidad, lo que le llevaba a conocer las características de las Monarquías constitucionales, y no nos olvidemos del hecho de que el P. del Estal, que era asiduo colaborador en el diario *ABC*, de naturaleza monárquica, era también cercano a la Casa Real, y sus convicciones partían de un conocimiento próximo a la figura de su Majestad el Rey don Juan Carlos I.

Desde luego, podemos aventurar que el P. Gabriel del Estal fue ambas cosas: monárquico y juancarlista. Primero, fue un juvenil monárquico sentimental. Después, y muy particularmente, tras el golpe de Estado del 23-f, fue un adulto juancarlista racional, aunque en su producción intelectual, fue de pensamiento y corazón un monárquico convencido.

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 31.

8.4. El Cristianismo frente al Marxismo

En el año 1974, el P. Gabriel del Estal muestra su preocupación por un tema que será otro de los ejes de su pensamiento político y al que dedicará su atención: la convivencia cristiana y publica un pequeño estudio sobre la materia⁶¹⁹.

Desde ese primer trabajo, expuso el P. del Estal una cuestión esencial, que desarrollará a lo largo de su vida, como es la tolerancia y el avance del marxismo en el mundo frente al Cristianismo, y que dará lugar a breves pero jugosos estudios en los que muestra su preocupación por la secularidad en el mundo y la necesidad de una ética ante el marxismo⁶²⁰.

Todos estos trabajos variados, breves, jugosos, vendrán a culminar en una obra principal, densa, con Prólogo del Cardenal Enrique Tarancón, en la que plantea cuestiones relativas a la confesionalidad del Estado, la secularización y la defensa del Cristianismo como religión oficial del Estado titulada: “*Marxismo y cristianismo, ¿diálogo o enfrentamiento?*”⁶²¹.

Se trata de un estudio documentado sobre un tema de actualidad en el momento de su publicación como es el de las relaciones entre el marxismo y el Cristianismo. El P. Gabriel del Estal parte de la renuncia total al enfrentamiento: los anatemas hay que

⁶¹⁹ DEL ESTAL, G., “La convivencia cristiana”, en *Ecclesia*, Madrid 1974, pp. 193-195.

⁶²⁰ IDEM, *Marxismo y cristianismo, ¿diálogo o enfrentamiento?* El Escorial 1974; IDEM, “Cristianismo y secularidad. Acotaciones a la dialéctica marxista”, en *La Ciudad de Dios*, El Escorial, 1975, pp. 405-414; IDEM, “Táctica y ética ante el marxismo”, en *Ecclesia*, Madrid 1975, pp. 1147-1149; IDEM, “El mundo ante el marxismo”, en *Ecclesia*, Madrid 1975, pp. 781-783; IDEM, “Política cristiana y comunismo sin criptas. Occidente, democracia y libertad”, en *Revista de estudios políticos*, Madrid 1976, pp. 97-128.

⁶²¹ IDEM, *Marxismo y cristianismo, ¿diálogo o enfrentamiento?* Prólogo del cardenal Enrique Tarancón. Análisis preliminar de J. Prados Arrarte. El Escorial 1977.

encerrarlos en el arca de la historia y custodiarlos celosamente para que no vuelvan a salir a la superficie, pero ello no quiere decir, ni mucho menos, que el grave contencioso histórico entre marxismo y cristianismo esté resuelto o en vías de solución. En ese sentido señalará:

*“Marxismo y cristianismo se repelen, sin duda. Existe entre ellos una antinomia inconciliable: el origen de la materia, la energía creadora, el espíritu, Dios, el hombre inmortal”*⁶²².

El P. Gabriel del Estal parte de una idea principal y es que, a su juicio, la Humanidad se halla dividida en torno a dos frentes de pensamiento y vida que son el marxismo y el Cristianismo. Ambos intentan interpretar la Historia, la sociedad y al hombre mismo. Y señala la génesis del marxismo como un producto de las circunstancias socioeconómicas, determinadas por la Revolución industrial y la Revolución francesa, y personales de carácter humano y de formación universitaria de Carlos Marx. Todo esto constituye el contexto histórico del marxismo, perfectamente superable.

A partir de las encíclicas *Pacem in Terris*, de Juan XXIII y *Eclesiam suam*, de Pablo VI, en las que se contienen las diferencias entre lo que son doctrinas de conceptos definidos y corrientes históricas cambiantes, concreta lo que entre ambas doctrinas hay de diferentes y efectúa un detenido análisis acerca de lo que de conciliable e inconciliable existe entre marxismo y Cristianismo. Lo que se refiere a los conceptos

⁶²² *Ibidem*, p. 275.

definidos, es inconciliable; lo que afecta a las corrientes históricas cambiantes sí es conciliable.

Sin embargo, según el P. Gabriel del Estal, lo conciliable e inconciliable entre marxismo y Cristianismo descansa en cuatro pilares:

1.- Fundamento dogmático: materialismo dialéctico en el marxismo y creacionismo teísta en el Cristianismo: ambos confluyen en el hombre, pero siguiendo caminos distintos.

2.- Coyuntura real, que origina, por una parte, el materialismo histórico como fruto social del materialismo dialéctico en el marxismo, y por otra, el espiritualismo desinteresado como fruto de salvación en el Cristianismo.

3.- Estrategia operativa, consistente en la revolución violenta por parte del marxismo y en la justicia social por parte del Cristianismo.

4.- Clave escatológica: el terrenismo absoluto en la doctrina marxista y el providencialismo salvador en el Cristianismo son los fundamentos de este último pilar, que si para el marxismo reside en el “*aquí y ahora*”, con una proyección unidimensional e inmanente, para el Cristianismo se concreta con bidimensionalidad como inmanente y trascendente en el “*allí y después*”.

Para el P. Gabriel del Estal no existe más que un marxismo de rostro dogmático, negándosele carta de ciudadanía a los numerosos marxismos de rostro progresista y

abierto como pululan, no sólo en nuestro Occidente, sino también en las catacumbas marxistas del Este sovietizado. Por eso, considera nuestro sabio autor que en el punto de partida toda su argumentación carece de fuerza sustancial. Además, no le parece muy correcto que desde la orilla cristiana y con pretensiones de profesionalidad teológica se ponga tan frecuentemente en el mismo nivel a Marx y a Cristo. Y dice:

*“Marx cosifica al mundo. Cristo lo sobrenaturaliza. Marx proclama el materialismo dialéctico: fuera de la materia, de lo concreto real, no hay nada. Cristo es dialéctico también, pero espiritualista: sobre la materia, como categoría y como impulso, alienta concreto y real el espíritu.”*⁶²³.

La tercera cuestión es la actitud política del cristiano ante el marxismo. Considera que es un tema vivo que plantea problemas de conciencia. Su solución supone caminar con criterios de convivencia, de seguridad y de fe. Estos criterios deben adquirirse mediante la lectura de las obras fundamentales de autores marxistas y por criterios de la Iglesia, como depositaria de autoridad para el cristiano.

En este sentido, hace un análisis de la evolución experimentada por ambas doctrinas, Cristianismo y marxismo, a través de los tiempos y de las circunstancias históricas y coyunturales que les han obligado a revisar actitudes, posturas y planteamientos.

Los fenómenos correctores que la Iglesia ha realizado no han variado nunca en lo sustancial y han sido firmes y concretos siempre en la condena del comunismo ateo,

⁶²³ *Ibidem*, p. 44.

materialista y anticristiano, nunca del socialismo legal. Desde el Vaticano II, que representa el más grande esfuerzo de renovación de la Iglesia, cobra vigor el diálogo cristiano-marxista y es en la *Gaudium et spes* donde se habla ya sin rebozos de diálogo entre cristianos y marxistas, de cara a la construcción de un mundo mejor. Los argumentos para una verdadera vida apuntan hacia actitudes de concordia y diálogo y se declaran partidarios de limpiar a la Iglesia de la costra, la carcoma y la hojarasca y de hacer surgir en ella la pureza evangélica.

La cuestión que se plantea en su obra es si el pensamiento marxista, objetivamente considerado, es intrínsecamente ateo. Los que niegan esta vinculación intrínseca entre ateísmo y marxismo observan, con razón, que la estructura compleja del pensamiento de Marx es de tal manera que, si se le extrae toda referencia a la religión, se aguanta perfectamente e incluso sigue planteando todos los inquietantes problemas que plantea.

Así lo entienden muchos marxistas, no sólo a nivel individual, sino a nivel de organización social y política, como es claramente el caso de algunos grupos políticos españoles de signo marxista: el Partido Comunista de España, el Partido Socialista Popular, el Partido Socialista Obrero Español y algunos otros.

También es cierto que otros grupos sedicentes marxistas creen no poder renunciar al inmanentismo filosófico y, por consiguiente, al ateísmo. Por tanto, desde el punto de vista socio-histórico, no podemos hablar alegremente del marxismo como un bloque unitario perfectamente monolítico.

Sin embargo, la tesis sostenida por el padre Gabriel del Estal va más allá, pues contiene una infraestructura ideológica que atraviesa toda su argumentación. El Cristianismo es considerado no ya como lo que debía ser (una fe trascendente, encarnable en todas las culturas, pero irreductible a ninguna), sino como lo que ha sido en gran parte de su historia: una determinada civilización o un determinado humanismo. Y lo dice claramente cuando hace este elogio de la *Constantinización* del Cristianismo:

*“Las diez persecuciones sangrientas con que el lábaro de los césares se enfrentó a la cruz, desde el año 64 hasta el 311, tuvo como resultado la romanización del cristianismo, por conversión de la "pax romana" en "pax christiana". Constantino y Teodosio salvaron la romanidad cristianizando su ser, conducido a la pila bautismal de la Iglesia... Romanización del cristianismo y cristianización del romanismo son una misma cosa.”*⁶²⁴

El P. Gabriel del Estal, fiel a su humanismo agustiniano, urde toda su argumentación desde una plataforma que no pone en cuestión: que el Cristianismo es un humanismo; es decir: una determinada civilización, una determinada cultura, una determinada tradición jurídica e incluso una determinada ciencia política de altos vuelos. Se trata de una postura abiertamente demócrata-cristiana. Lógicamente, esta postura implica la tendencia a reproducir en pleno siglo XX la experiencia *constantiniana*: esta vez no se tratará de bautizar el romanismo, sino el marxismo. Y así lo apunta:

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 278.

“Hoy asistimos a un movimiento similar, aunque de otro orden. Su fuerza es el impulso marxista, en auge progresivo, vigoroso, pujante... Lleva acentos mesiánicos, salvadores en su empuje. ¿Será capaz la Iglesia de cristianizar este impulso?”⁶²⁵.

Pero añade una preocupación:

“Cristianizar el marxismo es transustanciarlo. Y transustanciar no es otra cosa que convertir”⁶²⁶.

Preocupado por la misión de la Iglesia en el fin de siglo ante el reto del marxismo y la necesidad de establecer la confesionalidad cristiana como religión oficial del Estado español, el P. Gabriel del Estal había expresado su preocupación tanto por el carácter universitario y educativo de ésta⁶²⁷, como por la necesidad de unidad en la Iglesia, cuya preocupación parte de una conciencia ecuménica y de la necesidad de la restauración de la unidad de los cristianos, es decir, la unidad de las distintas confesiones religiosas cristianas históricas, separadas desde los grandes cismas por cuestiones de doctrina, de historia, de tradición o de práctica como mecanismo para hacer frente a las tendencias desintegradoras del hombre moderno⁶²⁸.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 279.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 279.

⁶²⁷ DEL ESTAL, G., “Invitación a la tolerancia”, en *Educadores*, 1 (1959), p. 703-716; ID., “Lovaina como magisterio. Actualidad, vocación de futuro y conciencia histórica”, en *Educadores*, 2 (1960) pp. 773-788.

⁶²⁸ DEL ESTAL, G., “Proyección panorámica de los concilios ecuménicos”, en *Concilio*, Madrid 1962, pp. 8-10; IDEM, “Los concilios ecuménicos y el Vaticano II. I. Nueva hora eclesial”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid 1962, pp. 251-292; IDEM, “Los concilios ecuménicos y el Vaticano II. (II. Perspectiva histórica conciliar)”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1962, pp. 472-502; IDEM, *Viento de Pentecostés en el monte Vaticano. La paz del Concilio, paz ecuménica de salvación*, El Escorial-Madrid-Buenos Aires, 1962; IDEM, “Ecumenismo y fe radical”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1964, pp. 100-110; IDEM, “Libertad y comunidad en la Iglesia”, en *Ecclesia*, Madrid, 1971, pp. 51-53; IDEM, “Iglesia y sociedad: pautas de renovación”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1971, pp. 365-393; IDEM, “Seglarismo y sacerdocio”, en *Ecclesia*, Madrid, 1971, pp. 1153-1155; IDEM, “Crear con esperanza. Apostillas a una

El padre Gabriel del Estal para tratar de poner las cosas en su sitio elabora una tesis basada en el diálogo entre un Cristianismo dogmático-integrista y un marxismo dogmático-integrista. El Cristianismo dogmático-integrista es el que cree que la fe es un punto de partida que cubre toda la realidad humana, remansándose en una determinada cultura global que abarque toda la vida privada y pública del hombre. El marxismo dogmático-integrista opina lo mismo: desde un supuesto socialismo científico se puede cubrir toda la realidad humana sin que nada escape a la vigilancia y control de los responsables del vértice.

Sin embargo, es evidente que entre Cristianismo y marxismo no puede haber más que relaciones diplomáticas, pero el contencioso histórico queda abierto: uno y otro se están acechando mutuamente para convertir al interlocutor, transmutándolo sustancialmente.

Lo que sí es evidente, como conclusión a la que llega el P. del Estal, es que este diálogo se irá haciendo desde la base, a través de una praxis común, no desde un vértice perfectamente establecido en el poder y, por ello mismo, impulsado a llevar a cabo cualquier compromiso histórico con tal de permanecer en las alturas del Estado.

denuncia sin testigos”, en *La Ciudad de Dios*, El Escorial, 1973, pp. 395-407; IDEM, “Esperanza y salvación: la gran nostalgia del hombre unidimensional”, en *Anales de moral social y católica*, 33. *Economía de consumo y sociedad*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1973, pp. 203-254; IDEM, “Iglesia imperfecta e iglesia perfectible” en *Ecclesia*, Madrid, 1973, pp. 1235-1237; IDEM, “Del nacional-catolicismo al estado laico”, en *Ecclesia*, Madrid, 1981, pp. 1099-1101; ID, “Iglesia y Constitución política en España”, en *La cuestión social en la iglesia española contemporánea. IV-V Semana de Historia eclesiástica de España*, El Escorial, 1981, pp. 285-332; IDEM, “Iglesia y Constitución política en España. 1. Exposición sistemática. 2. Exposición analítica. 3. Bibliografía básica con clasificación de materias por especialidad de campos y tipos”, en *Anuario jurídico escorialense*, El Escorial, 13 (1981), pp. 257-328; IDEM, “Iglesia y poder político en la España constitucional”. Conferencia pronunciada en el “Club Siglo XXI” el 12 de marzo de 1981, en *Fenómenos de crisis y futuro de España*, Madrid, vol. III (1981), pp. 99-129.

8.5. La idea de la Justicia

Otro de los grandes temas tratados en la amplia bibliografía del P. Gabriel del Estal es la idea de Justicia. Para elaborar su teoría parte de una conocida tragedia griega de Esquilo: la *Orestíada* y escribe un libro excepcional: “*La Orestíada y su genio jurídico*”⁶²⁹ que, lamentablemente, no llegó a completar con un más amplio proyecto que tenía previsto hacer al anunciar en una nota previa del propio autor este compromiso:

*“El presente libro, ideado en su unidad como un todo concreto, de significación definida, es una pieza articulada de un empeño anterior más vasto, que llevará por título: La dialéctica de los dos reinos y el espíritu de Occidente. Agustínismo y Cristianismo en la filosofía de la historia, del derecho y del Estado”*⁶³⁰.

Se vale el P. Gabriel del Estal de la conocida tragedia de Esquilo de donde extrae materiales para el estudio del Derecho y la evolución de la Justicia: de la justicia de sangre a la Justicia de la razón. La tragedia le ofrece, sin duda, al gran jurista agustino, un gran número de temas sugestivos de donde extrae una valiosa investigación jurídica. Para el P. Gabriel del Estal, la *Orestíada* representa la humanización del Derecho, con el tránsito de la Ley Talión a la polis.

⁶²⁹ DEL ESTAL, G., *La Orestíada y su genio jurídico. Justicia de sangre y espíritu urbano. Aportación desde la tragedia a la historia de la filosofía del derecho, de la religión y de la sociedad en el mundo antiguo*. Prólogo de J. Camón Aznar. El Escorial 1962. Previamente se publicó en partes como: IDEM, “La Orestíada y su genio jurídico”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid 1960, pp. 268-318; IDEM, “La Orestíada y su genio jurídico. De la justicia erínica a las Euménides de la ciudad”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid 1960, p. 444-502.

⁶³⁰ *Ibidem*, pp. 15-16.

En la reseña bibliográfica que sobre la obra del P. Gabriel del Estal hizo José María Castán Vázquez dice:

“El autor de esta obra se revela como jurista y humanista de seria preparación, que dispone, felizmente, de la serenidad de vida y de los fondos bibliográficos necesarios para estos trabajos de investigación e interpreta además agudamente los materiales reunidos. (...). En todo caso, hay que advertir que la obra (...) está bellamente escrita y su lectura será grata para todos aquellos profesionales del Derecho que tienen alguna inclinación a las Letras; es decir, para la mayoría de los juristas”⁶³¹.

Y por su parte, Suárez Campos, exponía en el estudio que dedicó a la obra:

“En 1962, publica el P. Gabriel su estudio sobre la Orestíada en el que, con su maestría de siempre, ilumina al hombre histórico que, despojado de los ropajes de héroe alcanza, por humanizado, la altura creadora de los dioses”⁶³².

En el comienzo del libro, el sabio jurista, tras referirse al origen y a la estructura de la *Orestíada*, expone el argumento de las tres tragedias que integran la obra. *La Orestíada* es la única trilogía completa que se conserva del autor griego y la componen las tres tragedias: *Agamenón*, *Las Coéforas* y *Las Euménides*⁶³³.

⁶³¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “ESTAL, Gabriel del: La Orestíada y su genio jurídico”. Biblioteca “La Ciudad de Dios, El Escorial, 1961. Un vol. de 511 págs.”, en *Anuario de Derecho civil. Bibliografía*, 1 (1962), pp. 159-161.

⁶³² SUÁREZ CAMPOS, A., “La Orestíada y su genio jurídico. Reflexiones”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, p. 91.

⁶³³ Se representó por primera vez en concurso el año segundo de la Olimpiada LXXX en Atenas al aire libre entre la salida y la puesta del sol durante la primavera del año 458 según el canon establecido conforme al cual la tragedia se representaba durante un período de sol. Y obtuvo el primer premio.

Comenta el P. del Estal el valor literario de la trilogía, e incluso mitológico. Los dioses y los héroes de la *Orestíada*, anota, son los mismos que inspiraron a Homero y a Hesiodo, pero se da cuenta que Esquilo toma un argumento que va mucho más allá de la leyenda, al incorporar un argumento jurídico.

Destaca después el sabio agustino el valor político de la *Orestíada* en cuanto testamento de Esquilo, legado al joven Pericles como esquema espiritual de la *polis* ática, en su fase laboral de magisterio y poderío. Y afirma con claridad el P. del Estal cómo sobre el argumento flota un mensaje dirigido a la ciudad de Atenas, pero Atenas es, para el P. del Estal el mundo, y de esta manera, el mensaje de Esquilo, es universal, cósmico, desborda los límites estrechos de la *polis* griega y adquiere expresión de plenitud en un molde mucho más amplio: el mundo.

El tema de la tragedia es bien conocido⁶³⁴. Se inicia con la tragedia *Agamenón* en la que se cuenta un crimen, el de *Agamenón*, el cual se consuma en el palacio de los Atridas. Cuando Agamenón regresa victorioso de Troya con la profetisa Casandra, que había tomado entre el botín, es asesinado a traición por su esposa Clitemestra, ayudada por el cómplice Egisto, que es su adúltero amante. En el mismo acto cae también víctima Casandra, hija de Príamo, rey de los troyanos. Detrás del crimen está la sombra de Ifigenia, hija de Agamenón, asesinada por él mismo cuando navegaba hacia Troya con el fin de aplacar a los dioses y obtener un viento favorable, sacrificio que justificará a Clitemestra su venganza de madre. Por lo tanto, no hay un solo crimen, sino triple: el de Ifigenia, el de Casandra y del propio Agamenón, al que se añade un adulterio, el de Clitemestra, esposa de Agamenón, con Egisto.

⁶³⁴ Seguimos la edición de las Obras Completas de la Biblioteca Gredos, con traducción y notas de B. Perea e Introducción general de F. Rodríguez Adrados, Barcelona, 2006.

En un orden lógico, lo primero que está presente es la muerte de Ifigenia cuyo origen arranca del mito según el cual, Atreo, rey de Argos, tras privar del trono a su hermano Tiestes, adultero e incestuoso, por venganza, le ofrece un banquete de reconciliación preparado con la carne de sus hijos Tántalo y Plístenes. La maldición de Tiestes, enloquecido al conocer el crimen, es recogida por la diosa Ate, con su sed de venganza insaciable, y será la causa de todos los males que van a recaer sobre el palacio de los Atridas. Egisto, hijo de Tiestes, no sólo es el seductor de una reina, sino el brazo visible de la diosa, encargado de consumir la venganza. Primero asesina a Atreo, su tío, después sube al tálamo de Clitemestra para pagárselo así sobre la línea contaminada de la sangre al propio Agamenón, esposo, hijo de Atreo y sucesor en Argos.

En segundo lugar, la muerte de Agamenón. Cuando Clitemestra y Egisto asesinan a Agamenón, no lo hacen como unos vulgares amantes, sino por un poder fatídico más alto que protagoniza la escena⁶³⁵. En la sangre de Agamenón, Clitemestra no hace sino vengar a la inocente Ifigenia, su hija, y Egisto a Tiestes, su padre.

Y, por último, hay un tercer crimen que es la muerte de Casandra, que, sin embargo, no cuenta ante Esquilo ni para el delito ni para el castigo, porque es extranjera y esclava y, por lo tanto, la voz de su sangre carece de ley para su venganza.

Como se ve, hay un poder fáctico en esta primera tragedia que se extenderá a toda la trilogía. Sus personajes se mueven bajo los hilos del destino, de la fatalidad. Ese poder es el que protagoniza sobre sus vidas la acción de los distintos crímenes que se

⁶³⁵ DEL ESTAL, G., *La Orestíada y su genio jurídico*, El Escorial, 1962, p 73.

sucedan bajo el palacio de los Atridas. Y es que los verdaderos protagonistas de la tragedia son los dioses. Tanto los motivos que generan el conflicto como el desenlace de la trama, como veremos, pasan por la influencia de los dioses que manejan el destino fatal de los protagonistas.

La cadena de desgracias que jalona la historia de los Atridas comienza con la impiedad de Agamenón, que al cazar al ciervo sagrado de la diosa Artemisa⁶³⁶ en el bosque de Aulis provoca la ira de la diosa y la posterior cruenta exigencia del oráculo, que dictamina que, para que vuelva a soplar el viento favorable a la guerra de Troya, se le exija el sacrificio de su propia hija Ifigenia⁶³⁷.

Esta terrible historia es la que sirve de soporte al poeta Esquilo para crear un personaje tan vengativo como la reina Clitemestra, madre de la inocente Ifigenia. Es entonces cuando el círculo vicioso de la venganza comienza a trazarse con la muerte de

⁶³⁶ Artemis o Artemisa es la diosa protectora de los animales salvajes, de la cacería, de la vegetación silvestre, de los partos y de la castidad. Su genealogía es de primera línea pues es hija de Zeus, rey de los dioses. Y es hermana gemela de Apolo. Según la tradición nació ella primero, por lo tanto sería su hermana mayor. Es una diosa cazadora y a la vez protectora de los animales salvajes, es una diosa protectora de la castidad, pero es también una divinidad que acompaña a los partos de las mujeres. Su virtud virginal es proverbial y prácticamente no se le atribuye vida amorosa; no obstante, es también una diosa que se invoca en los ritos de pasaje de ceremonias de transición de las doncellas que pasan a ser núbiles, y de los jóvenes que dejan la infancia para ser efebos en edad de merecer, por lo pronto, ir al combate y a la guerra. Una de las características propias de su personalidad es su ira inmisericorde con quienes la han ofendido y su presteza en responder con contundencia a las afrentas. De acuerdo con una tradición, mató al cazador Orión por haberla insultado y eventualmente lo transformó en una constelación que se fijó junto a las pléyades. A Acteón, hijo de Aristeo, quien la sorprendió desnuda bañándose, lo convirtió en un ciervo e hizo que fuera devorado por sus lobos de compañía (OVIDIO, *Metamorfosis*, 3, 138 ss.). Es representada con perros salvajes y con el ciervo que la acompaña siempre, aunque se la asocia en general con el título de señora de todos los animales salvajes, de los cuales se ocupa especialmente en los santuarios de la naturaleza, donde no ha entrado el ser humano, tales como los pantanos, las selvas inexpugnables y las cumbres elevadas, a los que verosímilmente se pueden añadir las profundidades marinas. Por lo anterior se comprende que sus perros acompañantes son más claramente lobos salvajes. Una parte fundamental del ritual de la cetrería consiste en derramar por la tierra consagrada a la diosa la sangre del sacrificio, o también quemar parte de las víctimas en honor del dios. Este parece ser el sentido del sacrificio propiciatorio previo de las campañas militares, que en algún momento prehistórico fue realizado con víctimas humanas. Esta es verosímilmente la función ritual que cumple la víctima Ifigenia a favor de los aqueos, no obstante que el énfasis de Esquilo va por el lado de la terrible venganza de la diosa Artemis por la fatuidad del rey de Micenas.

⁶³⁷ Muy diversa es la versión de tema en *Ifigenia en Áulide*, de Eurípides, cuyo desenlace mítico se soluciona siendo la princesa reemplazada por una víctima provista por la divinidad.

Agamenón a manos de su mujer y con la complicidad de su amante Egisto. Y en el momento álgido de la trama de la tragedia, Agamenón recibirá una muerte ignominiosa, semejante a la de un animal caído en una trampa mortal, mientras disfruta de un apacible baño tras su larga aventura.

Al crimen sigue la venganza en la tragedia *Las Coéforas* donde se cumple el designio inhumano del dios que propicia un matricidio que luego desatarán las terribles Erinias, espíritus de venganza, toda vez que surgen de las maldiciones postreras de una madre desesperada que sucumbe a manos de su hijo Orestes.

La sangre de Agamenón cae sobre sus hijos Electra y Orestes, como un grito suplicante de venganza. Esquilo dice, por boca del Coro:

*“La justicia reclama su deuda y grita con voz formidable: páguese la afrenta con la afrenta; la muerte con la muerte. Ya lo ha dicho sentencia antiquísima: quien tal hizo, que tal pague”*⁶³⁸.

Y más adelante:

*“El crimen da grandes voces”*⁶³⁹.

El joven Orestes, hostigado por el dios Apolo⁶⁴⁰ para que castigue a los asesinos de su padre y con promesa de perdón, toma la espada matando a su propia madre

⁶³⁸ ESQUILO, *Las Coéforas*, 309.

⁶³⁹ ESQUILO, *op. cit.*, 400.

⁶⁴⁰ Apolo es el más bello de los dioses, representado como joven efebo en la flor de la edad y con una suma de cualidades que lo sitúan como el cúmulo del ideal clásico. Es el dios de la belleza de la

Clitemestra y al cómplice Egisto, pero consumado el crimen, sufre la presión de la conciencia y el acoso de las Furias o Erinias que exigen un castigo.

El castigo no recae sobre Clitemestra, que ha matado a su esposo, sino que las Furias o Erinias, hijas de la impiedad, persiguen a Orestes porque ha manchado sus propias manos con la sangre de su madre Clitemestra, esto es, con su propia sangre. No le persiguen por la sangre de Egisto, pariente sin importancia y extraño a la protección de las Furias. Y por la misma razón queda libre Clitemestra por su crimen, pues la sangre del esposo no es su misma sangre. La exigencia de consanguinidad directa entre el asesino y la víctima es el derecho de las Furias para exigir el castigo.

En *Las Euménides*, tercer libro de *La Orestíada*, aparece uno de los primeros juicios orales registrados por la literatura occidental.

Huyendo de la persecución de las Furias o Erinias, Orestes, habiendo cometido el asesinato de su madre, carga con su culpa por tierras sin nombre de la Hélade, hasta llegar a Delfos, donde Apolo lo guía y lo protege, purificándolo en su santuario con los debidos sacrificios rituales, esto es, con los animales lechales que derramarán su sangre

forma. Es el dios de la claridad de la luz y de la claridad del juicio, es un dios que en definitiva conforma las formas de las cosas que el hombre tiene delante de sí y, además, de su misma constitución antropológica, tanto genérica como individual (recordemos que en el *Banquete* de Platón es el dios que le da la forma definitiva al ser humano en el mito del andrógino). Apolo nace junto a su hermana gemela Artemisa en la isla de Delos. La leyenda cuenta que la pequeña isla era una masa flotante de tierra, hasta que quedó fijada para siempre como parte del parto milagroso de Leto, titánida que, poseída por la simiente de Zeus, buscaba un lugar a salvo de los celos de Hera, para dar a luz a sus hijos inmortales. Dice W. Otto que: “*Apolo es, después de Zeus, el dios griego más importante. Ya en Homero era esa creencia indudable, y su sola aparición demostraba superioridad. Es más, sus manifestaciones son realmente grandiosas en muchos casos. La voz suena con la majestad del trueno cuando impide seguir al bravo Diomedes (Iliada, V, 440). Sus castigos a los poderosos e insolentes reflejan, como en un símbolo, la caducidad de todo ser terrenal, aun de los más grandes, ante el rostro de la divinidad*” (OTTO, W., *Los dioses de Grecia*, Bs. Aires, 1973, p. 49). Sin embargo, Marcel Detienne, en su libro *Apolo con el cuchillo en la mano* (Akal, 2001, Madrid), ha demostrado que existen algunos aspectos oscuros en el luminoso dios, y que a veces, como es en el caso de *La Orestíada*, llegan a ser sanguinarios en exceso. En este libro encontramos un índice temático, con cerca de setenta adjetivos que acompañan a las epifanías de Apolo en las más diversas esferas de la vida humana.

lustral sobre las manos impuras del matricida. De esta forma, Orestes expía su crimen. Gracias a esta intervención divina, Orestes estará en condiciones de pedir asilo en una ciudad que, no siendo la suya de origen, posee la virtud de tener como divinidad protectora a la diosa Atenea⁶⁴¹ que decide acogerlo y librarlo de la constante amenaza de las Erinias, que lo persiguen.

Las Erinias reclaman a Atenea la entrega de Orestes, pero ésta resuelve que sea un tribunal de ciudadanos el que decida. Se forma así el Areópago. Y el juicio concluirá una larga saga de maldición contra la llamada Casa de Atreo de quién Orestes es el último representante. Con su llegada al templo de Atenea, la aventura de Orestes finaliza con un juicio. Las Erinias representan la acusación. Apolo actúa de abogado. Realizada la votación de los jueces el escrutinio registra un empate de votos. Atenea

⁶⁴¹ Atenea es la diosa de ojos glaucos, esto es, de ojos verdes como el mar. Es la diosa protectora de la ciudad Atenas. La tradición concuerda en que surgió directamente de la cabeza de Zeus, pero existen dos variantes. En la primera noticia de Hesíodo: “Zeus mismo engendró de su cabeza a Atenea de ojos glaucos. Terrible, belicosa, conductora de ejércitos, invencible, augusta señora a la que agradan tumultos, combates y batalla”. Y en revancha relata a continuación que: “Hera dio a luz, sin trato amoroso, al ilustre Hefesto –pues estaba furiosa e irritada con su esposo– al que destaca entre todos los uránidas por sus hábiles manos” (*Teogonía*, 924 y ss.). En otros versos se explican las razones del enfado de la celosa Hera: “Zeus, por su parte, lejos de Hera de hermosas mejillas, se acostó con una hija de Océano y Tetis de hermosa melena. Y engañó a Metis, pese a lo muy sabia que era, la agarró con sus manos y la albergó en su propio vientre, temiendo que diera a luz algo más poderoso que el rayo; por eso el Cronida de elevado yugo que señorea en el éter se la tragó de golpe, pero ella enseguida había engendrado a Palas Atenea, a la que el padre de los dioses y los hombres alumbró, junto a las riberas del río Tritón. Metis, por su lado, se quedó oculta en las entrañas de Zeus, ella, la madre de Atenea, artífice de justas sentencias, la más sabia de los seres divinos y humanos” (*Frag.* 343). El poeta Píndaro agrega que también intervino Hefesto, pero no alude a Metis: “Al golpe de su hacha forjada de bronce, surgió Atenea de un brinco y gritó, ¡Alalá!, con inmenso alarido. Urano y la madre Gea se estremecieron de espanto ante ella”. (*Olímpica VII*, 34-39) Por último, es el poeta Apolodoro es el que recoge ambas versiones y forjará la imagen más difundida, sobre todo a partir del friso de Fidias, en el muro oriental del Partenón, que representa este simbólico nacimiento cefálico. García Gual dice: “Atenea es la doncella, la Parthénos por excelencia, que renuncia al sexo y al matrimonio, pero que no está desprovista de gracia ni de saber femenino, pues ella patrocina las labores del telar y protege a las mujeres en trances de apuro. Tan pudorosa y hostil a los amoríos como Artemis, tiene también un cortejo de ninfas con las que acude a bañarse en las fuentes más famosas. En una de esas ocasiones la vio Tiresias y quedó castigado con la ceguera, según cuenta Calímaco en su *Baño de Palas*. Rechazó los avances eróticos de su tío Poseidón, como los de Hefesto. Con el dios del fuego, tan poco afortunado en amores, guardó buenas relaciones de compadrazgo en el taller y en el Olimpo. Al haber nacido sin una madre directa, ignora los goces de la maternidad y también los deleites de Afrodita. Se dedica a proteger las artes y la política, e interviene a favor de los héroes más audaces y más astutos (como Perseo, Heracles, Teseo, Odiseo, etc.)” Vid. GARCIA GUAL, C., *Diccionario de Mitos*, Barcelona, 1977, pp. 81 y ss.

vota a favor de Orestes y la sentencia, por tanto, es absolutoria. Las Erinias se resisten a aceptar el fallo, pero, resignadas a aceptarlo se convierten en Euménides de paz.

Debemos recordar que se instala un procedimiento en el que las características fundamentales de los juicios orales adquieren plena relevancia: la publicidad y la deliberación, pero no es la habilidad retórica de Orestes, sino las mañas procesales de la Diosa lo que provoca su victoria en el litigio. No obstante, lo relevante es la forma en la cual se desarrolla la controversia por medio del debate público de las partes.

Este es el argumento del drama final de la *Orestíada*, donde las Erinias se transformarán en *Euménides* y que desarticula la lógica de la ley de Talión, de la venganza, de la ley de la sangre e instituye la administración de la justicia para hechos de sangre en los tribunales ciudadanos del ágora del monte de Ares, en la ciudad de Atenas.

A partir de esta tragedia el P. Gabriel del Estal recorre un camino por el mito en que se funda, los personajes terrenos y divinos que intervienen en la tragedia para poner de relieve cómo ésta obra tiene como motivo transversal y arquetípico una genealogía divina sobre la institucionalización de la justicia humana en situaciones extremas. Con su estudio establece las relaciones entre los divinos númenes que intervienen en la obra y cómo deciden su desenlace en relación con la instauración de la institución de la Justicia en relación con los hechos de sangre.

El argumento de fondo de la *Orestíada* no son, a juicio del P. del Estal, los hechos y desventuras de la vida de unos personajes perseguidos por la fatalidad, sino su

significación jurídica en orden a la evolución de un concepto sobre la idea de Justicia. Lo que pretende el P. del Estal, a lo largo del estudio de la tragedia es presentar, dialécticamente, la dinámica de la venganza basada en la justicia de la sangre y su superación mediante la justicia basada en la razón garantizada en el plano divino y, sobre todo, por una nueva estructura social basada en el Derecho y los tribunales. Es decir, el paso de la justicia de sangre a la justicia de la razón.

Decía Nietzsche que detrás de las máscaras se oculta siempre un dios⁶⁴² y, en esta tragedia, Esquilo pone tras la máscara su fe en el triunfo de la justicia del orden divino frente a las injusticias de la humanidad. La cordura, la razón, la solución, la van a poner los dioses frente al orden natural conculcado por esa fatalidad de la que nadie puede escapar. Y es que la idea de destino cobra un poder especial. Por eso dirá Esquilo: *“lo que está decretado por el destino eso sucede”*⁶⁴³. Ese destino es el que mancha con sangre el palacio de los Atridas y será necesario, pues, restablecer frente a la justicia de sangre, la justicia humana de los tribunales como una innovación para la historia de la humanidad, aboliendo la doble justicia privada: la interpretación privada del derecho y su realización privada.

En la *Orestíada*, según el P. Gabriel del Estal, se oponen dos Derechos frente a frente: el Derecho antiguo, custodiado por las Furias (encarnación de los viejos poderes telúricos), que descansa en la idea de familia; y de otra parte, frente a él, otro Derecho más alto, custodiado por Apolo, que descansa en la idea de ciudad y que exige castigo para todo crimen, haya sido o no perpetrado dentro de los lazos de sangre. La ley de la sangre va a ser proscrita por Apolo, de quien Orestes, sin saberlo, es instrumento; el

⁶⁴² NIETZSCHE, F., *El espíritu de la música: origen de la tragedia*, Obras completas, I, Buenos Aires 1947, p. 103.

⁶⁴³ ESQUILO, *Agamenón*, 67.

dios le insta al matricidio, a la sombra de la ley bárbara, justamente para suprimirla, y Orestes hunde el hierro en la carne de su madre. En Clitemestra no muere una madre, sino un orden jurídico y un estilo legal. Los crímenes serán juzgados, en lo sucesivo, por un tribunal humano, de acuerdo con la ley culta de la razón antes que con la salvaje de la venganza. Y la ley de la razón es el derecho de la ciudad, interpretado por la sabiduría de sus jueces. Se constituye el Areópago, que pronuncia veredicto de perdón a favor de Orestes. Con su espada la ciudad vence a la selva y la razón al instinto.

La racionalización de la Justicia garantizada por los dioses es, por tanto, el fondo que subyace en la tragedia *Orestíada*, la cual gira en torno a un crimen (*Agamenón*); una venganza (*Las Coéforas*); y un juicio (*Las Euménides*). A través de las tres tragedias sucederá, con la mediación divina de los dioses del Olimpo, el paso de la justicia de la sangre a la justicia de la razón, que el P. del Estal con acierto pone sobre una obra magnífica.

Dice Camón Aznar en el Prólogo de esta obra:

*“Algo más que el genio jurídico hay en estas páginas de comentario a la Orestíada. La erudición, el temple filosófico y el alto vuelo poético de Gabriel del Estal desbordan el simple problema de la juridicidad, que es sólo un aspecto de la tragedia griega, que introducimos en la misma raíz, mística y bárbara de esta creación de los griegos, con la cual humanizan y hacen dialécticos y comprensibles a sus dioses”.*⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ CAMÓN AZNAR., J., “Prólogo”, en DEL ESTAL, G., *La Orestíada y su genio jurídico*, El Escorial 1962, p. 5.

Parte el P. del Estal de la justicia de sangre. Desde la maldición de Tiestes contra Atreo, tras el festín aderezado con la carne de Tántalo y Plístenes, como manjar servido al propio Tiestes, padre de aquellos, una cadena ininterrumpida de homicidios, incestos y crímenes de sangre no dejará ya nunca de pesar sobre el palacio de los Atridas poblando a éste de almas de muerte. La mancha de la sangre y la venganza seguirá ahí, mantenida por las Erinias, en su propósito vocacional de Furias.

La misión de las Erinias es vengar el crimen de sangre chupando la del asesino después de pronunciar contra él sentencia en sagrado cuando no es posible la justicia privada. Tienen, por tanto, doble perfil de justicia y de castigo, pues no cabe absolución del perseguido alguna. El crimen y el asesino, una vez que entran en la jurisdicción de las Erinias, tienen ya cerrado definitivamente proceso y tribunal.

Estas almas de muerte, encargadas de expiar el crimen de sangre, hacen justicia con un espíritu de venganza salvaje. Es una justicia antinatural, incivil, inhumana. A este doble aspecto de las Erinias con su anverso y reverso de justicia y venganza se reduce el cauce procesal en la criminología de la *Orestíada*. Es la voz de la sangre frente al asesino que reclama la justicia. Ello es tanto como dejar sin argumentos judiciales: mientras el asesino esté manchado de sangre le persigue el alma del muerto.

Primitivamente, la venganza de la sangre actuaba con universalidad del sujeto frente al homicida. El parentesco es una circunstancia que atenuaba o agravaba la culpabilidad según los casos y las circunstancias. Sin embargo, mas tarde, por respeto al

orden jurídico familiar se restringió la persecución vindicativa a los crímenes entre parientes unidos en comunión de sangre, encomendado a la custodia de las Furias⁶⁴⁵.

Por tanto, había dos formulas: la ordinaria y simple (de venganza parental) y la extraordinaria y específica (de venganza erínica). En el primer supuesto tiene aplicación el parentesco familiar; en el segundo, el parentesco erínico, sagrado. El parentesco profano o familiar se produce entre miembros múltiples ligados por vínculos de obediencia al jefe; el parentesco sagrado, surge entre padres, hijos y nietos (por línea troncal) y entre hermanos (por línea colateral). Esposos, cuñados, sobrinos y tíos no son parientes en sagrado, sino en profano. Cuando entre el asesino y la víctima no hay un nexo sagrado incumbe a los propios parientes hacer efectiva la venganza. Por el contrario, si el asesino es padre, hijo, nieto o hermano de la víctima, entonces el procedimiento es el erínico⁶⁴⁶.

La venganza encierra así un cierto contenido de talión, sin fuero alguno de derecho. Las Furias se sirven de ella para afrentar a los criminales, no para satisfacer en justicia. Las Erinias se precipitan sobre el muerto para chupar su sangre y emborracharse con ella y después ejercer la venganza sobre el asesino. La Erinia del padre o de la madre vela constantemente para dar satisfacción a la víctima, dice Rohde, y escapará del reino de los espíritus, a fin de hacer presa en el homicida. Marchará siempre detrás de él, pisándole los talones, acusándole de día y de noche, hasta beber su sangre lo mismo que un vampiro, porque la Erinia del que ha muerto asesinado no es sino su alma enfurecida, que viene a tomarse la venganza por su mano⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ DEL ESTAL, G., *Op. Cit.* p. 77.

⁶⁴⁶ STEUDING, H., *Mitología griega y romana*, Barcelona 1942, pp. 31 y ss.

⁶⁴⁷ ROHDE, E., *Psiche. El culto de las almas y la creencia en la inmortalidad entre los griegos*, Madrid 1942, pp. 191-192.

La Erinia, por tanto, supone en realidad una violación de la ley, un crimen de sangre. Se lanza a la persecución del delincuente, para hacer justicia con él. Las Erinias, dice Jiménez de Asúa, eran las encargadas de ejercer su venganza contra los homicidas ya que la más vieja comunidad jurídica era la familia y aparecían como Erinias de la madre muerta y menos frecuente del padre muerto. No Clitemestra, que mató a su marido, sino Orestes, que mató a su madre, es víctima de las Erinias⁶⁴⁸.

Hay, pues, una triple identificación entre sangre, vida y alma, que es mítica⁶⁴⁹. El parentesco erínico tiene por base esta trilogía de vida, sangre y alma. Decía Kelsen, que el hombre primitivo sustancializa el universo de sus relaciones, incluso las de pecado y virtud, considerando que el alma reside con preferencia en la sangre⁶⁵⁰. Cuando el crimen se produce dentro de esta comunidad de sangre, no es posible la persecución parental de delito y delincuente, porque matar al asesino es darse muerte cada uno a sí mismo por suicidio en el alma indivisa que corre en la sangre de todos. Por tanto, la acción procesal que les cabría a los parientes pasa a la jurisdicción de las Erinias, encargadas de la venganza frente al asesino, con el fin de que el desorden jurídico no quede impune.

La Erinia, para los griegos, no era un espíritu infernal independiente, sino el alma enfurecida del difunto (padre, hijo, nieto o hermano), esto es, un alma de muerte que se precipita vengadora sobre el asesino, dispuesta a chupar su sangre,

⁶⁴⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal, I*, Buenos Aires 1950, p. 238.

⁶⁴⁹ E incluso bíblica. El mismo Moisés cuando prohíbe a su pueblo comer la sangre de cualquier animal, sea puro o impuro, lo justifica en el hecho de que el alma está en la sangre. (*Lev. XVII, 10-54; Deut. XII, 23*). Comer la carne con su sangre es por tanto un pecado, porque con la sangre se come el alma, el principio vital, la misma vida directamente gobernada por Dios. Alma, sangre y vida se funden simbólicamente ante la divinidad.

⁶⁵⁰ KELSEN, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires, pp. 29 y ss.

persiguiéndole con acoso en la conciencia. Esas almas de muerte, a las que Homero llama: “*espectros de los difuntos, fantasmas de los muertos*”⁶⁵¹, cuando se aparecen ante los vivos lo hacen para exigir alguna expiación y se arrogan el título de diosas e instauran un culto de persecución con figuras de mujeres horribles, dispuestas a castigar el crimen de sangre⁶⁵².

Las Furias son invisibles. Actúan directa y exclusivamente sobre el asesino, cargando el peso de su acción sobre su conciencia. Por eso grita Orestes: “*¡Vosotros no las veis, pero yo estoy viéndolas! ¡Me siento acosado! ¡Ya no puedo seguir aquí!*”⁶⁵³. Actúan como “*perras que pretenden vengar a mi madre*”⁶⁵⁴, aullando en su alma mientras la sangre del crimen está aun fresca en sus manos⁶⁵⁵. Y describe su atuendo: “*Van vestidas de negro y enmarañadas en múltiples serpientes*”⁶⁵⁶.

Se comprende así las palabras de la sombra de Clitemestra cuando hostiga a las Furias diciéndoles:

“¡Vaya, podéis dormir! ¿Qué falta hace gente dormida? ¡Hasta ese punto me despreciáis entre los muertos! ¡No cesa entre los difuntos el reproche de los que maté, y voy errante llena de oprobio! Os aseguro que me atribuyen la más grave culpa. Después de haber sufrido tan horribles acciones de parte de

⁶⁵¹ HOMERO, *Odisea*, XI, 476; XXIV 14.

⁶⁵² DEL ESTAL, G., *Op. cit.* p. 189.

⁶⁵³ ESQUILO, *Las Coéforas*, 1061

⁶⁵⁴ IDEM, *Op. cit.*, 1054.

⁶⁵⁵ IDEM, *Op. cit.*, 1055.

⁶⁵⁶ IDEM, *Op. cit.*, 1050.

los seres más queridos, ninguna deidad se irrita en mi favor, aunque fui degollada por manos matricidas”⁶⁵⁷.

Las almas de muerte se transforman así en Erinias vengadoras. El alma del asesinado, su propia sangre, mancha las manos del asesino y salpica sus vestiduras. Esas gotas de sangre son las garras de un ánima en desamparo, de un alma separada con violencia de un cuerpo, que llena de cólera acosa al asesino y le persigue en su conciencia en las profundidades de su mismo ser gritándole su crimen en el oído y en el corazón, dentro y fuera de sí, dejándose sentir por el perseguido con su aliento, su opresión. Es un ser demoníaco, una diosa infernal, una Furia vengadora, una Erinia.

Después del crimen, el alma del muerto a la que se privó de la muerte natural, queda en la tierra. Las “*perras resentidas*” de Clitemestra son su misma alma, su misma sangre derramada al morir revuelta sin resignación contra el asesino, su propio hijo Orestes. Para dar fin a la persecución erínica sólo hay un camino: lavar la mancha de sangre para liberar al ánima. Y la mancha de sangre se lava con la sangre de una víctima inocente. Por eso, se comprende la liberación de Orestes ante la estatua de Atenea, postrado suplicante a sus pies en su huida del acoso de las Erinias con el sacrificio de un lechón⁶⁵⁸.

Sin embargo, en el caso de Orestes, purificado ya, las Erinias continúan aún su acoso de sangre. A cargo de las Erinias corre la misión sagrada de sostener el orden normativo y moral cuando un crimen de sangre hace imposible su venganza.

⁶⁵⁷ IDEM, *Las Euménides*, 95-100.

⁶⁵⁸ ESQUILO, *Op. cit.* 280-283; 445-450 y 470-475.

Pues bien, tanto el asesinato de Agamenón a manos de Clitemestra y Egisto, como la consiguiente venganza de sangre descargada por Orestes sobre los ejecutores, deben ser vistos a la luz de las instituciones jurídicas entonces en vigor teniendo en cuenta los dos únicos procedimientos de ejercicio: venganza parental y venganza erínica.

La muerte de Agamenón es un asesinato, no tanto por matar la esposa al marido, sino por haber una violación del tálamo conyugal, en complicidad con el amante adúltero.

El festín de Tiestes, padre de Egisto, y el sacrificio de Ifigenia, hija de Clitemestra, que pesaban sobre Agamenón, eran título suficiente de venganza contra él, para el hijo y la madre de las víctimas, pero en la muerte de Agamenón hay algo más de vindicta privada, porque hay un adulterio. ¿Qué procedimiento es el que debe seguirse entonces: el ordinario de familia o el extraordinario de culto, esto es, el parental o el de venganza erínica?

Ni Egisto ni Clitemestra están ligados con Agamenón por vínculos de parentesco. Egisto es primo de la víctima y Clitemestra es su esposa. Ni ésta ni aquel entran en el grado de estricto parentesco de sangre con aquel propio entre padres, hijos y nietos, por línea troncal, y de hermanos, por la colateral. No hay lugar, por tanto, a la persecución de las Erinias. El castigo de los criminales por tanto debe seguir los cauces de la venganza parental.

Los parientes de Agamenón que han de actuar de vengadores de su sangre son sus hijos Electra y Orestes, tanto contra Egisto como contra Clitemestra. De hecho, a Orestes no le perseguirán las Erinias por haber hecho uso de la venganza personal al proceder en justicia de sangre contra Egisto, coautor, junto con Clitemestra de la muerte de Agamenón. Orestes no incurre en persecución de las Furias por no ser Egisto más que un miembro lejano de la familia, del mismo modo que éste quedó a salvo de éstas al hacer uso de la vindicta privada contra Agamenón.

El problema surge con respecto a Clitemestra, que es madre al mismo tiempo de los llamados a recoger contra ella la voz de la sangre. Los hijos de Agamenón, no pueden vengar a su padre en derecho, porque su misma madre es el asesino. Para que éste quede impune deberían haberlo ejecutado otros parientes, que no existen. Sin familiares que puedan ejercer en derecho la venganza parental contra Clitemestra, la muerte de Agamenón va a verse privada de justicia. No queda más opción que: o dejar impune el crimen o permitir al hijo matar a la madre. Y esta solución es la que prevalece en la lógica jurídica de la *Orestíada*. De ahí, la entrada de la justicia celeste con Zeus, Apolo y Atenea, a favor de un proceso diferente. Por eso cuando Orestes mata contra el veto sagrado lo hace con fe en el oráculo de Apolo, pero Orestes no sabe que Apolo obra a las órdenes de Zeus, para sustituir la venganza de sangre por el derecho urbano. Orestes sólo conoce el tono imperativo de Apolo que le conmina con sentencia en sagrado de muerte a oír el grito de la sangre paterna que clama venganza de expiación contra la madre. Y obedece matándola.

Gobernado por la ley de la retribución: sangre con sangre, sin otras investigaciones sobre la culpa, éste era el modelo de justicia anterior a Esquilo⁶⁵⁹. La ley de la venganza justifica el castigo, no el derecho. Las manos del asesino quedan a disposición de la víctima. Y aquél perseguido por las Furias es víctima de un nuevo crimen.

La Justicia basada en la ley de la sangre, custodiada por las Furias, se opone a la Justicia custodiada por Apolo, que exige el castigo de todo crimen, haya sido o no cometido dentro de los lazos de sangre. Y éste es el desenlace al que llega el P. del Estal.

Orestes mata a su madre al oír el oráculo del joven dios Apolo, al que obedece y al que apelará para su defensa, de que debe vengar a su padre. El culto de Apolo y de Atenea va a proscribir la ley de la sangre, pero es Zeus, el omnipotente padre de todos los dioses, quien da la orden a Orestes para que mate a su madre. Y Orestes obedece actuando según justicia divina, contraria a la justicia de la sangre, al matar a su madre Clitemestra quien se excusa ante el hijo vengador aduciendo al destino, a lo que Orestes alega que ese mismo destino dispone también su muerte⁶⁶⁰.

Orestes actúa como juez y como verdugo y duda, como hijo, al levantar la espada, pero la orden de Apolo es sagrada y no admite oposición. Apolo es quien aconsejó a Orestes el asesinato de su madre en ausencia de su padre Zeus. Fue él quien puso en sus manos la espada, precisamente para acabar con la ley de la venganza, con la ley de la sangre.

⁶⁵⁹ MURRAY, G., *Esquilo, el creador de la tragedia*, Madrid 1943, p. 198.

⁶⁶⁰ ESQUILO, *Las Coéforas*, 911.

Con la espada de Orestes, la ciudad de Atenas vence a la selva y la lógica al instinto. Esta es la gracia de Apolo, ordenada por Zeus. La Justicia es ahora serenidad e inteligencia. Frente a la justicia de la sangre, frente al destino cruel, tiene que haber un final redentor. Nace así, dice el P. Gabriel del Estal, el derecho positivo, sobre una base de ciudadanía común entre los dioses y los hombres, con sumisión de la naturaleza a la libertad, del ímpetu a la razón, de la historia a la metafísica, y de la venganza a la ley⁶⁶¹.

En la tragedia de Esquilo los héroes lo son, como pone de manifiesto a lo largo de su trabajo el P. del Estal, mas que por la grandeza de sus hazañas, por la magnitud de las desgracias que les rodean. Aparecen en la obra para recibir la carga dolorosa de sus destinos pero para restablecer un orden jurídico. Las tres tragedias que integran la *Orestiada* son eslabones de una lamentable sucesión de desdichas que ha comenzado en las pasiones del Olimpo y que se hunde en el seno del tiempo. Una vez que los hombres ascienden al uso de la razón, es cuando Zeus estima necesario abolir la ley de la venganza por una justicia de razón. Los hombres son redimidos de la barbarie por un salvador, Apolo, hijo de Zeus, fundador de la justicia civil.

El plan de Zeus para el proceso de humanización de la justicia es singular y poético. Zeus encomienda a Apolo la misión de humanizar la Justicia, pero como duda de su obediencia, introduce a una mujer, Casandra, hija de Príamo, rey de Troya, de la que Apolo se enamora.

⁶⁶¹ DEL ESTAL, G., *Op. cit.* p. 94.

Cassandra recibe de Apolo el don de profecía a cambio de la virginidad, pero Cassandra se burla de la promesa y excita la cólera de Apolo quien retira a Cassandra el don profético. Sin embargo, a pesar de ello, los vaticinios de la profetisa desautorizada se cumplen.

Al caer Troya, Agamenón la toma por concubina. Y cuando regresa a Argos, la lleva con él para morir a su lado, a manos de Clitemestra. Apolo contempla el cuerpo de Cassandra y explota de ira contra las manos asesinas y clama justicia ante todos los dioses del Olimpo. Por eso no quedará el crimen sin expiación; hará su entrada quien la maldad castigue, y al padre vengue y a la madre inmole⁶⁶².

Orestes, fugitivo, debe volver a Argos. Apolo es su protector y jura absolverle, pero debe matar a su madre. Es la venganza de la sangre, herencia de un pasado cruel que debe ser derogado por la ley de la justicia según los cánones legados por los dioses a la Humanidad. Orestes obedece al oráculo y mata a su madre. Zeus ha completado ya su propósito. La historia y el hombre están redimidos de la ley de la sangre. La justicia de Zeus y el amor de Apolo hacen el resto.

Apolo y Atenea ponen el contrapunto de lógica, de humanismo, de ciudadanía. Cuando Apolo recusa su jurisdicción, ilógica, injusta, logrando de Atenea la elevación del litigio al fallo supremo del Areópago, con razón, con serenidad, sin reconocimiento de poder para sentenciar, y menos para vengar, se ve claramente el perfil inhumano de las Furias convertidas en verdugo.

⁶⁶² ESQUILO, *Agamenón*, 1275-1280.

Las exculpaciones de Orestes y las acusaciones de las Erinias dividen el juicio del Areópago, recién instituido, divididos sus magistrados entre aplicar la justicia de sangre, hasta entonces ley entre los hombres, o la justicia de razón, instaurada ahora por los dioses. El empate indica imparcialidad de juicio y ponderación de razones. El empate no implica diferentes puntos de vista, sino la existencia de un conflicto real entre dos órdenes jurídicos: el viejo y humano (justicia de sangre) y el nuevo o divino (justicia de razón).

Atenea resolverá la duda fallando contra el *ius sanguinis* y a favor del *ius rationis*. Ante este empate, el voto cualificado de la diosa, favorable al reo, inclina el fallo resolviendo en absolución. Y Orestes queda absuelto de su delito. Atenea, mediante el uso de la razón, salva a Orestes de la condena a muerte por el asesinato de su madre Clitemestra. Primero, interviene en el proceso constituyendo un tribunal formado por los hombres más justos de la ciudad; luego, obligando a que las partes aleguen argumentos; y, finalmente, a la vista del empate entre los que consideran culpable a Orestes y quienes no, con su voto favorable al reo le absuelve, para exponer claramente que el crimen no puede contestarse con el crimen, y que es la justicia de la ciudad la que ha de asumir la resolución de los problemas, buscando corregir las causas mediante el uso de la razón impuesta por los dioses.

Aunque es Zeus quien urde el plan para humanizar la justicia, no cabe duda que es Atenea la diosa más decisiva que aparece en el drama de Esquilo a la hora de restablecer el orden jurídico. Ella es quien toma la decisión final en el juicio que, no sólo purifica para siempre a Orestes, quien se aferra con fuerza a sus pies cuando los acosan las tenebrosas Erinias, sino a la propia ley de la venganza al resolver con su voto

el empate de los magistrados sobre la culpa del matricida posibilitando la institución de los tribunales ciudadanos en el monte del Areópago, que, en lo sucesivo, administrarán la justicia para todos los casos de homicidios en todo el ámbito de influencia de la *polis* ateniense.

Es esta diosa protectora quien lleva a su conclusión definitiva este oblicuo asunto, que aparentemente comenzó por un designio vengativo de Artemisa, y que fue luego conducido en su desarrollo por su hermano gemelo Apolo. Es cierto, que se estaba cumpliendo la voluntad de Zeus, que ostenta el poder de la justicia en su grado máximo, pero que sólo adquiere sentido en la decisión de la diosa al permitir la institución humana de los tribunales de justicia, lo cual no deja de ser paradójica, que en la ciudad griega, donde la masculinidad era signo distintivo en la persona, sea una diosa quien salve a un hombre, precisamente del crimen de asesinar a su madre.

La justicia de Orestes, por tanto, dice el P. Gabriel del Estal, es la justicia de Zeus, de Apolo y de Atenea. Este es el plano profundo del juicio: la íntima relación entre la conducta humana y las relaciones existentes entre el hombre y la divinidad. Zeus, Apolo y Atenea, dice el P. Gabriel del Estal, construyen el Areópago con las manos ensangrentadas de Orestes, con sus arcaicas categorías morales, las categorías de su tiempo, jugando con ellas, con su mentalidad fatalista de obediencia al destino, con su educación ilógica, para pronunciar veredicto de muerte contra la irracionalidad. La orden dada a Orestes por Apolo es un artilugio para derogar la venganza de sangre. Orestes al matar, no asesina a una madre, mata sin saberlo, un procedimiento penal, una criminología, un orden normativo⁶⁶³.

⁶⁶³ DEL ESTAL, G., *Op. cit.* pp. 217-218.

Con la muerte de Clitemestra no muere una madre, desaparece una justicia basada en un derecho injusto de los hombres. Las injusticias humanas, sean o no de sangre, cualquier crimen, será juzgado en lo sucesivo por un tribunal humano, pero no con la ley de la venganza, con la ley de la sangre, sino con la ley de la razón, interpretado por la sabiduría de los jueces. Por eso, como un regalo del cielo a la tierra se constituye el Areópago.

En otro sentido, el rasgo esencial de la justicia, dice Rodríguez Adrados, consiste en que se encuentra estrechamente ligada a la idea de piedad debida a los dioses; toda injusticia es impiedad, pero los dioses no actúan justamente por arbitrariedad, sino por razón: su justicia es concebida como razón⁶⁶⁴.

En la *Orestíada* un tribunal aúna castigo y razón y la venganza de sangre acaba siendo vencida por la gracia divina que establece un nuevo orden legal. Cuando la ley de la sangre se vuelve ley de la conciencia, cuando la venganza se sustituye por la justicia, las Erinias se convierten en Euménides. Y cantarán a coro:

*“Salve, todos los que habitan en esta ciudad de Palas, dioses y mortales, honrad con vuestro culto la vecindad que me habéis concedido y jamás tendréis que lamentar los reveses de la fortuna”*⁶⁶⁵.

Para el P. del Estal, la *Orestíada* no sólo es un mensaje de los dioses a la ciudad de Atenas, sino a todo el mundo. Con un elevado vuelo poético, Esquilo resuelve la

⁶⁶⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS, F. *La democracia ateniense*, Madrid 1998, p. 151.

⁶⁶⁵ ESQUILO, *Las Euménides*, 1015-1020.

transformación de una forma de hacer justicia, de la lógica de las compensaciones en un Estado precivilizado, es decir, de la experiencia de la justicia en estado salvaje, de la práctica de la venganza del ojo por ojo, de la ley del talión que parece ejercitada originalmente por la ley de la selva de Artemisa, hermana mayor de Apolo, para adecuarse a las condiciones racionales mínimas de la convivencia civilizada representada por la impronta de Apolo que, por lo demás, simplemente cumple el plan de Zeus, que se revela como el argumento definitivo para dar sentido al misterioso padecimiento de los Atridas y permitir la posterior institución de los tribunales ciudadanos, auspiciados por la venerada virgen Atenea.

En definitiva, podríamos decir que es una situación simbólica tensionada entre dos hermanos, de padre común, que tiene como finalidad reparar con sangre el hecho de sangre para, finalmente, transformar el círculo vicioso de la venganza de la arcaica lógica del talión en la lógica de la razón y de la justicia en la que Orestes, es una vez más como el resto de los personajes, instrumento del destino, pero en esta ocasión no para soportar desgracias sino para restablecer un orden en los misteriosos y crueles crímenes que asolan en el palacio de los Atridas y en el futuro en la humanidad.

No cabe duda que el teatro era para los griegos un elemento de educación democrática. El mensaje de la *Orestíada* es claro: si la venganza del crimen es un mandato inexorable, y a cada crimen debe responderse con otro crimen, esta sucesión de venganza no cesará nunca y no podrá jamás establecerse la paz en las ciudades. Para ello es preciso que se derogue la venganza de la sangre y se establezca en su lugar una justicia basada en la razón que, con la protección del Estado, garantice la armonía entre los ciudadanos. Solo así será posible la felicidad ciudadana, el orden y la paz. Un paso,

en definitiva, que es la matriz de lo que en nuestros días denominamos Estado de Derecho, es decir, no sólo el establecimiento de una ley que determine lo lícito de lo ilícito, sino también la instauración de un poder judicial del Estado en sustitución de la venganza privada, la que sólo puede acarrear una sucesión infinita de delitos.

La nueva justicia punitiva aparece así como función pública del Estado para satisfacer en forma racionalizada la sed de venganza. El castigo retributivo se explica como un sustituto civilizado de la justicia salvaje de los vengadores. Sin embargo, la solución propuesta por Esquilo es muy distinta a la solución que ofrecen los Estados modernos. Palas Atenea, rompe el empate entre los magistrados que deben juzgar a Orestes, vengador arrepentido, perdonándolo. La Diosa no lo lanzó de nuevo a la calle para que completara su destino irredimible de vengador, según lo prescribía la tradición, pero tampoco lo condenó a la cárcel por asesinato, como lo ordenan las leyes de los Estados modernos. Lo perdonó, con lo cual reconoció el odio retributivo como causa de justificación.

La obra se cierra con una amplia bibliografía que ofrece, además de las diferentes ediciones críticas de la *Orestíada*, una gran cantidad de materiales de literatura comparada, Derecho, política, religión, historia y filosofía, relacionadas con el tema. Finalmente, la obra tiene una serie de cuidados índices: analítico, onomástico, léxico-gráfico, esquileo y bíblico.

Pero el sabio agustino deja abierta una pregunta: ¿Quién tiene razón: Esquilo o los juristas del Estado moderno? ¿Debemos castigar o debemos perdonar a quienes, como Orestes, son víctimas que se han transformado en victimarios? No hay una

respuesta simple, válida en todo tiempo y lugar, para esta difícil pregunta. En general, creemos que la Justicia, mediante la aplicación de las leyes que dicta el Estado, debe fundamentalmente preservar la paz y mantener el orden social.

TOMA DE POSTURA

Resulta muy difícil calificar la magnitud del P. Gabriel del Estal en unas líneas. Su naturaleza multifacética le llevó a destacar, no solo en su condición humana y profesión religiosa, sino en un sinfín de saberes.

A nuestro entender, el P. Gabriel del Estal llevó a cabo a lo largo de su vida, además de una profunda renovación de carácter arquitectónico en la Provincia agustiniana matritense, mediante la puesta en marcha de Centros educativos (Colegio Valdeluz de Madrid, Colegio Los Olivos de Málaga y Colegio San Agustín de Avilés) Colegios Mayores de Madrid (Colegio Mayor Mendel y Colegio Mayor Elías Ahúja), lo que dio a la sociedad un número de alumnos que pasaron por sus aulas y el sistema educativo agustiniano, una importante aportación jurídica a través de sus numerosas publicaciones.

Desde luego, su nombre merece pasar a la posteridad, no sólo por la obra de estructura sólida cimentada en edificios para la orden agustiniana por la que han pasado miles y miles de alumnos sino por una obra escrita minuciosa, publica, sensata, de altos vuelos, en un momento de gran importancia en la Historia de España como fue la transición española.

Dotado de una personalidad multidisciplinar, el P. Gabriel del Estal fue un destacado jurista, un literato por vocación poética, un político de raza con dotes de buen gobierno y ejecución de proyectos, y un gran estudioso de San Agustín. En su legado queda una gran obra arquitectónica y jurídica, que nosotros no debemos relegar al olvido.

A lo largo de su fecunda bibliografía (que reúne un total de 374 publicaciones) y sin contar numerosos textos inéditos, realizó una obra verdaderamente de referencia en el mundo jurídico español, que mantiene aún su vigencia en el siglo XXI, principalmente por la apertura mental de carácter humanista que tenía, virtud de la que el autor jamás presumió, pues era de condición humilde.

La magnitud y heterogeneidad de su obra hace muy difícil evaluar equilibradamente su producción, porque el estudio de su obra exigiría un tiempo y una dedicación tan amplia que excedería con creces el contenido de esta tesis doctoral centrada en las aportaciones de los agustinos juristas más relevantes para la Ciencia jurídica española. No obstante, hemos tratado de sistematizar su pensamiento y su obra en aquellos aspectos que mayor incidencia han tenido para la Ciencia jurídica española y especialmente para el Derecho político, del que era un gran maestro y cuyos contenidos estamos seguros que perdurarán con carácter general en el ámbito de la Ciencia jurídica española.

Con ocasión del libro homenaje al P. Gabriel del Estal que la Provincia agustiniana dedicó al mismo con motivo de su muerte, escribió el P. Felicísimo Castaño de la Puente estas líneas que marcan la importancia y altura de nuestro sabio agustino y que hacemos nuestras:

“Entraría dentro de la etopeya del P. Gabriel del Estal subrayar las altas cualidades que lo definen, como que era religioso agustino de extraordinaria relevancia en el campo del Derecho y las Ciencias sociales,

filosóficas y eclesiales; sabedor profundo e investigador nato en múltiples saberes; brillante erudito en el conocimiento de la lengua española; maestro en el arte de la conferencia; escritor atildado y preciso hasta el detalle; poeta de altos vuelos en sus años mozos; educado hasta la exquisitez en las relaciones humanas; especialista en tirar siempre por la vía de lo políticamente correcto; prohombre en la historia de la Provincia Agustiniense Matritense a la que pertenecía; figura ilustre entre las muchísimas con que cuenta la vieja Orden Agustiniense”⁶⁶⁶

A través de su magisterio, el P. Gabriel del Estal se convirtió en fuente de sabiduría para todos aquellos que fueron/fuimos alumnos suyos, los que pasaron y los que seguimos tras sus huellas.

⁶⁶⁶ CASTAÑO DE LA PUENTE, F., “In memoriam. P. Gabriel del Estal Gutiérrez (10.XI.2008)”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*, p. 11.

CUARTA PARTE

LA APORTACIÓN DEL P. AVELINO FOLGADO FERNÁNDEZ (1917-2013)

AL DERECHO CIVIL ESPAÑOL



CAPÍTULO NOVENO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD

9.1. Breve reseña biográfica

El P. Avelino Folgado Fernández nació en Pozuelo de Tábara (Zamora) el día 11 de mayo de 1917.

Profesó de religioso agustino en el seminario de Nuestra Señora del Buen Consejo de Leganés (Madrid) en 1933, donde inició los estudios eclesiásticos de Filosofía que culminó en el Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial.

La Guerra civil española interrumpió su carrera eclesiástica. Junto con los demás miembros de la comunidad de agustinos del Monasterio de San Lorenzo de El Escorial fue conducido aquel fatídico día de 6 de agosto de 1936, por orden de las autoridades del Gobierno de la República, a la cárcel de San Antón, de la que saldrían la mayoría de ellos hacia Paracuellos del Jarama donde serían asesinados por su condición cristiana, logrando salvar la vida nuestro autor⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ Vid DEL FUEYO, AMADOR, *Los agustinos en la Revolución y en la Cruzada*, Bilbao 1947. Refiere las expediciones que salieron a Paracuellos del Jarama los días 28 y 30 de noviembre; y en concreto, las dos expediciones que salieron el día 29 de San Antón al presidio de Alcalá en donde iban unos veinte agustinos; en una de ellas fueron incluidos los estudiantes: Buenaventura Pérez, Edelmiro Merino y Avelino Folgado, que consiguieron salvar sus vidas. Después de pasar por la cárcel de Porlier y Alcalá salieron de esta última el 30 de agosto de 1938 para ingresar en un batallón de castigo del que fueron librados el 27 de marzo de 1939. También de interés, vid. HERNANDEZ, L., “Solo por ser religiosos. Entrevista con los agustinos que sufrieron persecución y estuvieron junto a los que murieron por su fe”, en *La Escuela Agustiniana*, 53-54 (Ene-Junio, 1996), pp. 77-96. Son entrevistas de gran interés histórico. En ellas intervienen los Padres Luciano Rubio Calzón, Vicente Peral Herrero, Ulpiano Álvarez Díez y el mismo Avelino Folgado Fernández que refieren las penalidades sufridas durante su detención y arresto.

Tras tres años de penalidades, el P. Avelino Folgado reanudó sus estudios eclesiásticos, primero en el Monasterio de la Vid, en Burgos (1939-1940) y después, (1940), fue destinado a la comunidad del Real Monasterio para cursar la Teología que finalizó en 1944, habiendo sido ordenado sacerdote un año antes, en 1943.

Tras la reapertura de los Estudios Superiores de El Escorial en septiembre de 1945, que habían estado suspendidos durante la Guerra civil, sus superiores le encomiendan el estudio de la carrera de Derecho Civil para su incorporación inmediata, consiguiendo en 1947 la licenciatura en Derecho civil por la Universidad Central de Madrid, y el grado de Doctor en 1959 por la misma Universidad.

Desde su incorporación a la Universidad de El Escorial hasta su jubilación en 1994, el P. Avelino Folgado se dedicó a la enseñanza, siendo su ámbito de docencia el Derecho Civil. Asimismo, desempeño otros cargos como el de Ecónomo, Vicerrector, Rector y Decano de Derecho de la referida universidad escurialense.

Mermada su salud por su elevada edad, se retiró a la comunidad de Salamanca el día 10 de mayo de 2005, donde falleció, con una longevidad casi centenaria, el día 28 de octubre de 2013, a la edad de 96 años⁶⁶⁸.

⁶⁶⁸ Sobre biografía y bibliografía del P. Avelino Folgado vid. GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1996, pp. 351-352; ID., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 2006, pp. 87-88; *Analecta Augustiniana*, Roma 21 (1947-50), p. 215; *Boletín Informativo de la Provincia Agustiniense Matritense del Sagrado Corazón de Jesús*, Madrid (1986) 100; 11, p. 381; *Catálogos de la Orden de S. Agustín*, Roma 1994, p 508; FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” del Escorial (1892-1992). Índice bibliográfico”, en *María Cristina de Habsburgo y los Estudios Superiores del Escorial. Cien años de Estudios Superiores*, San Lorenzo de El Escorial 1992, pp. 537-39; LLORDÉN SIMÓN, A., “Biobibliografía Agustiniense Escurialense”, en *La Comunidad Agustiniense en el Monasterio de El Escorial. Obra Cultural (1885-1963)*, San Lorenzo de El Escorial 1964, pp. 347-48; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, I. y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, J., *Labor Científico-Literaria de los Agustinos Españoles*, Valladolid 1992, vol. 1 pp. 202-203; vol. 2, p. 780.

9.2. Línea doctrinal de sus investigaciones

No fue el P. Avelino un autor prolífico. Apenas media docena de trabajos jurídicos forman su haber intelectual, pues no era dado a la publicación de sus escritos, pero los que realizó, en especial en el ámbito del Derecho subjetivo, merecen ser tenidos en consideración en el ámbito del Derecho civil, por lo que suponen de aportación a la Ciencia jurídica española.

En el año 1959 publicó un trabajo corto, pero interesante, que supuso una primera toma de conciencia del problema que en el Derecho civil representaba el concepto de derecho subjetivo titulado *La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXIII y el concepto de derecho subjetivo*⁶⁶⁹. Tras plantear el problema de los términos jurídicos relativos al uso del derecho y las ideas romanas que lo configuran como objeto, se centró en la controversia con el Papado a razón de la disputa sobre la propiedad que mantuvieron los franciscanos, fieles a su regla monástica, y la posición de Guillermo de Occam, analizando los documentos pontificios sobre la cuestión de los que surge el concepto de derecho subjetivo.

También, en 1959, publicó un segundo trabajo titulado *Los tratados De legibus y de iustitia et iure en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII*, con

⁶⁶⁹ FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo”, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959), pp. 73-133. También formando parte del volumen DEL ESTAL, G., *La dialéctica de los dos reinos*, San Lorenzo de El Escorial 1959, pp. 73-133.

el que prepararía su tesis doctoral y principal aportación del P. Avelino Folgado al Derecho civil⁶⁷⁰.

Estos dos primeros trabajos sirvieron al P. Avelino Folgado de recogida de material y preparación para su obra más importante, publicada en 1960, que presentó en la Universidad Central de Madrid como tesis doctoral con la que obtuvo el grado de doctor titulada: “*Evolución histórica del concepto de Derecho subjetivo. Estudio especial de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*”⁶⁷¹.

En estos trabajos sitúa el origen del concepto de derecho subjetivo en la controversia sobre la pobreza franciscana, y desarrolla la labor que hicieron los primeros representantes de la teología española del Siglo de oro para unir la Escolástica del siglo XIII con el Humanismo renacentista del siglo XVI, evitando repetir sin más sus especulaciones teóricas para proyectarse a la realidad y dar una adecuada respuesta a los nuevos problemas que planteaban las nuevas circunstancias.

El P. Avelino Folgado descubrió también en aquellas investigaciones que lo que Guillermo de Occam establecía para poder resolver la controversia franciscana sobre la pobreza era una distinción entre *ius fori* e *ius poli*, expresiones agustinianas que Occam empleará como sinónimas, respectivamente, de Derecho positivo-humano y de Derecho natural-racional. A este aspecto dedicará el P. Avelino interesantes monografías, que

⁶⁷⁰ FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Los tratados De legibus y de iustitia et iure en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959), pp. 275-302. Se advierte una mala paginación de la revista y deben ser las páginas 457-484.

⁶⁷¹ IDEM, *Evolución histórica del concepto de Derecho subjetivo. Estudio especial de los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, Tirada aparte en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, 1 (1960), pp. 17-330.

analizan el concepto de propiedad en San Agustín⁶⁷², a los que sumaría otros estudios sobre diferentes aspectos del Derecho civil⁶⁷³.

9.3. Personalidad

El P. Avelino Folgado era un hombre humilde, de escasa estatura, con una frente amplia y despejada. Cuidaba su elegancia en el vestir. Solía llevar siempre traje gris, con chaleco y corbata. Su aspecto humilde y sencillo contrastaba con su inteligencia. Lo engañoso de su apariencia de hombre cabal y sencillo nos dejaba perplejos al constatar su gran altura intelectual y el influjo ejercido en el Derecho civil.

Fiel seguidor de San Agustín desde su más tierna juventud, le dedicó no escasos trabajos a analizar aspectos que tenían que ver con su persona en los que aportaba sus conocimientos del Derecho⁶⁷⁴.

Profesor metódico, perfeccionista, como corresponde a un hombre inteligente que dominaba su especialidad. La riqueza de su alma le llevaba a comenzar sus clases

⁶⁷² FOLGADO, A., “Terminología del derecho de propiedad en San Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 29 (1996), pp. 9-37; ID., “Controversia pelagiano-agustiniana sobre la salvación de los ricos”, en *La Ciudad de Dios* 211 (1998), pp. 403-475; ID., “La Ley y el Derecho en San Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 31 (1999), pp. 11-46; y ID., *El pensamiento de San Agustín en torno a la propiedad privada*, San Lorenzo de El Escorial 2003.

⁶⁷³ FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Los derechos del escritor y del artista según los moralistas y canonistas españoles de la primera mitad del siglo XVII”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 2 (1961), pp. 331-77; ID., “La doctrina jurisprudencial del abuso del Derecho”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 12 (1980), pp. 223-377; y ID., “La figura de la prodigalidad en el Código Civil, después de la ley de 24 de octubre de 1983”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* 16 (1984), pp. 15-48.

⁶⁷⁴ FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Terminología del derecho de propiedad en san Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 29 (1996), pp. 9-37; ID., “Controversia pelagiano-agustiniana sobre la salvación de los ricos”, en *La Ciudad de Dios*, 211 (1998), pp. 403-475; ID., “La Ley y el Derecho en San Agustín” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 31 (1999), 11-46; ID., *El pensamiento de San Agustín en torno a la propiedad privada*, San Lorenzo de El Escorial 2003.

con una oración. Y, en más de una ocasión, señalaba cómo los libros de cabecera de todo hombre debían ser la Biblia y el Código Civil, al que profesaba una gran devoción.

En las clases utilizaba un lenguaje técnico y preciso que, en ocasiones, hacía difícil seguir sus enseñanzas por su elevado nivel de formación. Fui alumno suyo y asistí a las clases de segundo y tercer curso de Derecho civil y puedo afirmar que sus clases eran lecciones magistrales.

Desde su incorporación al claustro de los Estudios Superiores de El Escorial en el año 1947 hasta su jubilación en 1994 se dedicó íntegramente a la enseñanza. Su especialidad fue el área del Derecho Civil, donde fue un destacado maestro.

Desde sus primeras clases hasta su jubilación se sucedieron las generaciones de estudiantes que iban formándose con sus conocimientos del Derecho civil transmitidos en forma de apuntes a la altura de cualquier tratado o manual de la época, pues la calidad de los mismos superaba a aquellos.

Entre sus aficiones personales estaba el cuidado del jardín y sus flores, que llevaba con el esmero de quien cuida un hijo de pocos años, al que susurra o acaricia. Al P. Avelino se deben los cipreses que fueron colocados a la puerta de los Estudios Superiores de El Escorial, en sustitución de unas antiguas adelfas, viejas, y poco lucidas en el acceso a la puerta del conocimiento universitario, que estaban a la entrada del Centro universitario como los leones en el Congreso de los Diputados.

Fue su producción bio-bibliográfica tan sencilla como lo fue su vida, pero su paso por este mundo dejó su propio legado en la historia del Derecho civil español que no podemos ni debemos pasar por alto. El nombre del P. Avelino Folgado trasciende la simpleza y aparece unido indisolublemente al Derecho civil, siendo su modesta contribución una gran aportación al mismo, como veremos a continuación.

CAPÍTULO DÉCIMO. APORTACIÓN AL DERECHO CIVIL. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DEL DERECHO SUBJETIVO

Para conocer la importancia de la aportación que el P. Avelino Folgado realiza a la Ciencia jurídica española y, particularmente, al Derecho civil, es preciso situar correctamente el problema. Para ello veremos el problema que suscita el derecho subjetivo y seguidamente, el modo en que el P. Avelino Folgado encuentra el origen cronológico del concepto de derecho subjetivo que se halla en la polémica franciscana sobre la pobreza y cómo, al juicio del sabio agustino, dicho concepto evoluciona en la segunda Escolástica española que tuvo lugar durante el siglo XVI en la pluma de los teólogos de la época.

10.1. El problema acerca del derecho subjetivo.

El Derecho no es sólo un conjunto de normas ni de leyes. Una definición que contemple el Derecho de este modo se refiere exclusivamente al concepto de derecho objetivo, pero junto a él se sitúa el derecho subjetivo.

El derecho objetivo implica la exigencia o conjunto de exigencias coactivas de unos determinados comportamientos sociales (deberes jurídicos), domina y predomina la realidad jurídica, pero junto a esos deberes jurídicos, están los derechos del sujeto, es decir, las posibilidades del individuo de hacer o no hacer, de exigir que otro haga o no haga. Y esto integra el derecho subjetivo.

Llegados a este punto surge la pregunta: ¿qué es, pues, el derecho subjetivo? ¿Es una realidad con consistencia propia más allá de las normas jurídicas positivas? ¿Acaso es la otra cara de la moneda de los deberes jurídicos, es decir, una realidad creada y determinada por las mismas normas jurídicas? ¿Se tienen derechos subjetivos porque hay normas que los reconocen y protegen o son las normas jurídicas el reconocimiento de derechos subjetivos?

Hasta épocas anteriores al siglo XVII no existía propiamente una teoría sistemática de los derechos subjetivos. La primacía casi absoluta del derecho objetivo sobre el derecho subjetivo tenía razón de ser ideológica en los períodos anteriores al siglo XVIII, pues había un interés en mantener la especulación jurídica como base del orden establecido. La vida política, la jurídica, e incluso la vida religiosa giraban en torno al concepto de orden. Para mantener ese orden social concreto se había elaborado una categoría filosófica, e incluso teológica, como era la del orden cósmico u orden natural. Lo importante era, pues, esa realidad objetiva del orden y no el sujeto, la persona o el individuo.

El iusnaturalismo escolástico expresó bien este hecho ideológico. Para esta concepción, el Derecho no sería sino la expresión normativa en fórmula de deber-ser, de una determinada orden, de una determinada relación objetiva que, en última instancia estaba creada por una ley eterna de Dios, que se realizaba en cada criatura, o por la decisión de quien tenía a su cuidado el gobierno de una comunidad de personas. Si en todo ello existía algo de derecho subjetivo, es decir, de exigencia del sujeto frente a los demás o frente al poder político, no era sino el reducto de lo posible, de lo permitido por la ley, porque lo importante era la ley que contenía un orden.

Este planteamiento, como se sabe, cambió sustancialmente cuando el individualismo de la Modernidad alcanzó su cima máxima. Entonces, se elaboró una auténtica teoría del derecho subjetivo⁶⁷⁵.

El derecho subjetivo se ha configurado, de este modo, como la facultad o facultades de un sujeto reconocidas y protegidas por la ley. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo adquiere su sentido por el derecho objetivo. Dicho planteamiento sobre el derecho subjetivo es, en la teoría y en la práctica el dominante en la actualidad⁶⁷⁶.

Pero que las cosas estén así, es decir, que se haya formado un concepto dominante en la actualidad acerca del derecho subjetivo ha debido tener un origen en algún momento de nuestra historia en algún hecho o acontecimiento que haya permitido a los juristas aceptar dicho planteamiento y desarrollarlo. Y esta es la aportación fundamental al Derecho civil del P. Avelino Folgado, a la que nos referimos seguidamente.

⁶⁷⁵ Aunque siguió prevaleciendo, en cierto modo, especialmente entre algunos filósofos del derecho, el carácter dominante del derecho objetivo y se consideró al derecho subjetivo como un subproducto de la norma. En este sentido, puede citarse a Hans Kelsen, para quien el derecho subjetivo no era sino el mismo derecho objetivo en una relación especial con el sujeto. El derecho objetivo se entiende como derecho subjetivo en cuanto es norma puesta a disposición de un sujeto concreto y cuya potencialidad sancionadora se realiza en base a la expresa voluntad de un sujeto. “*Derecho subjetivo es - decía Kelsen- el mismo derecho objetivo en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma*”. Vid. KELSEN, H, Teoría pura del Derecho, México 1986, p. 129. En este sentido, disponer de una cosa o de la propia libertad, no es para Kelsen, sino consecuencia de los deberes jurídicos que las normas establecen respecto de otros sujetos. Es decir, lo que puedo hacer o tener lo es en razón de que otros tienen el deber de respetar mi libertad o el dominio sobre determinada cosa. En definitiva, lo primero y principal es la norma, la ley, el derecho objetivo.

⁶⁷⁶ Aunque, la cuestión no es tan sencilla, pues cabe preguntarse si existen derechos subjetivos anteriores a la ley. En determinadas circunstancias, los hombres defienden sus derechos, los derechos que la ley no les reconoce, por lo que cabría también considerar que el derecho objetivo depende del derecho subjetivo, al menos en determinados derechos subjetivos fundamentales.

10.2. El origen del concepto de derecho subjetivo.

10.2.1. Discusiones doctrinales

La cuestión no ha sido nada pacífica. Diferentes juristas, desde distintos sectores y ámbitos del Derecho, e incluso, desde diferentes países, han tratado de abordar cuál ha sido el origen del concepto del derecho subjetivo.

Algunos tomistas como el P. Teófilo Urdánoz⁶⁷⁷, Hyacinthe M. Hering⁶⁷⁸, el profesor de Ciencias Políticas de la Universidad de Georgetown, Heinrich Albert Rommen, quien fue feliz expresión de la tradición tomista en la Filosofía del Derecho y del Estado, en la acepción más profunda y viva de “*filosofía fundamentalmente abierta*”, consciente de las tendencias actuales del pensamiento⁶⁷⁹, han estimado que Santo Tomás de Aquino conocía y empleó el término derecho como facultad jurídica.

Aquella afirmación fue desmentida duramente por el profesor Michel Villey, cuando señaló:

⁶⁷⁷ URDÁNOZ, T., “El bien común según Santo Tomás”, 2, en Apéndice, II, al vol. VIII de la Suma Teológica, Madrid 1956, p. 777; ID. *Historia de la Filosofía*. Vol. VII: Siglo XX: Filosofía de las ciencias, neopositivismo y filosofía analítica; Vol. VIII: Siglo XX: Neomarxismos. Estructuralismo. Filosofía de inspiración aristotélica. Madrid 1984-1985, pp. 343-435.

⁶⁷⁸ HERING HYACINTHE, M., “De jure subjective sumpto apud sanctum thomam”, en *Angelicum*, XVI (1939), pp. 295-297.

⁶⁷⁹ AMBROSETTI, G., “El espíritu de la obra de Heinrich Rommen” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13 (1967-1968), pp. 71-78. Analiza la obra de Heinrich Albert Rommen, profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Georgetown, de Washington, tras la noticia de la muerte ocurrida el 19 de febrero de 1967, en Arlington.

“Es muy errado lo que ciertos tomistas han pretendido de que Santo Tomás conocía el sentido subjetivo de la palabra ius, sobre lo que no pueden aportar pruebas”⁶⁸⁰.

También, en España, Manuel Fraga Iribarne, que tradujo el tratado *“De iustitia et iure”* (1593) de Luis de Molina en 1941-1943 con el título: *“Los seis libros de la justicia y el derecho”*, se sumó a la discusión doctrinal sobre el origen del concepto de derecho subjetivo cuando señaló en el discurso preliminar a Luis de Molina como el teólogo del libre albedrío, y le atribuyó que el sistema de la justicia y el derecho sólo se puede asentar sobre la base de los derechos subjetivos cuya autoría le atribuía⁶⁸¹.

Esta tesis también fue mantenida por Fernando Arturo Cuevillas quien sostuvo, en un artículo publicado en 1954, que Luis de Molina fue el creador de la idea del derecho subjetivo esto es el primero en entender el derecho como facultad⁶⁸². Y llegó a afirmar:

“Molina, con respecto a la noción misma de derecho, rompió con la tradición tomista y dio pie para que otros fundamentaran en su concepto el sistema jurídico individualista y voluntarista del siglo XIX y, a veces, materialista del presente”⁶⁸³.

⁶⁸⁰ VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*, Chile 1976, p. 168

⁶⁸¹ MOLINA, L. de, *Los seis libros de la justicia y el derecho*; traducción del latín, estudio y notas de Manuel Fraga Iribarne; proemio de Eloy Montero y Gutiérrez, Madrid 1941-1943, p. 22.

⁶⁸² CUEVILLAS, F. A., “Luis de Molina: el creador de la idea de derecho como facultad”, en *Revista de Estudios políticos*, 75 (1954), pp. 103-116.

⁶⁸³ *Ibidem*, p. 115.

Afirmación demasiado categórica que fue sometida a dura crítica por el P. Avelino Folgado para quien Molina no es ni el primero en equiparar derecho y facultad ni tampoco el creador del derecho subjetivo⁶⁸⁴. Para el sabio agustino, aunque Molina trata el derecho subjetivo y utiliza, en ocasiones, indistintamente, los términos “derecho” y “facultad” para designar lo mismo, no puede sostenerse que usara la noción de derecho subjetivo tal y como lo entendemos hoy en día o con las significaciones que le dieron los modernos escolásticos. Y se encargó de desmentir lo afirmado por aquél⁶⁸⁵.

10.2.2. La tesis del P. Avelino Folgado

Se debe al P. Avelino Folgado haber puesto fin a las discusiones doctrinales acerca del origen del concepto del derecho subjetivo señalando de forma clara y precisa, con el rigor técnico que le caracterizaba, y tras el examen de los textos antiguos, que dicho origen se encuentra en la polémica franciscana sobre la pobreza que tuvo lugar en el siglo XIV. Esta tesis fue apuntada por el sabio agustino en dos trabajos anteriores⁶⁸⁶, que culminaron en su obra fundamental para la ciencia jurídica española, que fue su tesis doctoral titulada: *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, p. 66-67.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, pp. 51-54.

⁶⁸⁶ FOLGADO, A., “La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo”, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959), pp. 73-133. También formando parte del siguiente volumen: DEL ESTAL, G., *La dialéctica de los dos reinos*. Parte sistemática. FOLGADO, A. “La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo”, El Escorial 1959, pp. 73-133; Id, “Los tratados *De legibus y De iustitia et iure* en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII”, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959), pp. 275-302.

⁶⁸⁷ FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960.

Tras examinar los precedentes del Derecho romano y de la Edad Media, el P. Avelino Folgado, mediante un método basado en el estudio de los textos antiguos, determina la aparición y evolución cronológica del cambio doctrinal en el concepto de *ius* hasta culminar con el desarrollo del concepto de derecho subjetivo que tuvo lugar, según el sabio agustino, durante el siglo XIV con Guillermo de Occam, quien elaboró la primera concepción teórica del derecho subjetivo.

En la recensión que sobre la obra hizo A. Sánchez de la Torre dice a propósito del método empleado por el ilustre agustino:

“Su método es estrictamente doctrinal, o sea, atendido a los textos jurídicos o moral-jurídicos del periodo comprendido, cuyos autores fueran especialmente miembros de órdenes religiosas y teólogos profesionales. No hay duda de que esta elección es acertada, ya que casi siempre los juristas propiamente profesionales tienen mentalidad conservadora y, en el orden de la génesis conceptual y de los cambios metodológicos, actúan retardariamente”⁶⁸⁸.

10.2.2.1. La controversia franciscana sobre la pobreza

El P. Avelino, como decimos, parte del origen mismo del *ius*, que en el Derecho romano y canonista medieval se refiere al objeto⁶⁸⁹, aunque dicho concepto admite una definición analógica⁶⁹⁰, En este sentido, lo señaló Santo Tomás al afirmar:

⁶⁸⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “FOLGADO, A., Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. San Lorenzo de El Escorial, 1960, 330 págs., en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8 (1961), pp. 320-322.

⁶⁸⁹ No existe ningún texto jurisprudencial, legal o literario, en el cual se signifique la palabra *ius* como poder o facultad de las personas. En Dig. 1, 1, 11 se dice: “*Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut*

“La palabra derecho (ius), primero significó la misma cosa justa (ipsa res iusta). Más, después, derivó para indicar el arte por el cual conocemos lo que es justo; y después para asignar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien comparece en derecho; finalmente, es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a quien pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva sea inicuo”⁶⁹¹.

Por otra parte, el concepto de Derecho también se refiere al sujeto, a cada ser humano, dotado de una “*facultas*” o “*potestas*”, lo que compromete a los filósofos y teólogos⁶⁹², como concepto que está definido unívocamente.

Esta distinción, ha permitido incluso apuntar un cruce del derecho subjetivo con lo humanístico, como afirma el profesor Elios Gallego García cuando señala:

pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur” (“Derecho se dice de varios modos: en un modo se dice derecho de aquello que es siempre equo y bueno, como el derecho natural. En otro modo, de lo que es útil para todos o los más en cada ciudad, como es el derecho civil. No menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad al derecho honorario. También se dice que el pretor administra derecho, incluso cuando decide inicuaente, hecha relación, por supuesto, no a aquello que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación, se dice derecho del lugar en el cual se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: dondequiera que el pretor, a salvo la majestad de su imperio y a salvo las costumbres de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón derecho”). Es decir, la palabra derecho admite diversos modos de decirse, pues significa: derecho natural, derecho civil, derecho honorario, lo que hace el pretor, el lugar en donde se administra el derecho, pero en ningún momento se señala que *ius* signifique *potestas* o *facultas*.

⁶⁹⁰ FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, pp. 77-80.

⁶⁹¹ TOMAS DE AQUINO, *Summa Theológica*, II-II, c 57 a 1.

⁶⁹² FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial, 1960, pp. 80-96.

“Es a lo más que una categoría jurídica, es un modo de concebir no ya sólo lo jurídico, sino al hombre mismo (...). Es como si se dijera: es verdad, el derecho subjetivo es incapaz de ofrecer una visión satisfactoria de lo jurídico, pero no podemos prescindir de él porque está en juego todo un modo de concebir las cosas. Es lo que podríamos denominar la carga ideológica del derecho subjetivo”⁶⁹³.

A partir de esta distinción, El P. Avelino Folgado se cuestiona cuando surge ese uso del concepto de derecho subjetivo y señala, con el rigor que le era propio, que el comienzo del uso medieval del citado concepto de derecho subjetivo se sitúa en la polémica franciscana acerca del Derecho de propiedad⁶⁹⁴.

Cuando San Francisco de Asís funda su Orden, en el año 1209, propone que sus “*frailes menores*” se atengan taxativamente a las instrucciones que Jesús transmitió a sus apóstoles al enviarlos a predicar: “*No os proveáis de oro, ni de plata, ni de cobre en vuestros cintos; ni de alforja para el camino, ni de dos túnicas, ni de bordón*”⁶⁹⁵.

La regla franciscana estableció, en este sentido, una serie de reglas: el perfecto debe vender todo lo que tiene y dar su importe a los pobres⁶⁹⁶; hay que despojarse de todo, dejar de lado bolsa, alforja, pan y hasta bastón⁶⁹⁷; ningún fraile puede recibir

⁶⁹³ GALLEGO GARCÍA, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Madrid 1996, p. 97.

⁶⁹⁴ Umberto Eco ambientó su famosa novela *El nombre de la rosa*, (que puede leerse ya en cualquier edición, por eso no citamos ninguna) en la Italia del siglo XIV en la época del pontificado del Papa Juan XXII. En el texto se puede entrever toda la problemática entre los franciscanos espirituales y los conventuales y la controversia que enfrenta a los franciscanos contra el Papa por las diferencias jurídicas en torno a la institución de la propiedad.

⁶⁹⁵ Mt. 10, 9-10; cf. Mc. 10, 28; Lc. 18, 28.

⁶⁹⁶ SAN FRANCISCO DE ASÍS, *Primera Regla de los frailes menores*. Cap. I.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, Cap. XIV.

pecunia, ni dinero alguno, ni siquiera libros⁶⁹⁸, porque hay que darle tan poca importancia al dinero como a las piedras: “*Guardémonos, pues, los que dejamos todas las cosas, no sea que por tan poco perdamos el reino de los cielos*”⁶⁹⁹; los frailes que sepan trabajar deben hacerlo y para ello pueden poseer sus instrumentos y recibir lo necesario, salvo dinero, pero ninguno tendrá habitación propia ni permanente: “*Dondequiera que moraren, en los yermos o en otras partes, ningún lugar se apropien ni le defiendan*”⁷⁰⁰. Tampoco los frailes: “*deben poseer nada para sí mismos, ni casa, ni habitación, ni ninguna otra cosa*”, ni caballerías para transportarse, confiando su subsistencia a la limosna de los fieles⁷⁰¹.

Igualmente San Francisco suprimió todo orden jerárquico a fin de evitar el poder que otorga la superioridad jerárquica que es, en cierto modo, una forma de riqueza y los frailes no pueden tener servidores, e incluso, deben ser ellos los servidores de todos los demás allí donde se encuentren: deben ser los “*menores*” dentro de cualquier agrupación humana⁷⁰². Tampoco la organización de la comunidad franciscana puede establecer jerarquías en función del gobierno del grupo, ni mucho menos aceptar cargo alguno de autoridad dentro de la Iglesia: “*Ninguno de los frailes tenga poder y señorío, máxime entre sí*”⁷⁰³. Ningún fraile puede llamarse “*prior*” (que significa, el primero) porque todos son iguales; y, para internalizar esta igualdad como vivencia, se obliga a que los frailes se llamen hermanos y se laven los pies unos a otros⁷⁰⁴; y el que se encargue de la coordinación tiene que ser llamado simplemente “*ministro*”⁷⁰⁵, y debe ser considerado el mayor servidor de todos los demás y, por lo tanto, el último de la

⁶⁹⁸ *Ibidem*, Cap. VIII.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, Cap. VIII.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, Cap. VII.

⁷⁰¹ *Ibidem*, Cap. XV.

⁷⁰² *Ibidem*, Cap. VII.

⁷⁰³ *Ibidem*, Cap. V.

⁷⁰⁴ *Ibidem*, Cap. VI.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, Cap. V.

comunidad: “*el que quiera ser mayor entre ellos, sea ministro y siervo de ellos; y el mayor sea como el mentor*”⁷⁰⁶.

Como puede apreciarse, San Francisco pretendía que los franciscanos vivieran al margen del Derecho, renunciando a todos los derechos individuales (*iura*) tanto sobre bienes materiales (propiedad) como sobre los inmateriales (poder, honor, etc.). El Derecho quedaba, pues, fuera de la vida del fraile franciscano hasta tal extremo que, ni siquiera, debía recurrir a la justicia si le hicieren un mal, sino presentar la otra mejilla⁷⁰⁷. En definitiva, el franciscano no puede recurrir al orden jurídico para protegerse porque no tiene nada de qué defenderse dado que, por sus propios votos, ha renunciado a sus derechos individuales y se encuentra al margen del Derecho. Esto no implicaba ni cuestionar el orden jurídico de la Iglesia, ni mucho menos una incitación a la revolución social. Era, simplemente, una forma de vida religiosa. Y, de hecho, así lo entendió la Iglesia por lo que el propio Papa Inocencio III aprobó esa Primera Regla⁷⁰⁸.

Sin embargo, las cosas no eran realmente así. Tanto antes de la muerte de San Francisco como después de acaecida ésta, los franciscanos recibieron privilegios de la Santa Sede, nombraron autoridades de la Orden, y en general, retornaron al Derecho aun cuando seguían negándolo. De hecho, a la muerte de San Francisco, se comenzó la construcción de un lujoso templo y centro de peregrinaje en su memoria, para lo cual se recibieron importantes limosnas, aparecieron iglesias y grandes conventos franciscanos en toda Europa y tuvieron necesidad de personal de servicio, jardineros, cocineros, etc.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, Cap. V.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, Cap. XI.

⁷⁰⁸ No deja de ser sorprendente, ciertamente, que se pueda vivir al margen del Derecho, y mucho menos viviendo en comunidad. VILLEY, M., lo dijo con cierta precisión en sus lecciones de los años 1961-1966 reunidas bajo el título *La formación del pensamiento jurídico moderno*, Montchrétien 1975, cuando afirmaba en su p. 191: “*La empresa franciscana constituye un test cautivante para la Filosofía del Derecho. ¿Es posible quedarse fuera del Derecho?*”.

En esta línea el Papa Gregorio IX promulgó el 29 de septiembre de 1230 la Bula *Quo elegante* según la cual los franciscanos tienen solamente el “*uso*” de los bienes que están a su disposición, pero no la propiedad, que corresponde directamente al Papado (*in ius et proprietatem Beati Petri*)⁷⁰⁹.

Esta situación, como es lógico, por otra parte, pronto se hizo insostenible y comenzaron las críticas en torno al Papa. Es obvio que lo que subyacía era una discusión estrictamente jurídica porque estaban en juego conceptos romanos muy asentados como los de uso, usufructo, y *dominium* o propiedad, pero las Bulas papales apoyaban a los franciscanos asumiendo los planteamientos jurídicos de la Orden religiosa, y distinguían entre el “*simple uso de hecho*” (“*simplex usus facti*”), que corresponde a los franciscanos y que no implica, en absoluto, derecho alguno; y el *ius utendi*, el *usufructus*, la *possessio*, y la *proprietas*, que corresponden a la Iglesia.

Según la tesis desarrollada por San Buenaventura en su *Apologia pauperum* y convalidada por el Papa Nicolás III en la constitución *Exiit qui seminat* (1279), la Orden franciscana ejerce un *simplex usus facti* sobre los bienes muebles o inmuebles - dependencias conventuales, etc.- que pueda utilizar; la propiedad (*dominium*) de tales bienes, en cambio, sigue estando en manos de los benefactores de la Orden (en muchos casos, la propia Sede pontificia), que autorizan a los frailes a servirse de ellos⁷¹⁰.

A finales del siglo XIII, aparecieron en Italia y en el sur de Francia ciertos franciscanos extremistas llamados “*Espirituales*” que regresaron al culto a la pobreza y no admitían sino el “*uso pobre*” (“*usus pauper*”) de los bienes materiales. Es por esto

⁷⁰⁹ FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, p. 104.

⁷¹⁰ FOLGADO, A., *Op. cit.*, p. 104.

que, a finales de 1323, la revuelta estalla porque un Papa francés, el Papa Juan XXII⁷¹¹, decide poner fin a esta ficción jurídica por la cual los franciscanos pueden mantenerse oficialmente “*pobres*”, mientras utilizan, de hecho, numerosos bienes y rechaza las sutilezas jurídicas que usan los franciscanos para desligarse de lo jurídico; condena a los “*espirituales*”; y quiere forzar a los franciscanos a aceptar la propiedad de sus iglesias y conventos⁷¹².

En las bulas *Ad conditorem canonum* (1322), *Cum inter nonnullos* (1323) y *Quia quorundam* (1324), el Papa sostenía que la pretensión de los franciscanos de no ser considerados propietarios de los bienes de que disfrutaban es técnicamente inadmisibles. Los franciscanos, en efecto, utilizan tales bienes como si se tratara de propiedades suyas: ejercen sin obstáculo el *ius fruendi* y el *ius utendi*. Su propietario oficial (el Papado), en cambio, ejerce sobre ellos un extraño dominio meramente nominal, vacío de facultades reales (*dominium verbale, nudum et aenigmaticum*). El intento de los franciscanos de desvincular el *usus iuris* del *usus facti* era realmente engañoso. Los franciscanos tienen un uso estable de sus conventos, de sus jardines y graneros, es decir el *commodum* o valor de uso de la cosa, y al Papa se le ha dejado una ficción de

⁷¹¹ Es abundante la referencia que este Papa ha tenido en la literatura: Dante en la *Divina Comedia*, cita dos veces a Juan XXII en el cántico del Paraíso (Vid. DANTE ALIGHIERI, *Divina Comedia*, Par. XVIII, 130-136; y, XXVII, 58-60). También *Las profecías de San Malaquías* se refieren a este Papa como *De surore osseo* (*Del zapatero de Ossa*), refiriéndose al oficio de zapatero de su padre. En la novela *El nombre de la Rosa* de Umberto Eco algunos personajes se refieren a él con improperios. La novela *Los Reyes Malditos* de Maurice Druon se refiere a este pontífice como un gran líder.

⁷¹² En el romance medieval *La novela de la rosa* (*Le Roman de la Rose*), poema de cerca de 22.000 versos octosílabos que adopta la forma de sueño alegórico, escrita entre 1225 y 1280. La primera parte del poema fue escrita por Guillaume de Lorris, y consta de 4.058 versos octosílabos. Se elaboró entre 1225 y 1240. La obra, interrumpida por la prematura muerte de Guillaume de Lorris, fue continuada por Jean de Meung con 17.722 versos entre 1275 y 1280. En ella se describe a un monje franciscano, a quien se le designa con el significativo apelativo de “*Falso-rostro*” y que declara (v. 4325): “*Si se cree por el mundo, que toda la virtud en nosotros abunda, y que siempre como pobres nos presentamos, somos, les hago saber, quienes tenemos todo sin nada tener*”. Vid. LORRIS, G. *Roman de la Rose*. Traducción de Juan Victorio. Madrid, Cátedra, 1987; Idem *Le Roman de la rose*. Introducción de María L. Carmona. Traducción de Carlos Alvar y Julián Muela. Madrid, Casariego, 1995; Idem *El Libro de la Rosa*. Prólogo de Carlos Alvar. Traducción de Carlos Alvar y Julián Muela. Apéndice de Alfred Serrano i Donet. Madrid, Ediciones Siruela, 1986.

propiedad o dominio, un *dominium verbalis, nudi et aenigmatici*, un dominio puramente verbal porque los verdaderos propietarios son los franciscanos.

Los franciscanos no soportan esta imposición Papal porque atenta contra sus principios y se rebelan contra la autoridad del Papa. Éste recrimina al general de la Orden, Michele de Cesena. La Bula *Quis vir reprobus* se refiere, con este grave apelativo de “*hombre réprobo*”, al propio Cesena. Y ordena la detención de los “*Espirituales*”, incluido el propio Cesena⁷¹³.

10.2.2.2. Guillermo de Occam

En medio de esta revuelta aparece un franciscano, venido de Oxford, llamado Guillermo de Occam (o de Ockham) (1285-1349) que se coloca del lado de sus hermanos perseguidos y ataca las tesis del Papa Juan XXII en una serie de escritos polémicos, entre los que destaca el *Opus nonaginta dierum* (1332), llamado así porque fue escrito en noventa días. Su argumentación se basaba en la afirmación de que el derecho individual no es un simple derecho, sino es el poder de beneficiarse: todo derecho implica una idea de poder subyacente que puede ser ejercitado por el titular. En cambio, los franciscanos, como lo hizo Jesús, se limitan a usar sin tener poder de hacerlo: tienen el goce, pero no el título del goce. Por tanto, no pueden acogerse a los remedios que son la esencia de todo derecho individual: la *potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*.

⁷¹³ FOLGADO, A., *Op. cit.*, p. 99-100.

Lo que Occam establecía, con todo acierto, era una distinción entre *ius fori* e *ius poli*, expresiones agustinianas que Occam empleará como sinónimas, respectivamente, de Derecho positivo-humano y de Derecho natural-racional⁷¹⁴. Concretamente, el *ius poli* -que, literalmente, sería el “*Derecho celestial*”- lo identifica con “*la equidad natural que, sin ninguna ordenación humana, y ni siquiera divina, es conforme a la razón humana*”, esto es, “*aequitas naturalis quae est consona rationi humanae*”. En el jardín del Edén imperaba el *ius poli*, que facultaba al hombre a utilizar cualesquiera bienes que pudiera necesitar. Tras el pecado original, el *ius poli* fue restringido por el *ius fori*, que instituye el derecho de propiedad y atribuye al propietario la facultad de excluir a los demás hombres del uso de la cosa. Pero en situaciones extremas el hombre recupera su derecho originario a utilizar bienes que, aunque no sean de su propiedad, resultan imprescindibles para su supervivencia.

Para Occam, los franciscanos ejercen una facultad jurídico-natural, es decir, derivada del *ius poli*, sobre los bienes a su disposición. Dicho de otro modo, poseen tales bienes en precario con la autorización de sus propietarios legales. Si los propietarios retiran tal licencia, los franciscanos no pueden ejercitar acción judicial alguna: en esto consiste el *simplex usus facti*, cuya plausibilidad niega Juan XXII y Occam reivindica.

En este contexto polémico es donde Occam acuña su formulación del derecho como *potestas* cuando afirma:

⁷¹⁴ Vid. nuestra nota 6. relativa a las obras del P. Avelino Folgado sobre San Agustín y la propiedad.

“El derecho de uso (“*ius utendi*”) es la facultad de usar lícitamente una cosa externa (*potestas licita utendi re extrínseca*), de la que su titular no puede ser privado sin culpa o sin causa racional en contra de su voluntad, de modo que, si el titular fuera privado de ella, puede llevar a juicio al usurpador”⁷¹⁵.

El propósito de Occam era, sin duda, demostrar que los franciscanos -igual que Cristo y los Apóstoles en su día-, no son titulares de tal *potestas*: en efecto, si son privados de los bienes que detentan en precario, no pueden ejercitar acción judicial alguna. Lo relevante es que en la argumentación del *ius* de Occam se consagra un “*giro subjetivista*”, un verdadero salto cualitativo en la historia del pensamiento jurídico. El *Opus*, dice el P. Avelino, es esencialmente la fuente donde se contiene la doctrina común de los franciscanos sobre la pobreza franciscana y los conceptos jurídicos en que la basaban⁷¹⁶.

De esta manera, para el P. Avelino Folgado no queda duda que el origen del concepto de derecho subjetivo se sitúa en el siglo XVI en la segunda escolástica hispana y, concretamente, tras la controversia con los franciscanos sobre la pobreza y la reinterpretación de Guillermo de Occam de la idea del *ius naturale* del Derecho clásico romano con el concepto de *lex naturalis* de los teólogos y la *facultas no potestas* que pusieron en marcha los franciscanos a partir de la controversia sobre la pobreza evangélica predicada por Jesús y admitida en su regla monástica.

De esta manera, *ius* se definirá como poder lícito de obrar, usar, disponer, ordenar, etc., del que nadie debe ser privado contra su voluntad si no existe culpa o

⁷¹⁵ OCCAM, G. DE, *Opus nonaginta dierum*, q. 2.

⁷¹⁶ FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960, p. 112.

causa razonable, con la facultad, si lo fuese injustamente, de defenderlo y vindicarlo. Y esta concepción romperá con la tradición jurídica que definía el derecho como “*lo justo*” que había iniciado Aristóteles, completado el Derecho romano mediante la práctica, y que había logrado en Santo Tomás su mayor perfección teórica. Dice, a este respecto, el P. Avelino Folgado:

“Doctrinalmente, la consideración del derecho como facultad o poder del hombre nace dentro del especial movimiento filosófico de los siglos XIV y XV, gestado en el seno de la Orden franciscana, con las figuras señeras de Juan Duns Escoto y Guillermo de Occam. En oposición crítica al Tomismo, los sistemas de ambos, con sus errores y extravagancias a veces, son un esfuerzo benemérito de orientación hacia lo individual concreto, lo personal. El nuevo concepto del derecho nace, no como una consecuencia o ulterior desarrollo de una noción parcial -el aspecto objetivo que se quiere completar-, sino como una visión nueva, distinta y suficiente, llamada a substituir la anterior y objetivada de una filosofía que parte de principios opuestos”⁷¹⁷.

Y añade, más adelante, el sabio agustino:

“Desde el punto de vista formal, el concepto franciscano del derecho subjetivo, -elaborado con pasión para defender el privilegio de no poseer ninguno- es casi perfecto, casi técnico. Ni los mismos civilistas de nuestros días tienen mucho más que añadir. Occam y los franciscanos le llenaron de

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 94.

*contenidos voluntaristas; sin incurrir en falta de lógica cabe llenarle de contenidos intelectualistas. La formulación tuvo éxito”*⁷¹⁸.

A partir de la controversia de los franciscanos, la filosofía jurídica incluyó una interpretación subjetiva de los textos romanos. El *ius*, definido como objeto, fue desplazado por el *ius*, entendido como *facultas o potestas*, vinculadas al sujeto, como derechos que nacen del sujeto mismo y no de las relaciones conflictivas con otros sujetos. El *ius* pasó de ser una relación objetiva a ser una *facultas o potestas*⁷¹⁹.

10.2.2.3. La formulación de los teólogos de los siglos XIV y XV

A la sombra del occamismo, aquella formulación de éxito conquistó, en lucha con la concepción tradicional del Derecho, la mayor parte de las Universidades Europeas de los siglos XIV y XV. Teólogos voluntaristas como Juan de Gerson y Juan Mayr e intelectualistas como Conrado Summenhart de Calw y Juan Driedo de Turnhout elaboraron meritorios y sistemáticos trabajos doctrinales que, a su vez, tendrían una gran importancia en nuestros teólogos del siglo XVI, los cuales eran conocedores de la controversia franciscana y la exponían en sus clases (pues era tema de explicación obligada en las cátedras de la época) mostrando los puntos del litigio y desarrollando las opiniones de Occam, si bien sin poder citar el *Opus nonaginta dierum* ni los escritos de los franciscanos revueltos, que eran obras prohibidas⁷²⁰.

Para el P. Avelino las doctrinas sobre el derecho subjetivo de Juan de Gerson (1363-1429), expuestas en su libro *Tractatus De potestate eclesiástica et De origine*

⁷¹⁸ *Ibidem*, p.146.

⁷¹⁹ *Ibidem*, p. 216.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 146.

iuris et legum, que escribió en el Concilio de Constanza⁷²¹, y que leyó después, ante los padres conciliares, el día 6 de febrero de 1417, no son una obra solitaria y desconectada de la vida, sino la cristalización del sentir y pensar de la época. Gerson escribió su *Tratado sobre la potestad de la Iglesia*, es decir, sobre los derechos de la Iglesia y de los eclesiásticos en cada uno de los órdenes, grados y oficios, en medio de un ambiente polémico como fue el del Concilio de Constanza. Y el propio Gerson, advierte en el *Prólogo* de su *Tratado* que lo que va a decir no es nuevo ni original, sino que está en el ambiente y se encuentra en multitud de escritos propios y de otros autores.⁷²²

Lo que Juan de Gerson, Gran canciller de la Sorbona, afirmaba es una teoría del Derecho que ya había desarrollado cuatro años antes como concepto moral previo en su obra *De vita spirituali animae*. Y lo que viene a decir es que todo lo que hay de entidad y bondad en cada ser debe llamarse Derecho: el derecho del cielo a influir, del sol a iluminar, del fuego a calentar, de la golondrina a hacer nido y de toda criatura a hacer lo que naturalmente puede hacer.

Dice el P. Avelino a propósito de Gerson:

“Definido el derecho como facultad o poder de alguien por dictamen de la recta razón, Gerson cree que puede y debe llamarse derecho, al menos en

⁷²¹ El concilio de Constanza fue un concilio ecuménico de la Iglesia Católica, convocado el 30 de octubre de 1413 por Segismundo de Hungría, emperador germánico, y el antipapa Juan XXIII. La reunión se llevó a cabo del 5 de noviembre de 1414 hasta el 22 de abril de 1418 en la ciudad imperial de Constanza. Sus principales objetivos fueron: acabar con el Gran Cisma de Occidente y estudiar la reforma de la Iglesia, aunque se tomaron otras decisiones, como la condena de Juan Huss. Vid. ALBERIGO, G., “El concilio de Constanza (1414-1418)”, en *Historia de los concilios ecuménicos*. Salamanca 1993, pp. 189-201.

⁷²² FOLGADO, A., *Op. cit.*, p. 151.

sentido amplio, todo lo que hay de entidad y bondad en cada criatura, puesto que lo tiene en virtud de ese dictamen de recta razón”⁷²³.

Gerson partía de la definición tradicional del derecho como “*lo suyo*”, lo que conviene o está ordenado a alguien, pero lleva, a su último extremo el voluntarismo y el positivismo de Occam. Y es que, como señala más adelante el propio sabio agustino respecto de esta doctrina de Gerson:

“El fundamento del derecho es el dictamen de la Recta Razón o la Justicia Primera que corresponde a Dios por esencia y a las criaturas por participación. Pero identificado o fundado ese dictamen sobre el derecho arbitrario de la Divinidad, el derecho queda despojado de toda base objetiva y reducido a caprichoso subjetivismo”⁷²⁴.

Con estrecha dependencia de Gerson, dice el P. Avelino Folgado, que el profesor y decano de la facultad de Teología de Tubinga, Conrado Summenhart de Calw (1450-1502), expuso su teoría del derecho subjetivo en la *Quaestio prima* de su obra titulada: *De contractibus*⁷²⁵.

Para Summenhart, *ius* tiene dos sentidos: el primero, como sinónimo de *lex*. Se dice de esta manera que los mandamientos de la ley de Dios son Derecho divino, los de la Iglesia son Derecho canónico y las Constituciones del Emperador son Derecho civil o imperial. Según el segundo sentido, *ius* es facultad o poder. Y así el padre tiene derecho en el hijo, el rey en los súbditos y todos los hombres en las cosas que les pertenecen y

⁷²³ *Ibidem*, p. 159.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 160.

⁷²⁵ *Ibidem*, p. 161.

aún en determinadas personas. Por lo que, así definido, dice el P. Avelino, el derecho es formal y entitativamente una relación⁷²⁶.

El escocés Juan Mayr (1469-1550), a quien también considera el P. Avelino Folgado en su participación en la evolución cronológica del concepto de Derecho subjetivo, expuso sus doctrinas sobre el derecho subjetivo en su obra titulada *In Quartum Sententiarum*⁷²⁷, donde tras analizar las disquisiciones metafísicas sobre el concepto Derecho, que incluso encuentra contradictorias, afirmará que el derecho es poder, potencia lícita, dominio (*potestas, potentia licita, ius, dominium, extenso vocabulo coincidunt*). Es, en primer lugar, dominio. Quien tiene derecho sobre una cosa es dueño y señor de la misma. Pero es, en segundo lugar, potestad o potencia lícita. Es poder moral o concedido por la ley, es potencia lícita, lo que implicará una serie de facultades que forman su contenido e indican su magnitud y que el titular ejerce en nombre propio⁷²⁸.

El último teólogo del siglo XV que expuso una noción de derecho subjetivo fue, a juicio del P. Avelino, Juan Driedo de Turnhout (1480-1535)⁷²⁹. Sus ideas en torno al derecho subjetivo se contienen en su obra *De libertate christiana*. En ella dice que *ius* tiene un doble significado: unas veces significa ley, como cuando se afirma que el Decálogo es Derecho Divino; y otras, dominio, como cuando se afirma que alguien tiene derecho sobre sus posesiones o sus campos. Y, en este último sentido, *ius* puede

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 162.

⁷²⁷ Disp 15, q. 10.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 169-170.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 171.

definirse como poder o facultad de uno sobre otro, y puede ser real o *in rem*, que no es personal, y personal o *in personam*⁷³⁰.

10.2.2.4.- La Escuela teológica española del siglo XVI

Las ideas de Occam, seguidas por aquella primera generación de escolásticos como Gerson, Diedo, Mayr, etc, que realizaron los primeros análisis del concepto de derecho subjetivo, fueron seguidas por los modernos escolásticos del siglo XVI, que consagraron definitivamente esta idea en el mundo jurídico.

A partir de las concepciones previas de Gerson, Summenhart y Mayr el concepto de derecho subjetivo pasó a ser formulado por la Escuela Teológica española del siglo XVI y primera mitad del siglo XVII⁷³¹, particularmente por el dominico Francisco de Vitoria, fundador de la llamada “*Segunda escolástica*” en la Universidad de Salamanca, quien definió el *ius* como: “*potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*”⁷³².

Con su autoridad, Francisco de Vitoria aseguró la entrada del concepto de derecho subjetivo en los escolásticos del siglo XVI, en los cuales una definición así resultó común, siendo sus seguidores más representativos Domingo de Soto, los agustinos Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón, y los jesuitas Luis de Molina y Francisco Suárez⁷³³.

⁷³⁰ Lib. I, cap. 9 y Lib. I, cap. 10.

⁷³¹ FOLGADO, A., *Op. cit.*, p. 191 ss.

⁷³² VITORIA, F. de, *In STh. Tom. Aquinat.* (1533 - 1535), in *Ila Ilae*, qu. 62, art. 1, 5 (ed. Beltrán de Heredia, Madrid, 1932): “*potestad o facultad que conviene a alguien según la ley*”.

⁷³³ Para el estudio de la noción de derecho subjetivo en los escolásticos del siglo XVI vid.: ORTIZ, B., “El concepto de derecho en la Escolástica Española”, en *Cuadernos de la Universidad de Córdoba*, 143 (1980-1981), pp. 9 ss.; MEGÍAS QUIRÓS, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9 (1992), pp. 325 ss.; SOSA MORATO, B., *La noción de derecho en Los seis libros de la justicia y el derecho de Luis*

Domingo de Soto (1495-1560), señaló que: “*jus idem est quod facultas disponendi de rebus liberique illis utendi*” (“Derecho es lo mismo que la facultad de disponer de las cosas y de usarlas libremente”)⁷³⁴,

Luis de Molina (1535-1600) explicó que *ius* es una “*facultas aliquid faciendi sive obtinendi aut in eo insistendi, vel aliquo alio modo se habendi, cui sine legitima causa, contraveniatur, injuria fit eam habenti*” (“una facultad de hacer o de obtener algo o de perseguirlo, o de tenerlo consigo de otro modo, que si se contraviene sin legítima causa, se hace injuria al que la tiene”)⁷³⁵.

Francisco Suárez (1548-1617), sostuvo que *ius* es una “*facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*” (“cierta facultad moral que tiene cada uno con respecto a una cosa que es suya o a una cosa que le es debida”)⁷³⁶ y también lo define así: “*Ius enim interdum significat moralem facultatem ad rem aliquam vel in re sive sit verum dominium, sive aliqua participatio eius*” (“Pues el derecho a veces significa la facultad moral a alguna cosa o en una cosa, bien se trate del verdadero dominio, bien de alguna participación en él”)⁷³⁷.

de Molina, Pamplona 1985; BARRIENTOS GARCÍA, J., *El tratado De justitia et jure (1590) de Pedro de Aragón*, Salamanca 1978), pp. 145 ss; COMPOSTA, D., “La “*moralis facultas*” nella filosofia giuridica di F. Suárez”, en *Salesianum. Rivista Trimestrale di Teologia, Pedagogia, Filosofia e Diritto Canonico*, 18 (1956) 1, pp. 476-ss.; 19 (1957) 1, pp. 3 ss.; SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “*Derecho subjetivo y deber jurídico en la escuela de Suárez*”, en *Boletim da Faculdade de Direito* 65 (1989), pp. 145 ss.

⁷³⁴ SOTO, D. de, *De justitia et jure* (1553-1554), lib. IV, qu. 1, art. 1.

⁷³⁵ MOLINA, L. de, *De justitia et jure* (1593), lib. II, disp. I.

⁷³⁶ SUÁREZ, F., *De legibus ac Deo legislatore* (1612), lib. I, cap. 2, párr. 5.

⁷³⁷ *Ibidem*, lib. II, cap. 17, párr. 2.

La valoración de lo humano sería la preocupación constante del humanismo de los teólogos juristas del siglo XVI. En este humanismo está la base de su filosofía, su teología y su ascética y mística y, sobre todo, su política y su derecho.

En el campo de la política destaca el desarrollo de las ideas sobre el origen de la sociedad y la soberanía de las “repúblicas perfectas” (los nacientes Estados), el contrato social, los deberes y derechos de los príncipes y la doctrina del tiranicidio.

En el ámbito del Derecho, la formación del Derecho internacional, los estudios sobre la licitud de la guerra, sobre la colonización y la conquista, la esclavitud, los derechos de la persona, etc.

A ellos se debe el concepto de Derecho en su aspecto subjetivo como licitud, como potestad y como facultad. Este concepto viene explicado como moral legítima y jurídica, lo que implica el aspecto alteritario, intersubjetivo y comunitario.

Señala el P. Avelino Folgado que el adjetivo “*moralis*” que contiene la definición suareciana es típica de este autor. Los escolásticos anteriores habían hecho referencia a esta característica -no bastaba con un poder físico, sino moral-, pero no la habían introducido en su definición, si bien este adjetivo no implica en Suarez el individualismo típico de la modernidad⁷³⁸.

Por otro lado, el derecho legal está constituido por las normas del bien obrar, establece cierta igualdad en las cosas y en la razón del derecho entendido como

⁷³⁸ FOLGADO, A., *Op. cit.*, p. 217-222.

facultad. Supone, que toda facultad, según señala el P. Avelino, debe estar otorgada, para ser legítima, en una norma legal, con independencia de su naturaleza⁷³⁹.

A partir, de las definiciones de los grandes teólogos, señala el P. Folgado la estructura del Derecho subjetivo con tres elementos: el sujeto, el objeto y el término del derecho, estudiando los casos típicos que sirven para aclarar la significación de cada uno de ellos⁷⁴⁰; las causas extrínsecas del derecho subjetivo: causa eficiente, causa ejemplar, causa final y título jurídico⁷⁴¹. Y, por último, subraya el P. Avelino Folgado las divisiones metodológicas del derecho: derecho natural y derecho positivo, derechos sobre bienes internos y externos, derecho “*in re*” y “*ad rem*”, derecho general y derecho particular, derechos egoístas y derechos altruistas, y derecho *simpliciter* y derecho *secundum quid*⁷⁴².

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 223.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, pp. 248 y ss.

⁷⁴¹ *Ibidem*, pp. 275 y ss.

⁷⁴² *Ibidem*, pp. 297 y ss.

TOMA DE POSTURA

El primer acercamiento al origen del concepto de derecho subjetivo se debe a Georges de Lagarde quien, por primera vez, llamó la atención acerca de la importancia del escrito *Opus nonaginta dierum* para la historia de la formación del concepto de derecho-facultad⁷⁴³.

A partir de ahí, el filósofo del derecho e historiador de las ideas jurídicas, el profesor francés Michel Villey, mantuvo que la atribución del significado de “facultad” o “potestad” a la palabra “derecho” tuvo sus orígenes precisos en el pensamiento del filósofo y teólogo inglés Guillermo de Occam. Villey se basó en las investigaciones de Lagarde, pero convirtiendo la citada obra de Occam en el acta de nacimiento de aquella noción y a partir del cual construyó un amplio sistema de su filosofía jurídica. Esto significaba que, según Villey, ni los romanos, ni los pensadores medievales anteriores a Occam, particularmente Santo Tomás de Aquino, ni los civilistas, ni los canonistas, ni los teólogos de los siglos XIII y XIV, conocieron la figura del derecho subjetivo⁷⁴⁴.

⁷⁴³ DE LAGARDE, G. *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Age*, Lovaina 1934-1946, VI.

⁷⁴⁴ VILLEY, M., *Las Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif* (publicado en 1946-1947 como *'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romaines*), en ID. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, París 1962, pp. 167 ss. (trad. cast. ID., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso 1976, pp. 71 ss.); ID., *Du sens de l'expression 'jus in re' en droit romain classique*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 3 (1949), pp. 417 ss. (trad. cast. en ID., *Estudios...*, pp. 125 ss.); ID., *Le 'ius in re' du droit classique romain au droit moderne*, en *Conférences faites à l'Institut de Droit Romain*, París 1950, VI, pp. 187 ss. (trad. cast. en ID., *Estudios...*, pp. 125 ss.); ID., *Les origines de la notion de droit subjectif* (1953-1954), (trad. cast. ID., *Estudios...* pp. 23 ss.); ID., “*Suum cuique tribuens*”, en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, Milan 1959, I, pp. 363 ss. (trad. cast. ID., *Estudios...* pp. 59 ss.); ID., *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, 1964, en ID., *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, París 1969, pp. 140 ss. (trad. cast. ID., *Estudios...*, pp. 149 ss.); ID., *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique* en *Critique de la pensée juridique moderne*, París 1976, pp. 35 ss. También debe tomarse en cuenta su exposición histórica de conjunto: *La formation de la pensée juridique*, París 1975, pp. 147 ss.

La tesis de Villey, sin embargo, no podemos sostenerla al haber configurado el P. Avelino Folgado una nueva concepción del tema, en la cual la noción del derecho subjetivo resulta haber sido una creación de los franciscanos del siglo XIII que habría permitido a Guillermo de Occam elaborarla a partir de las ideas que ya estaban en el propio ambiente.

Esta tesis del P. Avelino Folgado se hizo clásica en el ámbito del Derecho civil (Federico de Castro, Castán Tobeñas y Díez Picazo) y de la Filosofía jurídica (Michel Villey, Vallet de Goytisolo, Millán Puelles). Unos y otros, civilistas y filósofos, consideraron de manera unánime que, a partir de los franciscanos, la filosofía jurídica incluye una interpretación subjetiva de los textos, una interpretación que la propia filosofía jurídica romana excluía taxativamente⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ A aquellos han de sumarse números trabajos sobre la existencia y modo de ser del derecho como facultad: KOSCHEMBAHR-LYKOWSKY, *Quelques dispositions générales d'un projet de Code Civil polonais*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil* 27 (1928), pp. 569 ss.; PUGLIESE, G., *Actio e diritto subiettivo*, Milán 1939; ID., "Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo", en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, Nápoles 1953, III, pp. 223 ss.; GIOFFREDI, C., *Ius, lex, praetor*, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 13-14 (1947-1948), pp. 52; ID., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma 1955, pp. 291-300; ID., "Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano", en *Bulletino del Istituto di Diritto Romano* 70 (1967), pp. 27 ss.; BETTI, E., "Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea dignosi giuridica", en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, Nápoles 1953, IV, pp. 81 ss.; SANTORO, R., "Potere ed azione nell'antico diritto romano", en *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo* 30 (1967), pp. 103 ss.; cfr. especialmente pp. 213-217, 427-439; BISCARDI, A., "Azzione e rapporti giuridico", en *Antologia giuridica romanistica ed anticuarria*, Milán 1968, I, pp. 142-153; ROBLEDA, O., "El derecho subjetivo en Gayo", en *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, Milano, 1972, I, pp. 7 ss.; ID., "La idea del derecho subjetivo", en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* 80 (1977), pp. 23 ss.; MEGÍAS QUIROZ, J., "El derecho subjetivo en el derecho romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 25, Valparaíso 2003, pp. 35-54.

QUINTA PARTE

LA APORTACIÓN DEL P. PROMETEO CEREZO DE DIEGO (1938)

AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



CAPÍTULO UNDÉCIMO. TRAYECTORIA BIOGRÁFICA E INTELECTUAL. PERSONALIDAD

11.1. Breve reseña biográfica

El P. Prometeo Cerezo de Diego nació en Almazán (Soria) el día 7 de marzo de 1938⁷⁴⁶.

Cursó estudios de Filosofía y Teología en el Real Monasterio de El Escorial, ordenándose sacerdote agustino en el año 1961.

Destinado a la Comunidad del Real Colegio Universitario “María Cristina”, se licenció en el año 1968 en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, sección de Ciencias Políticas, especialidad en “Estudios internacionales”, y en el año 1986 en Derecho, obteniendo ambas licenciaturas en la Universidad Complutense de Madrid, en la que obtuvo en el año 1982 el grado de doctor en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales con una tesis doctoral titulada: “*Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*”, que mereció la calificación máxima de Sobresaliente *cum laude* y el premio internacional *Luis García Arias* del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (San José de Costa Rica 1985).

⁷⁴⁶ Sobre biografía y bibliografía del P. Prometeo Cerezo de Diego vid. GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1996, pp. 222-225; ID., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 2006, pp. 57-60; *Boletín Informativo de la Provincia Agustiniense Matritense del Sagrado Corazón de Jesús*, Madrid 11 (1994), pp. 368-369; *Catálogos de la Orden de S. Agustín*, Roma 1994, p. 484; FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” del Escorial (1892-1992). Índice bibliográfico”, en *María Cristina de Habsburgo y los Estudios Superiores del Escorial. Cien años de Estudios Superiores*, San Lorenzo de El Escorial 1992, pp. 521-24; RODRIGUEZ RODRÍGUEZ, I. y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, J., *Labor Científico-Literaria de los Agustinos Españoles*, Valladolid 1992, vol. 2 pp. 712-14.

Aunque su principal actividad ha sido la de docente como profesor titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (desde 1973 hasta su jubilación el 30 de septiembre de 2008), así como profesor encargado de Derecho Internacional Público en el Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina” (desde 1970 hasta 2003), también ha sido Decano de Derecho del Real Centro Universitario “Escorial-María Cristina” de El Escorial desde 1986 hasta 2006; Vicepresidente de la Junta Directiva de la International Law Association (Sección Española) desde 1986 hasta 2006; Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional desde 1989 y Director del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional desde 1989.

Es Académico de número de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, con sede en Lima; Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y del Instituto Paraguayo de Derecho Internacional; Miembro de la Lista de Árbitros de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid; Miembro del Capítulo Hispanoamericano de Caballeros del Corpus Christi en Toledo; Caballero de la Orden de Andrés Bello, en la primera clase (Banda de honor) y Caballero de la Orden de Rizal.

Asimismo, ha realizado funciones de asesoramiento internacional como Asesor jurídico de la Embajada de Guatemala en España y del Gobierno de Guatemala desde 1997, Asesor jurídico del Gobierno de Perú (1999), Asesor jurídico del Gobierno de la República de El Salvador (2009), y de la República de Filipinas.

Ha pronunciado conferencias en numerosos y distinguidos foros y congresos, nacionales e internacionales, tanto en Europa como en América, Asia y Filipinas⁷⁴⁷.

También ha sido un asiduo colaborador en prestigiosas revistas científicas como la *Revista Española de Derecho Internacional*; *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*; *Revista de Filosofía de la Universidad Iberoamericana*; *La Ciudad de Dios*; y del *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional* que,

⁷⁴⁷ De todos ellos, merecen destacarse por su importancia: I Simposio sobre la Ética en la Conquista de América (1492-1573) (Salamanca 2-5 noviembre de 1983), “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano” (4 de noviembre de 1983); Europalia 85 España (Bruxelles 24 septembre - 22 décembre), “L’influence des idées de l’école de Salamanque en Amerique”, Bruxelles 22 de octubre de 1985; I Congreso Internacional sobre Hernán Cortés (Salamanca 23-26 de octubre de 1985), “Polémica sobre la legitimidad de la conquista de México”, Salamanca, 25 de octubre de 1985; II Jornadas sobre Filipinas y las islas del pacífico de la “Asociación Española de Estudios del Pacífico”, “Filipinas y el principio archipelágico en el Nuevo Derecho del Mar”, Madrid, 6 de junio de 1989; I Jornadas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (11-15 de diciembre de 1989), “De la constitución del Estado de Israel a la proclamación del Estado palestino”, Toledo 11 de diciembre de 1989; Congreso Internacional V Centenario: Agustinos en América y Filipinas, “Influencia de Alonso de Veracruz, O.S.A., en la Universidad de México”, Valladolid 19 de abril de 1990; III Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, “El principio archipelágico y los intereses de España”, Almería 9 de agosto de 1990; II Jornadas de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (26-30 noviembre de 1990), “La nueva configuración del Derecho del Mar”, Toledo 26 de noviembre de 1990; Congreso Internacional “Proyección y presencia de Segovia en América”, “El pensamiento americano de Domingo de Soto”, Segovia 24 de abril de 1991; IV Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, “América, corrientes doctrinales de liberación”, El Escorial 10 de julio de 1991; Fray Luis de León, IV Centenario. Congreso interdisciplinar, “Fray Luis de León y Fray Alonso de Veracruz”, Madrid 18 de octubre de 1991; III Simposio La Iglesia en América: siglos XVI-XX, “Los métodos misionales de Evangelización de América”, Sevilla 13 de marzo de 1992. EXPO 92; V Ciclo de Pensamiento español. Descubrimiento de América y pensamiento europeo, (Fundación Universitaria Española) “El Descubrimiento de América y la formación del Derecho Internacional”, Madrid 25 de marzo de 1992; Congreso Internacional de Universidades 1992. La universidad ante el Quinto Centenario, (Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Alcalá de Henares), “La fundación de la Real y Pontificia Universidad de México y la formación y selección de las primeras cátedras”, Madrid 14 de julio de 1992; V Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, “*Relectio de decimis*, manuscrito de Fray Alonso de Veracruz, O.S.A.”, El Escorial 13 de agosto de 1992; Seminario de profesores. Área de Derecho internacional público. Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, “Panorama doctrinal del Derecho Internacional Público en Latinoamérica”, 18 de febrero de 1994; VII Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, “El Tratado de Tordesillas y el principio de libertad de los mares”, El Escorial 12 de julio de 1994; VIII Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, “Retórica y Política”, El Escorial 18 de agosto de 1995; Curso de la Universidad Complutense sobre Instituciones de la Comunidad Europea para juristas de Guatemala, “Las Instituciones de la Comunidad Europea”, El Escorial 22 de noviembre de 1996; III Curso de Derecho Internacional Humanitario y el Movimiento de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Universidad Europea de Madrid), “Las fuentes del Derecho Humanitario Bélico”, Madrid 17 de noviembre de 1997; I Curso Internacional sobre la Constitución Española de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, “La Constitución española y el Derecho Internacional”, El Escorial 27 de febrero de 1998; II Curso sobre la Política Europea de Seguridad y Defensa Común, (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), “El Estado y su nueva dimensión en la sociedad internacional contemporánea”, Madrid 18 de marzo de 1999; I Curso de Práctica Jurídica Internacional, (Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid), “La extradición y sus limitaciones según el Derecho internacional”, Madrid 24 de marzo de 2000.

bienalmente, edita el Instituto Hispano-LusoAmericano de Derecho Internacional y del que ha sido director desde el año 1989.

Posee además diferentes condecoraciones de ámbito tanto nacional como internacional⁷⁴⁸.

11.2. Trayectoria intelectual

Desde la publicación de sus primeros trabajos dedicados a Bártolo de Sassoferrato, considerado como el jurista más influyente de todos los siglos y máximo artífice de lo que es el Derecho Privado Común que, junto al Derecho canónico, forman el *utrumque ius*, pilar clave de la cultura jurídica europea⁷⁴⁹, el P. Prometeo Cerezo de Diego dejó claro desde el principio que su trayectoria intelectual iba a estar encaminada hacia el Derecho Internacional Público.

A partir de aquellos iniciales trabajos, nuestro sabio jurista agustino comenzó a publicar una serie de estudios sobre la materia a la que dedicará su vida: los problemas derivados de la Conquista de América⁷⁵⁰, que culminarán en la que puede considerarse

⁷⁴⁸ Merecen destacarse por su importancia: Orden de ANDRÉS BELLO, en la Clase de BANDA DE HONOR, por el Estado de Venezuela (Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 34.682, pág. 277.054. Caracas, lunes 25 de marzo de 1991); Diploma de “Huésped Distinguido de la ciudad de Mérida” (Venezuela), 18 de marzo de 1991; Insignia de Plata “Melero Alcarreño” (11-XII-1992); Popular de Nueva Alcarria. Año 1992; Medalla de plata “Premio al Mérito Docente”, Muy Ilustre Ayuntamiento del Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial, 10 de agosto de 2005; Medalla de plata del Real Centro Universitario “Escorial-M^a Cristina”. 17 de mayo de 2008; Placa de Plata de los alumnos de Derecho internacional público, Grupo “P”, del curso 2007-2008, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Diploma de “Huésped de Honor” por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 22 de septiembre de 2008; Medalla de plata de la Universidad Complutense de Madrid por los servicios prestados, 1 de octubre de 2008; Caballero de la Orden de Rizal, por el Estado de Filipinas (Manila, 27 de junio de 2012).

⁷⁴⁹ GARCÍA Y GARCÍA, A., *Derecho común en España: los juristas y sus obras*. Murcia, 1991, pp. 99-128.

⁷⁵⁰ CERESO DE DIEGO, P., “La teoría de la universalidad del Imperio durante la Baja Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna”, en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XV (1983), pp. 67-

su obra más importante titulada: *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*⁷⁵¹, que fue su tesis doctoral galardonada con el Premio internacional “Luis García Arias” del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, en la que expone la postura de Alonso de Veracruz sobre la Conquista de América.

A partir de ese trabajo de gran calado científico, el P. Prometeo publicó con regularidad numerosos estudios, centrados todos en la figura de Veracruz, con quien comparte ser alcarreño, el hábito de agustino y la pasión por el Derecho de gentes, y en los cuales, desde diferentes perspectivas, aborda estudios sobre la figura del misionero y evangelizador agustino y el importante papel desempeñado por el mismo en la Conquista de América⁷⁵².

88; IDEM, “El problema de la infidelidad en Fray Alonso de Veracruz”, en *Revista de Filosofía de la Universidad Iberoamericana*, México, nº 50 (1984), pp. 291-310; IDEM, “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en la obra colectiva *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La Ética en la conquista de América*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid 1984, pp. 551-596; IDEM, “La formación de una idea imperial en la península ibérica durante los siglos IX-XVI”, en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XVI (1984), pp. 77-88.

⁷⁵¹ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, pp. XXXI + 372.

⁷⁵² En este ámbito, destacan los siguientes trabajos: CEREZO DE DIEGO, P., “Polémica sobre la legitimidad de la conquista de México”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Hernán Cortés*, Editorial Universidad de Salamanca, 1986, pp. 299-312; IDEM, “El pensamiento americano de un discípulo de Vitoria: Alonso de Veracruz”, en *I Diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*. Congreso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tomasso (Angelicum), Roma 4-6 marzo 1985, Massimo, Milano 1988, pp. 255-272; IDEM, “La influencia de las ideas de la Escuela de Salamanca en América”, en *Colloquia Europalia, IV. L'Espagne et la formation du Droit des Gens moderne*. Acta Colloquii Bruxellensis 22-X-1985, In aedibus Peeters, Lovanii 1988, pp. 47-56; IDEM, “Influencia de Alonso de Veracruz, O.S.A., en la Universidad de México”, en *Actas del Congreso Internacional V Centenario. AGUSTINOS EN AMERICA Y FILIPINAS*, Valladolid, 16-21 de abril de 1990, pp. 385-411; IDEM, “Fray Luis de León y Fray Alonso de Veracruz”, en *Fray Luis de León. IV Centenario (1591-1991)*. Congreso interdisciplinar Madrid, 16-19 de octubre de 1991. Actas, Real Monasterio de El Escorial 1992, pp. 425-432; IDEM, “Estudios sobre Fray Alonso de la Veracruz y dos obras suyas *Physica speculatio* y *De decimis*”, en *La Iglesia en América: Evangelización y Cultura*, Catálogo del Pabellón de la Santa Sede, Sevilla 1992, pp. 298-300; IDEM, “Alonso de Veracruz, O.S.A., y la introducción del Derecho de Gentes en México”, en *La familia agustiniana en la EXPO 92*. FAE Boletín Informativo, Madrid 1992, pp. 23-27; IDEM, “El manuscrito *Relectio de decimis* de fray Alonso de Veracruz, O.S.A.”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, vol. XXV (1993), pp. 609-623 y en la obra colectiva *Fondo manuscrito americano de la biblioteca de San Lorenzo del Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1993, pp. 197-211; IDEM, “Los métodos misionales de Evangelización de América. Un modelo intermedio: Fray Alonso de Veracruz”, en *La Iglesia en América: siglos XVI-XX*, Sevilla 1992, pp. 175-189; IDEM, “La fundación de la Real y Pontificia Universidad de México y la formación y selección de las primeras cátedras”, en *La universidad ante el Quinto Centenario*. Actas del Congreso Internacional de Universidades. Madrid 13-16 de julio de 1992, Edit. Complutense, Madrid 1993, pp. 249-257; IDEM, “Alonso de Veracruz, OSA (1507-1584): misionero, formador, catedrático y

No ha sido, no obstante, el único tema de trabajo y estudio del P. Prometeo Cerezo, pues además de aquellos, con los que el sabio agustino escurialense por sus conocimientos sobre la materia y maestría en la exposición acaricia la cima del Derecho Internacional público, escribió sobre otros temas, no tan destacados, pero relacionados con la disciplina, en los que ha expuesto con el rigor de un gran jurista diferentes problemáticas iusinternacionalistas de interés⁷⁵³.

11.3. Personalidad

El P. Prometeo Cerezo de Diego ha sido, y continúa siendo, un “embajador”, si no “*de iure*”, si “*de facto*” de España en América latina, sin que sus ochenta años de vida hayan supuesto flaqueza ni merma en su trabajo cotidiano.

Dotado de una extraordinaria facilidad para el trato personal, se ha franqueado las amistades de personalidades muy destacadas en todas las esferas del Derecho

defensor de los indios”, en *La Familia Agustiniense en Contextos de Globalización*, Centro Teológico San Agustín, Madrid 2003, pp. 157-172; IDEM, “Fray Alonso de Veracruz a los 500 años de su nacimiento (1507-2007)”, en *Boletín Informativo*, vol. XX, núm. 162, junio 2008, pp. 637-641; IDEM, “Alonso de la Veracruz y su maestro Francisco de Vitoria”, en *Fray Alonso de la Vera Cruz: universitario, humanista, científico y republicano*, UNAM, México 2009, pp. 19-45.

⁷⁵³ En este sentido, vid.: CERESO DE DIEGO, P., “La infidelidad en el Islam y en el mundo americano”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense. Homenaje a fray José López Ortiz, O.S.A. (1898-1992)*, vol. XXVI, t. I (1993), pp. 403-419; Id., “Guatemala y Belice (Un contencioso pendiente)”, en *Nueva Etapa*, Real Colegio Universitario “Escorial-María Cristina”, n° 64, 1998, pp. 11-17; Id., “Raúl Manglapus. Uno de los últimos hispanistas de Filipinas”, en *Nueva Etapa*, Real Colegio Universitario “Escorial-María Cristina”, núm. 67, 2000, pp. 47-53; Id., “La XVI Cumbre Iberoamericana (Montevideo, 3-5 noviembre de 2006)”, en *Nueva Etapa*, Real Colegio Universitario “Escorial – María Cristina”, núm. 74, 2007, pp. 151-157; Id., “El III Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (Quito, 2-12 de octubre de 1957)”, en *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 18, 2007, pp. 299-308; Id., “El Canal de Panamá y su régimen jurídico”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (San Lorenzo de El Escorial), n° XLIII (2010), pp. 41-58; Id., “Migraciones, desarrollo, remesas y crisis económica internacional”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, (San Lorenzo de El Escorial), n° XLIV (2011), pp. 187-207; Id., “La Real Universidad de La Inmaculada Concepción de León de Nicaragua en el bicentenario de su fundación (1815-2015)”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 22 (2015-2016), Madrid 2015, pp. 199-222.

internacional, especialmente de embajadores y diplomáticos, con los que goza de una sana amistad y relación.

Como docente, el P. Prometeo Cerezo fue un visionario y adelantado a su tiempo. Sus clases, de las que fui alumno, se adelantaban al Plan Bolonia, pues exigía, tras la breve introducción de la clase hecha por él mismo en unos minutos previos al comienzo, la exposición de los contenidos por parte del alumno durante el resto del tiempo, lo que exigía una preparación constante y actualizada del temario por parte de los alumnos.

Viajero incansable, buen conversador, amante de la buena mesa, se dice poseedor del parque de la Herrería, a los pies de los dominios de Felipe II, por donde es habitual verle pasear contando, de aquí para allá, anécdotas de una vida lograda, con la sonrisa amplia, de quien ha tenido una vida plena y exitosa.

CAPÍTULO DUODÉCIMO. APORTACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

12.1. El Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional

12.1.1. Naturaleza del Instituto

La conmemoración del V Centenario del nacimiento de la reina Isabel la Católica, en el año 1951, motivó que un grupo de profesores españoles de Derecho internacional asumiera la iniciativa de invitar a otros profesores e instituciones científicas de países de estirpe española y portuguesa, dedicados al estudio de esta disciplina, a celebrar un Congreso de Derecho internacional en Madrid para estudiar conjuntamente los problemas que tenía planteados en aquel momento el orden jurisdiccional internacional.

La existencia de sistemas doctrinales afines y los especiales vínculos que unen a todos los miembros de la comunidad hispano-luso-americana y filipina permitían abrir la esperanza de poder reflexionar en común sobre los problemas específicos existentes en el mundo iberoamericano y filipino, e intentar formular reglas y principios que pudieran cristalizar un día en normas positivas.

Esta iniciativa, que contó con la colaboración entusiasta de numerosas instituciones como el Instituto de Cultura Hispánica, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, la escuela Diplomática, el Instituto “Francisco de Vitoria”, entre otras destacadas, junto con una cálida acogida entre los profesores y especialistas

del Derecho internacional del mundo iberoamericano y filipino, permitió la celebración, en octubre de aquel año, del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

La apreciación de que dicho primer contacto de iusinternacionalistas hispano-luso-americanos y filipinos no debía constituir un hecho esporádico, sino el inicio de una serie de Congresos a través de los cuales pudieran ser tratados muchos de los temas sugeridos en el Congreso, y otros nuevos que se fueran suscitando en el futuro, motivó la creación del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI), con sede en Madrid.

Los objetivos que según sus Estatutos se asignan al IHLADI son, entre otros, los siguientes:

- Estudiar y difundir las concepciones y principios de Derecho internacional que contribuyan a su desarrollo progresivo, a su codificación y a la convivencia pacífica e imperio de la justicia entre los pueblos.

- Propagar la doctrina de la escuela Clásica Española de Derecho internacional, que por sus principios y la filosofía jurídica que la informan ha ejercido una incuestionable influencia en la estructuración y evolución del Derecho de gentes y en la protección de los derechos humanos.

- Estudiar y difundir los aportes realizados por el Continente Americano para la efectiva reformulación de los principios, reglas e instituciones del Derecho internacional que han permitido el logro de una mejor convivencia entre los Estados.

- Igualmente, mantener relaciones con Universidades, Institutos, Asociaciones y centros Científicos que propugnen propósitos similares, y con entidades y organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas⁷⁵⁴, la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa, etc., con el fin de lograr un mejor conocimiento e intercambio de proyectos, trabajos y publicaciones.

La influencia de la escuela española del Derecho de gentes y de su fundador fray Francisco de Vitoria (1486-1546) se hace presente en los primeros internacionalistas europeos que contribuyeron a la creación del Derecho internacional moderno, como consta expresamente en el primer gran sistematizador del Derecho internacional que fue Hugo Grocio (1583-1645), quien cita en numerosas ocasiones a Francisco de Vitoria y que comparte con él la gloria de ser el segundo fundador de la ciencia del Derecho internacional.

Desde su fundación, el IHLADI ha contado entre sus miembros con una lista numerosa de profesores, diplomáticos, especialistas en Derecho internacional, Jefes de Estado, hombres de Gobierno, presidentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas, altos funcionarios internacionales de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de la Asociación Latinoamericana de Integración; jueces y

⁷⁵⁴ Por Resolución del Consejo Económico y Social de 13 de agosto de 1964, el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional fue designado como órgano consultivo de las Naciones Unidas. Vid. Resolución 1031 (XXXVII), Sesión plenaria 1348ª de 13 de agosto de 1964, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, sobre Organizaciones no gubernamentales: solicitudes de reconocimiento como entidades consultivas presentadas o reiteradas.

presidentes del Tribunal Internacional de Justicia, del Tribunal del Derecho del Mar, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, del moderno Tribunal Penal Internacional, miembros de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, entre otros.

En cuanto a las actividades desarrolladas por el Instituto destacan los XXIX Congresos internacionales celebrados tanto en España y Portugal como en diversos países iberoamericanos y Filipinas, y la edición de un Anuario del que se han publicado hasta el momento XX volúmenes en el que se recogen, además de las Ponencias y Resoluciones aprobadas en los Congresos, estudios doctrinales y reseñas bibliográficas.

12.1.2. Congresos organizados por el P. Prometeo Cerezo de Diego

Como Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional desde el año 1989, el P. Prometeo Cerezo ha organizado los siguientes Congresos que han contribuido al enriquecimiento del Derecho internacional y constituyen una aportación de relevante peso:

- XVI Congreso, Mérida-Venezuela (1991). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*Patrimonio común de la Humanidad: naturaleza jurídica, contenido normativo y prospectiva*”; “*La protección internacional del patrimonio cultural*”; “*Ambiente-desarrollo. Derecho internacional privado*”; y

*“Evolución de la problemática y de los principios del Derecho internacional del Desarrollo”*⁷⁵⁵.

- XVII Congreso, Cáceres-España (1992). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“Dimensiones actuales del Derecho internacional público”*; *“Responsabilidade internacional em virtude de poluição transfronteiriça”*; *“La evolución del principio de no intervención en el derecho internacional del siglo XX”*; *“La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo”*⁷⁵⁶.

- XVIII Congreso, Santiago de Chile - Viña del Mar (1994). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“La regulación internacional de los movimientos transfronterizos de desechos y otras materias peligrosas”*; *“La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América Latina”*; *“Los nuevos problemas jurídicos e institucionales en la integración de América Latina: el “MERCOSUR” y el modelo de los Acuerdos de Libre Comercio”*; *“Nuevos enfoques relativos a las inversiones en la producción de materias primas y de su comercio internacional: incidencia en la evolución del Derecho internacional económico”*⁷⁵⁷.

- XIX Congreso, Lisboa (1996). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“La noción de Estados amantes de la paz,*

⁷⁵⁵ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xvi-congreso-merida-1991/>

⁷⁵⁶ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xvii-congreso-caceres-1992/>

⁷⁵⁷ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xviii-congreso-santiago-vina-del-mar-1994/>

cincuenta años después de la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas”; “*Universalismo e regionalismo nos direitos humanos: o papel dos organismos internacionais na consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional*”; “*Iberoamérica y su influencia en la comunidad internacional. Posibilidades de convertirse en comunidad iberoamericana de naciones, con participación de España, Portugal e Iberoamérica*”; “*A extradição e o respectivo sistema português*”⁷⁵⁸.

- XX Congreso, Manila (1998). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*La protección internacional de los desplazados internos*”; “*La calificación y regulación jurídica de las situaciones de violencia interna*”; “*El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración, con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*”; “*La obligatoriedad y efectividad de las medidas provisionales adoptadas por la Corte Internacional de Justicia: A propósito de la demanda de la República de Paraguay contra los Estados Unidos en el asunto Breard*”⁷⁵⁹.

- XXI Congreso, Tegucigalpa (2000). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*Los tribunales administrativos de las organizaciones internacionales*”; “*La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano y filipino*”; “*Los órganos creados por*

⁷⁵⁸ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xix-congreso-lisboa-1996/>

⁷⁵⁹ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xx-congreso-manila-1998/>

la Convención del Derecho del mar”; “*La institucionalización jurídica de los procesos de integración y la supremacía de la normatividad comunitaria*”⁷⁶⁰.

- XXII Congreso, San Salvador (2002). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*La apoteosis del consentimiento. De la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales*”, “*Demandas contra Estados y Organismos Internacionales, ante tribunales extranjeros*”, “*La regulación jurídica del contrato internacional*”, “*Acceso y protección de la información y de los datos personales (necesidad de su reglamentación internacional)*”⁷⁶¹.

- XXIII Congreso, Quito (2004), El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia*”, “*Creación del Derecho internacional en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?*”, “*Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional*”, “*La Carta Democrática Interamericana*”⁷⁶².

- XXIV Congreso, Granada (2006). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: “*La competencia jurisdiccional penal internacional: pasado y presente*”; “*Jurisdicción internacional y responsabilidad individual: Nuevas tendencias del Derecho internacional penal*”; “*Tendencia de la ley*

⁷⁶⁰ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxi-congreso-tegucigalpa-2000/>

⁷⁶¹ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxii-congreso-san-salvador-2002/>

⁷⁶² Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid.

penal hacia su internacionalización”; y *“La supervisión del cumplimiento de sentencias en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”*⁷⁶³.

- XXV Congreso, Córdoba-Argentina (2008), El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“Los contenciosos de límites en América Latina”*, *“El arbitraje comercial internacional y el arbitraje en materia de inversiones”*; *“Arbitraje y procesos de integración económica regional: La experiencia en el Mercosur”*; *“Perspectivas universal y regional en la consolidación del arbitraje comercial internacional”*; y *“Tendencias en los litigios entre Estados de América Latina ante la Corte Internacional de Justicia”*⁷⁶⁴.

- XXVI Congreso, Santo Domingo-República Dominicana (2010), El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“Reforma de los Estatutos del IHLADI”*, *“El proyecto jurídico de la ciudadanía universal: reflexiones según el derecho de libertad”*, *“La influencia de los derechos humanos en el Derecho Internacional de familia. Sustracción internacional de menores”*, *“La fragmentación: ¿una amenaza para la unidad del Derecho internacional?”*⁷⁶⁵.

- XXVII Congreso, San Juan-Puerto Rico (2012). El temario científico del Congreso estuvo constituido por las siguientes ponencias: *“La Comisión de Derecho Internacional y la Convención sobre la Protección de personas en situaciones de desastres”*, *“El sistema interamericano y la defensa de la democracia”*, *“La*

<http://ihladi.net/xxiii-congreso-quito-2004/>

⁷⁶³ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxiv-congreso-granada-2006/>

⁷⁶⁴ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxv-congreso-cordoba-2008/>

⁷⁶⁵ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxvi-congreso-santo-domingo-2010/>

corresponsabilidad económica de los Estados ribereños en la conservación de los cursos de agua internacionales”, “Mercados globales y sociedad de la información: nuevos retos para el Derecho internacional privado”⁷⁶⁶.

Mediante la organización de estos Congresos, en diferentes lugares del mundo, el P. Prometeo Cerezo de Diego contribuyó al desarrollo y difusión del Derecho internacional, dotándolo de un mayor contenido y estableciendo relaciones entre personalidades destacadas del ámbito iusinternacional de diferentes países.

12.1.3. Anuario Hispano-Luso Americano de Derecho internacional.

El Anuario es una publicación periódica del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional que ofrece estudios doctrinales en lengua española y portuguesa.

El Anuario está abierto tanto a los miembros y asociados del Instituto como a cualquier especialista en Derecho internacional que tenga interés en divulgar sus trabajos científicos originales.

El Anuario recoge, además, las actividades que viene desarrollando el Instituto desde su creación, muy en particular las ponencias presentadas y las resoluciones adoptadas en los congresos que periódicamente celebra.

⁷⁶⁶ Sobre asistentes, composición de las mesas, crónica del Congreso y resoluciones adoptadas, vid. <http://ihladi.net/xxvii-congreso-san-juan-2012/>

El P. Prometeo Cerezo de Diego, como Director del citado Anuario ha publicado los siguientes volúmenes: IX (1991), X (1993), XI (1994), XII (1995), XIII (1997), XIV (1999), XV (2001), XVI (2003), XVII (2005), XVIII (2007) y XXI (2013-2014)⁷⁶⁷, a través de los cuales ha promovido la difusión y el conocimiento del Derecho internacional.

12. 2. Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes

Las aportaciones al Derecho internacional del P. Prometeo no se limitan a una exposición de la figura de Veracruz y sus tesis de Veracruz. Su contenido es mucho más importante para el Derecho internacional. En este sentido, tres son los aspectos que aborda el P Prometeo:

12.2.1. El marco jurídico de la Conquista de América

Son numerosas las páginas, de deleitosa lectura, que ha dedicado a lo largo de su vida el P. Prometeo Cerezo a analizar y desarrollar un tema esencial para el Derecho Internacional: el marco jurídico de la Conquista de América con el que se encontró fray Alonso de Veracruz al elaborar sus tratados.

No aborda sólo el P. Prometeo el contexto histórico de la Conquista de América, sino que dando un paso más profundiza en los aspectos legales y jurídicos de aquella. Desde sus primeros estudios, aparecen páginas llenas de humanidad y de lectura amena y recreativa, propia del hombre sabio y erudito, en las que expone los hechos que se

⁷⁶⁷ Sobre contenido de cada uno de los números vid. <http://ihladi.net/anuario/>

produjeron con ocasión del descubrimiento del Nuevo Mundo y la situación de los indios y españoles tras la Conquista, tanto individual como colectivamente, que culminaron con la implantación del Gobierno español en las Indias, pero con honda preocupación por el tema relativo a la justicia de la Conquista⁷⁶⁸.

Los antecedentes históricos de la Conquista, desde la llegada de Colón en 1492 hasta la primera mitad del siglo XVI, en que culminan las discusiones con la polémica entre Bartolomé de las Casas y Sepúlveda, hasta los conflictos originados por la presencia de los españoles en las Indias son temas que el P. Prometeo conoce bien y expone con la realidad cercana del investigador minucioso para acercarnos a un tema tan apasionante como fue el de la Conquista del Nuevo Mundo desde las primeras emociones al descubrir las nuevas tierras, pero la Conquista no fue sólo el descubrimiento de nuevas tierras, sino nuevos aspectos jurídicos derivados de la Conquista.

Apunta el P. Prometeo cómo la Conquista de América que, en un primer momento parecía sin complicaciones con la llegada a un lugar paradisiaco poblado con habitantes hermosos, resultó complicado. El problema es que Colón no halló un continente vacío. Por esta razón, la Conquista hubo de ser política, de comunicación con otros hombres agrupados en sociedades, grandes imperios o tribus errantes. La Conquista dio origen a una literatura política tendente a dilucidar los problemas de gobierno y trato de los indígenas; una filosofía política en contacto con problemas vivos, de penetración y asiento en las nuevas tierras. Las acciones de los conquistadores

⁷⁶⁸ Vid. CEREZO DE DIEGO, P., "La teoría de la universalidad del Imperio durante la Baja Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna", en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XV (1983), pp. 67-88; Id., "La formación de una idea imperial en la península ibérica durante los siglos IX-XVI", en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XVI (1984), pp. 77-88.

en América contribuyeron a fijar los contornos de los problemas de doctrina; a darles un contenido práctico⁷⁶⁹.

Colón hizo constar la hermosura de los lugares encontrados y la amabilidad de los indios en general. En el diario del tercer viaje, escribe a los Reyes Católicos creyendo haber encontrado el paraíso, pues sólo ahí podía existir tanta belleza⁷⁷⁰. En un fragmento de su diario, del día 13 de octubre de 1492, Colón describe las islas del Caribe y da la impresión de aquellos lugares e incluso de sus habitantes como seres hermosos. Lo interesante de esta primera emoción radica en cómo lo que apreciaron en un primer momento en el que todo parecía hermoso, termina en los primeros intentos de establecerse y dominar las tierras de sus pobladores indios, que entonces se convirtieron en salvajes, incultos e irracionales:

“Luego que amaneció, vinieron a la playa muchos d'estos hombres, todos mançebos, como dicho tengo, y todos de buena estatura, gente muy fermosa; los cabellos no crespos, salvo correídos y gruesos como seda de caballo, y todos de la frente y cabeça muy ancha, más que otra generación que fasta aquí aya visto; y los ojos muy fermosos y no pequeños; y ellos ninguno prieto, salvo de la color de los canarios [...]. Esta isla es bien grande y muy llana de árboles muy verdes y muchas aguas y una laguna en medio muy grande, sin ninguna montaña, y toda ella verde, qu'es plazer de mirarla”⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ CERESO DE DIEGO, P., “Polémica sobre la legitimidad de la conquista de México”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Hernán Cortés*, Editorial Universidad de Salamanca, 1986, pp. 299-312.

⁷⁷⁰ “Grandes indicios son estos del Paraíso Terrenal, porque el sitio es conforme a la opinión d'estos sanctos e sacros theólogos. Y asimismo las señales son muy conformes”. Vid. CASAS, B. de las, “Diario del primer y tercer viaje de Cristóbal Colón”, 14 vols., en Varela, Consuelo (ed.), *Obras completas de Bartolomé de las Casas*, Madrid 1989, p. 190.

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 57.

Sin embargo, apenas transcurridos cincuenta años desde la llegada de los españoles, lo que comenzó siendo una conquista medieval, termina en una reflexión moral y jurídica, sobre la licitud de la misma, aspecto jurídico relevante que el P. Prometeo pone de relieve, pues durante la Conquista no predominó la justicia ni se actuaba conforme a la ley, sino según las necesidades. Ya legitimada la Conquista para los hispanos, se actuó de acuerdo al derecho, pero las injusticias continuaron y era evidente la necesidad de unos principios fundamentales y derechos universales que se aplicaran a indios y españoles para garantizar un mínimo de igualdad, libertad y justicia, y para llenar las lagunas contenidas en las leyes dictadas por la Corona. Y apunta el P. Prometeo cómo se llevó a cabo por la Escuela de Salamanca, acudiendo al derecho natural. Hace, en este sentido, una interesante observación:

“En el pensamiento americano de mediados del siglo XVI, en torno a la ética de la Conquista, podemos apreciar tres características dominantes: primera, el punto de partida que forzosamente radica en el pensamiento importado por los españoles que se trasladan a América; segunda, la influencia del propio medio ambiente en que se desarrolla este pensamiento, y, tercera, la nueva orientación que los pensadores indianos imprimen al mismo”⁷⁷²

Bartolomé de las Casas diría en su *Historia de las Indias* que, en aquellos primeros días, podía verse cualquier gentuza azotada o desorejada de Castilla señoreando sobre los caciques indígenas, porque, desde un principio se pretendió responsabilizar a los conquistadores por las fallas en la empresa y, las gentes que

⁷⁷² CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en PEREÑA, L. (ed.), *Corpus hispanorum de pace*, vol. XXV, pp. 551-596.

pasaron al Nuevo Mundo que en aquellos años solían ser ex soldados licenciosos, nobles arruinados, aventureros o presidiarios⁷⁷³.

La preocupación del P. Prometeo, desde su humanismo agustiniano, respecto de los indios es patente en estos momentos de la Conquista. Señala que, aunque la intención de los primeros conquistadores seguramente no era la de hacer el mal, sin embargo, tenían sus intereses personales y estaban deseosos de encontrar fortuna. Es un hecho que también había personas con buenos propósitos, pero que, en un inicio, dada la adversidad de la situación, tuvieron que anteponer su bienestar personal al general⁷⁷⁴.

Los Reyes Católicos pensaban únicamente en ampliar sus fronteras, encontrar nuevas rutas comerciales y difundir entre más pueblos la fe cristiana para fortalecerse frente al resto de los países europeos. La expansión del poder político iba unida por derecho divino a la religiosa, y finalmente, a la comercial que era una consecuencia del intercambio entre diversas culturas. Como se sabe actualmente, en ese momento se creía que el poder tenía un origen divino, que procedía de Dios, quien lo transmitía a su Vicario en la tierra, que era el Papa, y éste, a su vez, al Emperador. De ahí que uno de los fines de la Conquista fuera, como señala el P. Prometeo, la evangelización, pues la donación papal hecha en la bula *Inter caetera* del 3 de mayo de 1493, por el Papa Alejandro VI, obligaba a los españoles a llevar la religión cristiana hasta las tierras que adquirirían. Éstos, a su vez, debían acatar ciertos principios religiosos que muchas veces se contraponían a los intereses comerciales y políticos de la Corona⁷⁷⁵.

⁷⁷³ CASAS, B. de las, *Historia de las Indias*, 3 vols., México, Fondo de Cultura Económica, 1965, vol. III, p. 301.

⁷⁷⁴ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 145 y ss.

⁷⁷⁵ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985 p. 149 y ss.

Sin embargo, un primer problema que hace notar el P. Prometeo se les presentó a los conquistadores era el de la pertenencia, el del dominio, y sobre éste descansarían fundamentalmente las discusiones. En este sentido, empieza a gestarse un debate para dilucidar hasta qué punto los españoles actuaron guiados por sus principios religiosos o por sus intereses comerciales y cuál de estos dos poderes predominó durante la Conquista. Lo que es innegable, es que ambos intereses estuvieron presentes y, tal vez, de forma dependiente, esto es, comercio y religión como partes integrantes e inseparables de la cultura occidental⁷⁷⁶.

Los intereses de la Corona, después de haber arrojado a los moros de la Península ibérica, de expulsar a los judíos, y de haber unido la casi totalidad de los reinos españoles en un solo imperio, eran primordialmente económicos, justificados legítima o ilegítimamente, por la idea de propagar la fe cristiana. Cristóbal Colón no era ajeno a esta idea, pues se sentía un instrumento de la Divina Providencia elegido para poner en marcha los hechos que iniciarían la última época de la historia del mundo⁷⁷⁷.

En definitiva, es importante la conclusión a la que llega el sabio agustino acerca de que las intenciones de los conquistadores y de la Corona estaban orientadas por una moral y cultura cristianas, que, si bien no favorecía directamente a los indios ni a su cultura, tenía altos postulados en cuestiones humanas y de tolerancia con otros pueblos, que finalmente beneficiarían de alguna manera a ambas partes, aunque tendría sus consecuencias negativas para ambas también⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 145 y ss.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 153 y ss.

⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 159 y ss.

Es un hecho innegable cómo en los veinte años que preceden al estallido de la Reforma, es decir, de 1499 a 1519, la vida religiosa española está dominada claramente por el cardenal Cisneros, confesor de la reina Isabel desde 1492, arzobispo de Toledo y primado de las Españas desde 1495, inquisidor general desde 1507, y regente del reino en dos ocasiones. El cardenal Cisneros, además de participar en la reforma religiosa de España para purgar el gobierno de la Iglesia de sus peores abusos, funda la Universidad de Alcalá de Henares. La creación de la Universidad de Alcalá no fue sino la instalación de un organismo completo de enseñanza eclesiástica: elemental, media y superior, que garantizaría el proceso de selección de sacerdotes, dado el excesivo número de clérigos.

El poderoso movimiento de renovación religiosa en España y la posterior explosión de la Reforma alemana inculcan en los españoles un espíritu que echó los cimientos de la época heroica de la Iglesia española, como afirma el P. Prometeo. Y es que una generación de santos y ascetas como Ignacio de Loyola, Francisco Javier, Teresa de Ávila, Juan de la Cruz, Juan de Ávila y sus análogos seculares como Hernán Cortés o Pizarro en las conquistas de México y Perú, muestran la misma tenacidad y heroica energía en defensa del cristianismo⁷⁷⁹.

Desgraciadamente, el resultado no fue el que se esperaba, y la exuberancia del Cristianismo tras el estallido de la Reforma en 1519 degeneró en una gran intolerancia religiosa, que se manifestaría en las conquistas de los imperios más importantes en tierra firme: el de Moctezuma, en México, y el Atahualpa, en el Perú. Bartolomé de las Casas manifestó su preocupación por las pugnas religiosas que se daban tanto en

⁷⁷⁹ *Ibidem*, p. 171.

América como en Europa, y, en una carta al Obispo de Chiapas y al príncipe Felipe en 1545, afirmaba que:

*“La iglesia acá está tan perdida y abatida, y la obediencia a los perlados tan olvidada, que afirmamos en verdad que nos parece muy poco menos que estar en Alemania [...] el servicio y provecho de S. M., acá, sino es de boca, no lo hay más que en Francia”*⁷⁸⁰.

Aunque, en teoría, la cristianización era el objetivo principal de la Conquista, y el que sin duda preocupa encontrar al P. Prometeo en sus investigaciones, sin embargo, dicha tarea evangelizadora iba contaminada de muchos otros intereses, como los comerciales. El descubrimiento de nuevas rutas comerciales era esencial para las políticas europeas. Además, la actividad comercial requería obtener recursos naturales al mejor precio con una mano de obra barata. Al conquistar las Indias, los españoles intentaron sacar provecho de todo lo que encontraron, a pesar de que no les pertenecía, con lo que se cobraron muchas vidas a cambio de las riquezas que obtuvieron rápidamente⁷⁸¹.

Los Reyes Católicos tenían dos importantes misiones en este asunto: por un lado, hacer más grande el reino con sus posesiones de islas y tierra firme en ultramar; y, por el otro, demostrar al resto de países europeos que la verdadera religión era la católica, por lo que atrajeron a los infieles del Nuevo Mundo al cristianismo. Pero la cristianización representaba la tarea más difícil desde el punto de vista práctico, pues los principios de la Iglesia y de la tradición escolástica española defendían ideas de un

⁷⁸⁰ CASAS, B., de las, *Cartas de Indias*, 3 vols., Madrid 1974, vol. I, pp. 15-16.

⁷⁸¹ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 160.

profundo humanismo que se apoyaban en métodos pacíficos de dominación y en la tranquilidad de conciencia, entre otros, cosa que entraba gravemente en conflicto a la hora de intentar convencer a los indios, de batirse con ellos en guerra y de mantenerlos en una religión y unas costumbres desconocidas que se negaban a aceptar.

Anota el P. Prometeo que, a pesar de los consejos de los teólogos, los conquistadores advirtieron que la guerra sería la única manera de someter a los indios. La guerra, para los españoles, se apoyaba en teorías que declaraban su propia justicia, pero era duramente condenada por los santos de la Iglesia y los humanistas de aquel entonces, como Erasmo y Bartolomé de las Casas. Los indios tenían otra visión de la guerra: no se consideraba como finalidad la de matar a los vencidos, sino hacerlos prisioneros para sacrificarlos posteriormente. Guerra y sacrificios humanos, son las causas principales de condena, emitidas por los teólogos de la Conquista, a las culturas en conflicto⁷⁸².

Es por esta razón que se cuestiona el P. Prometeo, si el ideal de convivencia pacífica suponía realmente el reconocimiento de la racionalidad de los indios para que pudieran ejercer sus derechos básicos, esto es, como sujetos adultos, responsables y, por lo tanto, con el poder de decidir en materia política y económica sobre sus bienes y comunidades de manera que la libertad, igualdad y justicia de la que hablaron los teólogos en sus tesis fueran efectivas⁷⁸³.

⁷⁸² CEREZO DE DIEGO, P., "Polémica sobre la legitimidad de la conquista de México", en *Actas del I Congreso Internacional sobre Hernán Cortés*, Editorial Universidad de Salamanca, 1986, pp. 299-312.

⁷⁸³ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 155-158.

Lo que el sabio agustino P. Prometeo se plantea en sus trabajos es el modo en que la Conquista de América supuso un replanteamiento de la teoría del poder político y del Estado y si, efectivamente, la idea de convivencia, desarrollada a raíz de la Conquista, podría haber dejado intacta la cultura indígena y, en este sentido, si podían establecerse unos mínimos básicos de respeto, para hacer posible la coexistencia, el progreso y la dignificación de ambas culturas por igual, o si las desigualdades entre indios y españoles son muestra de que las teorías no pudieron ser aplicadas plenamente por su falta de contacto con la realidad. Esto es, si fueron aplicadas las tesis de los escolásticos y cuáles fueron los resultados obtenidos de su aplicación⁷⁸⁴.

La Conquista se legitimó, como es de sobra conocido, con fundamento en la donación del Papa a los Reyes Católicos, según la cual la guerra contra los indios sería justa si no se sometían a ellos tras la notificación. Ya no habría problema por parte de los españoles para hacerles la guerra a los infieles del Nuevo Mundo, pues se reconocía su justa causa literalmente. Para ello, se promulgaron tres bulas pontificias: las dos *Inter cetera*, de 3 y 4 de mayo de 1493, y la *Dudum siquidem*, de 26 de septiembre del mismo año, como títulos justificativos de la conquista americana. Además, la notificación era la autorización para realizar todos los males que la guerra trajera consigo, al incitar a los soldados a actuar sin culpa alguna, pues la Corona los respaldaba con un documento oficial para conquistar⁷⁸⁵.

Expone el P. Prometeo Cerezo las relaciones Iglesia-Estado y la consiguiente reactualización de la idea imperial del señorío universal del Emperador, propia del Imperio Romano, durante la Edad Media, y su crepúsculo en la Edad Moderna. El

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 159-165.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 151-152.

Emperador recibe su imperio de la Iglesia romana; puede llamársele funcionario o vicario de la misma, pero es el Papa quien le confirma, le unge, le corona, le reprende e incluso le depone, pero no debía inmiscuirse en los asuntos del emperador⁷⁸⁶. Esta posición de la Iglesia se definió el 9 de junio de 1537 con la promulgación de la bula *Sublimis Deus* por el papa Paulo III, donde se declaraba que los indios eran seres humanos capaces de comprender y recibir la fe cristiana⁷⁸⁷.

Sin embargo, el marco jurídico de la Conquista de América dará un vuelco fundamental con un hecho clave que se produce a comienzos de la década de los cincuenta y que contribuirá decisivamente en el desarrollo y evolución del pensamiento americano: la fundación de las Universidades en las capitales y grandes ciudades⁷⁸⁸.

Dice el P. Prometeo a este respecto:

“El prestigio intelectual conseguido por la Universidad mexicana durante el período de 1553 a 1573 y la influencia ejercida por el alto magisterio del agustino fray Alonso de Veracruz (...) columna principal del profesorado universitario novohispano, motiva el que dediquemos nuestra atención (...) a la persona y contenido doctrinal de fray Alonso en el que se encuentra, sin lugar a dudas, la contribución científica más importante no sólo de la Nueva España

⁷⁸⁶ Es por eso que Paulo III se limita a contradecir la bula de Alejandro VI y no las decisiones del emperador, aunque indirectamente así lo hacía. Vid PP p. 215-243.

⁷⁸⁷ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 81 y ss.

⁷⁸⁸ CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de Alonso de Veracruz, O.S.A., en la Universidad de México”, en *Actas del Congreso Internacional V Centenario. AGUSTINOS EN AMERICA Y FILIPINAS*, Valladolid 16-21 de abril de 1990, pp. 385-411; Id., “La fundación de la Real y Pontificia Universidad de México y la formación y selección de las primeras cátedras”, en *La universidad ante el Quinto Centenario*. Actas del Congreso Internacional de Universidades. Madrid 13-16 de julio de 1992, Edit. Complutense, Madrid 1993, pp. 249-257; Id., “Alonso de Veracruz, O.S.A., y la introducción del Derecho de Gentes en México”, en *La familia agustiniana en la EXPO 92*. FAE Boletín Informativo, Madrid 1992, pp. 23-27.

*sino también de todo el continente americano en torno a la Ética de la Conquista*⁷⁸⁹.

Es el momento de la libertad de expresión y la crítica constante a los actos del gobierno y de la Iglesia en la cátedra universitaria.

12.2.2. Las tesis de los escolásticos

Un segundo e importante tema que ha estudiado y analizado en profundidad el P. Prometeo Cerezo de Diego, y de obligada referencia en el marco del derecho de gentes, es la posición de las tesis de la Escuela de Salamanca con ocasión de la Conquista de América, que no sólo se refieren a aspectos teológicos sino, lo más importante a nuestra tesis, jurídicos.

A la materia ha dedicado el P. Prometeo, además de su excelente monografía sobre *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, numerosos ensayos donde pone de relieve cómo los teólogos de la escuela de Salamanca se manifestaron en contra de los sacrificios humanos e incluso los mencionaron como causas justificantes de la Conquista⁷⁹⁰.

A juicio del P. Prometeo, los escolásticos se encargaron de la parte ética de la Conquista basándose en los principios de derecho natural y en la conciencia de la

⁷⁸⁹ CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en Pereña, Luciano (ed), *Corpus hispanorum de pace*, vol. XXV, pp. 551-596.

⁷⁹⁰ CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en la obra colectiva *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La Ética en la conquista de América*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1984, pp. 551-596; Id., “La influencia de las ideas de la Escuela de Salamanca en América”, en *Colloquia Europalia, IV. L’Espagne et la formation du Droit des Gens moderne*. Acta Colloquii Bruxellensis 22-X-1985, In aedibus Peeters, Lovanii 1988, pp. 47-56.

magnitud del problema para acabar con las injusticias. Para lograr este objetivo, trataron de influir en las decisiones políticas cuando no se hallaron soluciones a los innumerables conflictos en las Indias. Su influencia se limitaba a presionar la conciencia y la política, pues no tenían armas ni otros poderes más radicales que la autocrítica y la palabra⁷⁹¹.

Por ello, avanzada la colonización, se inició un proceso de autocrítica española de la Conquista, surgen las fuentes de carácter científico, integradas por relecciones académicas, llamadas así por tratarse de las lecciones que se daban en días extraordinarios, y comentarios de investigación, que muchas veces se convirtieron en fuentes jurídicas y de ordenación política, por su incidencia en las autoridades públicas y su proyección social.

El P. Prometeo analiza todas ideas introducidas por los salamantinos, para poder crear un ambiente de tolerancia y respeto que permitiera la convivencia entre indios y españoles⁷⁹². Advierte cómo el pensamiento de los escolásticos se fundaba en la filosofía de santo Tomás de Aquino y en el Derecho natural.

Santo Tomás de Aquino había señalado los peligros de no gobernar en aras del bien común:

“Ha quedado ya claro que los reyes consiguen más fácilmente que los tiranos sus deseos de estabilidad en el poder, riquezas, honor y fama, a pesar de que para alcanzar éstas indebidamente algunos príncipes se desvían hacia la

⁷⁹¹ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 160-161.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 165.

tiranía. Pero nadie se aparta de la justicia si no es movido por la ambición de alguna ventaja. Se ve además privado el tirano de la mayor felicidad que se da como premio a los reyes y, cosa más grave aún, se gana las penas del mayor tormento. Pues si alguien roba a un hombre o lo reduce a la esclavitud o lo mata, merece la máxima pena, o sea, la muerte en el juicio de los hombres y la condenación eterna en el Dios, ¡cuánto más se ha de juzgar que el tirano merece los peores suplicios, puesto que roba a todos por cualquier medio, actúa contra toda libertad de la comunidad, hace matar a alguno por capricho de su voluntad!”⁷⁹³

Asimismo, la teoría tomista del derecho afirmaba la existencia de unos principios normativos de orden jurídico que informan a la razón natural, innatos, por tanto, a la vez que universales y evidentes. A tales principios ha de conformarse el derecho intimado por el legislador humano, el positivo, el cual es y debe ser un desarrollo del natural, a cuya normatividad no puede sustraerse⁷⁹⁴.

De otra parte, el derecho natural, para los teólogos, representaba asumir una actitud de inconformidad ante lo ya dado que, en este caso, era la Conquista como hecho consumado la cual, efectivamente, había perjudicado a los indios, para buscar la verdad y la justicia. Las intenciones de los escolásticos españoles eran las de solucionar el conflicto, no abandonando a los indios, sino integrándose de una forma pacífica y, para ello, proponían obedecer el derecho natural, que se presentaba como una buena opción para llenar los vacíos de la ley humana, que resultaba insuficiente en el Nuevo

⁷⁹³ Santo TOMÁS DE AQUINO, *La monarquía*, p. 51

⁷⁹⁴ Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma de teología*, t III, p. 459

Mundo. El derecho natural era la conciencia racional de cada hombre, que se aplicaba para resolver un conflicto cuando las leyes escritas no lo contemplaban⁷⁹⁵.

Por tanto, los maestros de Salamanca escribieron sobre la Conquista de los españoles en América y fundamentaron sus tesis en dos aspectos fundamentales: los principios derivados de las obras de santo Tomás de Aquino, que consideraba la política como una especialización de la ética, como una ética social, desarrollo de la ética individual; y en el derecho natural como la opción para evitar las leyes injustas que emanaban de las autoridades coloniales y los mandatos que propiciaban la explotación de los indígenas. Pues, en lo que a la autoridad se refiere, el derecho natural reconocía la capacidad del pueblo y de los particulares a revelarse contra los príncipes tiranos, no así el divino ni el humano que anteponían al pueblo, a las autoridades divinas y políticas. De este modo, el derecho natural sería el medio por el cual los estudiosos de la escuela de Salamanca cuestionarían la legitimidad del gobierno español sobre las Indias.

José de Acosta refiere sobre ello:

“Traigo a colación todo esto no porque dé mi aprobación en modo alguno al poder tiránico y a la crueldad (tan ajena a las entrañas de Cristo) que se ha usado con los pueblos de los indios o porque piense que se los ha de mandar como a siervos, o porque no aborrezca y condene con toda energía los crímenes de los malvados y la avaricia de los que convierten los bienes, trabajos y sudores de estos miserables exclusivamente en su propio provecho, abusando de la manera más inicua de su torpeza, sino para demostrar que tampoco se ha

⁷⁹⁵ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 160.

*de perder la esperanza de salvación de quienes poseen condición baja y difícil, si se les sabe llevar con paciencia y educar con tino. Porque el amor disculpa siempre...*⁷⁹⁶.

Uno de los más eminentes teólogos españoles de la Conquista de América fue Francisco de Vitoria (1483-1546), al quien el P. Prometeo dedica elogiosas y bien elaboradas páginas para destacar la relevancia que tuvo en este marco histórico y su importancia en el Derecho de gentes.

Es interesante aclarar que Francisco de Vitoria, como casi todos los teólogos, nunca duda sobre la justicia y la fe del emperador Carlos V, pero tampoco sobre la posibilidad de encontrar injusticia en algunos actos de gobierno que oficialmente se declaraban justos. De hecho, era fiel seguidor de San Agustín y Santo Tomás, quienes establecían tres requisitos necesarios para que la guerra fuera justa: el primero, ser declarada por autoridad legítima; el segundo, tener causa justa; y, el tercero, la observancia de una conducta lícita en la guerra y su conclusión. Y aunque nunca estuvo en América, desarrolló reconocidas teorías en defensa de los indios, que posteriormente integraron las bases del derecho internacional convirtiéndole en el más grande exponente de la escolástica española del Siglo de Oro.

En su *Relectio de indis o recenter inventis* (1538), Vitoria planteó tres dudas en torno al derecho de los españoles para someter a los indios, pero previamente estableció que había de consultarse a Aristóteles para tratar dicho problema. Se refiere concretamente al libro de la *Ética*, en el cual se afirma que la virtud consiste en un

⁷⁹⁶ ACOSTA, J. *De procuranda indorum salute*, p. 147.

conjunto de actos buenos; se analizan también las cosas voluntarias y forzosas y la capacidad de elección. Justamente, en la capacidad para elegir de los hombres, Vitoria se basa para llevar a cabo su defensa de los indios; esto es, al reconocer su racionalidad, éstos tenían el derecho a elegir a sus gobernantes⁷⁹⁷.

La legitimidad de la propiedad particular y pública de los indios, así como la legitimidad del gobierno de sus príncipes, fue analizada por Vitoria a partir de las tesis de Aristóteles sobre la esclavitud natural de algunos seres humanos porque, como se sabe, ésta fue la tesis que se utilizó para tratar de demostrar que los indios carecían de las capacidades intelectuales para gobernarse y, por ello, necesitaban la ayuda de los españoles, tal y como señala el P. Prometeo⁷⁹⁸.

Decía Francisco de Vitoria:

“Como elegante y doctamente dijo Aristóteles: Hay quienes por naturaleza son esclavos, o sea, para quienes es mejor servir que mandar. Son aquellos que no tienen la suficiente razón ni aun para gobernarse a sí mismos, sino sólo para entender las órdenes de sus amos, y cuya fuerza más esta en el cuerpo que en el espíritu (...). Y sin duda es mejor para ellos ser gobernados por otros, que regirse a sí mismos (...) es justo y obvio que sean esclavos y, por lo tanto no pueden ser dueños”⁷⁹⁹.

A partir de la impugnación de las afirmaciones sobre la esclavitud natural de los indígenas, apoyándose en las teorías aristotélicas, Vitoria elaboró su tratado en el que

⁷⁹⁷ VITORIA, F. de, *Relectio de Indis*, vol. V, p. 6.

⁷⁹⁸ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 172.

⁷⁹⁹ VITORIA, F. de, *Relectio de Indis*, vol. V, pp. 12-14.

sugiere, en un intento de objetividad, para seguir adelante con la Conquista y la colonización, atenerse a condicionamientos de orden religioso, moral y jurídico, que eviten las extralimitaciones, pues tiene la capacidad para comprender que la convivencia permanente o comercial sería un hecho a partir del descubrimiento, que nadie podría evitar. Consultar a los sabios en materias dudosas para obrar con seguridad de conciencia es la primera condición que advierte para seguir adelante con la Conquista. Y se pregunta “*Utrum Barbari essent veri domini ante adventum hispanorum*” (“¿esos bárbaros, antes de la llegada de los españoles, eran verdaderos dueños pública y privadamente?”)⁸⁰⁰.

Otra de las formas que utilizaron los españoles para dominar a los indios inicialmente fue rebatiendo la propiedad sobre sus tierras que, según ellos, no era legítima en razón de los pecados que cometían. Para sostener la teoría del dominio de los indios sobre sus tierras, se recurre al origen del dominio en sí; en ese caso, se afirma que, si el dominio proviene de la autoridad divina y, por lo tanto, el dominio tiene su fundamento en la imagen de Dios, luego entonces los pecadores no tienen derecho a poseer por hacerlos sin su voluntad y, además, los bárbaros carecían del dominio, porque siempre estaban en pecado mortal⁸⁰¹.

La solución a dichos planteamientos es resumida por Francisco de Vitoria en breves, pero concisas, proposiciones: En primer lugar, dice que el pecado mortal no impide ni la propiedad civil ni el verdadero dominio. Porque el hombre es imagen de Dios por su naturaleza, es decir, por sus potencias racionales, que no se pierden por el pecado mortal; luego tampoco se pierde por ese motivo el dominio. En segundo lugar,

⁸⁰⁰ VITORIA, F. de, *Relectio de Indis*, vol. V, p. 13.

⁸⁰¹ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 200.

advierte que, si el pecador no tuviera dominio civil, tampoco tendría dominio natural, como se afirma. En ese caso, se negaría el derecho natural y superior de defender sus propios miembros y, en consecuencia, su propia vida, por lo cual resultaba falsa tal afirmación⁸⁰². También recuerda que Dios dio bienes temporales a los buenos y a los malos, y ni la infidelidad ni la herejía son impedimentos para ser verdadero propietario, pues la fe no quita el derecho natural ni el humano. No es lícito despojar de las cosas por el solo hecho de no ser cristianos, y el hacerlo se llama hurto o rapiña⁸⁰³.

Por tanto, Francisco de Vitoria sostiene que ni el pecado ni la infidelidad son causas para perder el dominio sobre sus bienes. Dice:

“Se prueba, porque en realidad no son idiotas, sino que tienen, a su modo, uso de razón. Es evidente que tienen cierto orden en sus cosas: que tienen ciudades debidamente regidas, matrimonios bien definidos, magistrados, señores, leyes, profesores, industrias, comercio; todo lo cual requiere uso de razón. Además tienen también una forma de religión (...). Por lo que creo que el hecho de que nos parezcan tan idiotas y romos proviene en su mayor parte de su mala y bárbara educación, pues también entre nosotros vemos que muchos hombres del campo bien poco se diferencian de los brutos animales”⁸⁰⁴.

Afirma el P. Prometeo que las tesis de Vitoria sobre la Conquista, su estudio sistemático de los problemas en las Indias y sus objetivas y acertadas conclusiones

⁸⁰² VITORIA, F. de, *Relectio de Indis*, vol. V, p. 18.

⁸⁰³ VITORIA, F. de, *Relectio de Indis*, vol. V, p. 19

⁸⁰⁴ *Ibidem*, pp. 29-30.

fueron repetidas por toda una generación de teólogos de la Universidad de Salamanca; principalmente, dominicos, franciscanos y jesuitas⁸⁰⁵.

Los otros escolásticos del Siglo de Oro que elaboraron teorías sobre la Conquista y colonización, que aportaron elementos nuevos a los de Vitoria fueron: el dominico Domingo de Soto, quien unía al dominio de los principios teológicos el cabal conocimiento de las cosas sobre el Nuevo Mundo⁸⁰⁶; el doctor Ginés de Sepulveda, cronista del emperador y defensor de la teoría aristotélica de la servidumbre natural⁸⁰⁷ y Alonso de Veracruz, misionero e historiador. A ellos debe añadirse el jesuita Luis de Molina, a quien se le distingue por la detallada exposición de los hechos sobre la Conquista y el también jesuita Francisco Suárez, quien es reconocido por el agudo y meditado resumen de las cuestiones de ética colonial.

Las tesis de los escolásticos españoles tuvieron un papel fundamental en el desarrollo de conceptos jurídicos como la igualdad, la justicia, el derecho internacional y los derechos humanos que, a pesar de la falta de aplicación efectiva, en teoría se empieza a tener plena conciencia de ellos.

12.2.3. La posición de Alonso de Veracruz sobre la Conquista de América

Al estudio sobre Alonso de Veracruz, su vida y su obra, ha dedicado toda su vida el P. Prometeo. Puede afirmarse que sus estudios sobre Veracruz, no sólo son los más amplios, sino los de mayor rigor científico en la comunidad jurídica internacional. A su

⁸⁰⁵ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985, p. 179.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 181.

magna obra titulada *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*⁸⁰⁸, que le valió tan importante reconocimiento internacional por parte del Instituto hispano-luso-americano de Derecho internacional, se une la publicación de numerosos estudios sobre temas veracruzanos, del mismo rigor y calado intelectual, realizados a lo largo de su dilatada vida⁸⁰⁹.

Para conocer las ideas del P. Prometeo sobre la posición de Alonso de Veracruz en torno a la Conquista de América, las sistematizaremos en tres grupos, que consideramos de gran importancia a los efectos de valorar su aportación jurídica: el primero relativo a la biografía que traza el P. Prometeo de Veracruz, sobre la que haremos una breve referencia; el segundo, que consideramos de gran importancia, relativo a las diferencias entre Francisco de Vitoria y Alonso de Veracruz, que de una manera, no directa, pero sí clara, establece nuestro sabio agustino en sus estudios y que resulta relevante a los efectos de situar a ambos autores en el marco jurídico de la Conquista de América; y el tercero, el más importante a los efectos del derecho internacional, que es el relativo a las cuestiones o dudas suscitadas por Alonso de Veracruz con motivo de la Conquista de América y que el P. Prometeo sistematiza con gran acierto.

⁸⁰⁸ *Ibidem.*

⁸⁰⁹ CEREZO DE DIEGO, P., “El problema de la infidelidad en Fray Alonso de Veracruz”, en *Revista de Filosofía de la Universidad Iberoamericana*, México, n° 50 (1984), pp. 291-310; IDEM., “Estudios sobre Fray Alonso de la Veracruz y dos obras suyas *Physica speculatio* y *De decimis*”, en *La Iglesia en América: Evangelización y Cultura*, Catálogo del Pabellón de la Santa Sede, Sevilla 1992, pp. 298-300; IDEM., “El manuscrito *Relectio de decimis* de fray Alonso de Veracruz, O.S.A.”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, vol. XXV (1993), pp. 609-623 y en la obra colectiva *Fondo manuscrito americano de la biblioteca de San Lorenzo del Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1993, pp. 197-211; IDEM., “Los métodos misionales de Evangelización de América. Un modelo intermedio: Fray Alonso de Veracruz”, en *La Iglesia en América: siglos XVI-XX*, Sevilla 1992, pp. 175-189; IDEM., “Alonso de Veracruz, OSA (1507-1584): misionero, formador, catedrático y defensor de los indios”, en *La Familia Agustiniiana en Contextos de Globalización*, Centro Teológico San Agustín, Madrid 2003, pp. 157-172; IDEM., “Fray Alonso de Veracruz a los 500 años de su nacimiento (1507-2007)”, en *Boletín Informativo*, vol. XX, núm. 162, junio 2008, pp. 637-641.

12.2.3.1. El P. Prometeo Cerezo de Diego y Alonso de Veracruz

Dedica el P. Prometeo Cerezo las primeras cincuenta páginas de su tratado sobre *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, además de otros trabajos publicados en diferentes momentos de su vida, a exponer numerosas y destacadas facetas biográficas de Veracruz⁸¹⁰. A los efectos de situar nuestra tesis haremos una breve referencia a aquellas cuestiones más importantes sobre Veracruz expuestas por la sabia pluma del P. Prometeo.

Alonso de Veracruz, llamado Alonso Gutiérrez, nació en los albores del siglo XVI, en 1507, en Caspueñas, entonces perteneciente a la diócesis de Toledo, hoy provincia de Guadalajara. Sus padres se llamaron Francisco Gutiérrez y Leonor Gutiérrez, cuyos apellidos él usó hasta que los cambió por el de de la Veracruz⁸¹¹.

Discípulo predilecto de Francisco de Vitoria, la trayectoria filosófica de fray Alonso de Veracruz, catedrático de Sagrada Escritura y de Teología de la entonces naciente Universidad de México, está marcada por sus años como estudiante en las dos universidades más importantes de la España del siglo XVI: Salamanca y Alcalá de Henares. En la universidad de Cisneros estudia gramática y retórica, y en la ciudad del Tormes, teología y filosofía. Es aquí donde conoce a Vitoria, con quien mantiene una estrecha amistad⁸¹².

⁸¹⁰ Vid. nota anterior.

⁸¹¹ En realidad, se conoce muy poco de la vida de Alonso Gutiérrez en los años transcurridos desde su nacimiento y hasta su llegada a la Nueva España. Se sabe que sus padres, muy probablemente, eran de posición económica acomodada; esto unido a una cierta tradición intelectual en la familia, pues según se conoce estaban emparentados con los padres Coronel escritores del pueblo de Torija, motivaron el impulso que se dio a Alonso para sus estudios.

⁸¹² CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de la Veracruz y su maestro Francisco de Vitoria*, en Velasco, Ambrosio (editor), *Fray Alonso de la Veracruz: universitario, humanista, científico y*

El futuro agustino hizo sus estudios de humanidades en la Universidad de Alcalá de Henares, que había sido fundada por el cardenal Ximénez de Cisneros en 1508. En las aulas de esta universidad cisneriana se estudia, en las humanidades, el *trivium* medieval, esto es la gramática, la retórica y la dialéctica, así como el nominalismo, corrientes que atrajeron a la juventud estudiantil de aquella época⁸¹³. Obtiene en Alcalá de Henares el grado de bachiller en Artes y en Salamanca el grado de Bachiller en Teología⁸¹⁴. En Salamanca donde tuvo la suerte de ser discípulo directo de Fray Francisco de Vitoria con el que simpatizó, siendo uno de los discípulos predilectos del maestro.

Estando realizando los estudios para la Licenciatura en Teología, trunca los mismos y se embarca hacia la Nueva España, saliendo de Sevilla, con la “tercera barcada” de agustinos que navegan rumbo a Méjico enviados por Sto. Tomás de Villanueva, provincial de la provincia de Castilla⁸¹⁵. Durante la travesía contacta con los religiosos y cuando llegan a Veracruz, solicita ser admitido en la Orden agustina. Dada su preparación humanística y teológica, sus superiores lo destinaron a la enseñanza en la casa de estudios eclesiásticos de Tiripetío en Michoacán. Años después, cuando se inaugura la Universidad de México, el 25 de enero de 1553, por el prestigio que entonces ya tenía Veracruz se le encomienda la cátedra de Sagrada Escritura y el año siguiente también la de Teología.

Dice el profesor Cerezo:

republicano (México DF, Unam, 2009), p. 21; Grijalva, Juan de, *Crónica de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de la Nueva España* (México DF, Porrúa, 1985), p. 397.

⁸¹³ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de la Veracruz y el Derecho de gentes*, pp. 4-5.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

“La talla intelectual y el prestigio personal de fray Alonso entre todo el profesorado universitario, queda patente al ser el único caso de regentar dos cátedras simultáneamente y otorgarle a la cátedra de Santo Tomás, que se le encomendaba, la misma categoría que la de Prima, hecho sin precedentes en las universidades españolas, aparte de que si esta última se había encomendado al dominico fray Pedro de la Peña tal vez lo había sido por seguir la tradición existente en la Universidad de Salamanca de regentar dicha cátedra casi ininterrumpidamente algún religioso dominico”⁸¹⁶.

En su primer curso académico (1553-1554) en la Universidad de México, Veracruz expuso el tema que formaría más tarde de su tratado del *De dominio*, en el que trata los temas de la propiedad de los indios y la licitud de las encomiendas. En este tratado, el fraile agustino expone su teoría y sus conocimientos sobre las experiencias personales en la convivencia con los indios. El tratado *De dominio infidelium et iusto bello* constituye la obra novohispana más importante en que se aborda el tema de la justicia de la Conquista⁸¹⁷.

En el segundo curso (1554-1555), Veracruz escoge otro tema práctico, de no menor actualidad, en el que desarrolla el problema sobre el cobro indistinto de los diezmos, que hace la jerarquía eclesiástica a indios, criollos y españoles. El tratado *De decimis* no adquiere la importancia del *De dominio*, pero también contempla cuestiones éticas referentes a la explotación de los indígenas por parte de la Iglesia y el Estado español. Dice a propósito de este tratado el P. Prometeo:

⁸¹⁶ *Ibidem*, pp. 19-20.

⁸¹⁷ *Ibidem*, pp. 21-22.

“En esta reelección, Veracruz defiende de manera más amplia y sistemática la tesis que desde hacía tiempo venía sosteniendo: que los indios estaban exentos del pago de los diezmos por el hecho de que el clero secular no intervenía en su evangelización y por tanto no tenían porqué contribuir a su sostenimiento sino únicamente al de los religiosos a los que ayudaban con su trabajo personal y prestaciones de diversa especie, no debiéndoles aumentar con más cargas su situación ya de suyo de excesiva pobreza”⁸¹⁸.

Fray Alonso de la Veracruz falleció en la ciudad de México un día de julio de 1584. Su biógrafo dice así:

“Murió el siervo del Señor, muy como siervo suyo. Enterráronle en medio de la Capilla mayor. Halláronse a su entierro el señor Arzobispo, Visitador y gobernador D. Pedro Moya, y la Audiencia Real, con los dos Cabildos, la Universidad y todas la Religiones, hubo en todas las Yglesias general clamor de campanas, y en todos los estados general sentimiento. El P. Comissario de la Orden de nuestro P.S. Francisco, Fr. Pedro de Oroz, le besó los pies hincado de rodillas, y volviéndose al pueblo dixo, beso los pies del que sé era santo, el qual ruegue a Nro. Señor por nosotros”⁸¹⁹.

⁸¹⁸ CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en Pereña, Luciano (ed), *Corpus hispanorum de pace*, vol. XXV, pp. 593-594. También, IDEM, *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, Madrid, 1985, p. 24.

⁸¹⁹ GRIJALVA, I. de, *Crónica de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de la Nueva España. En quatro edades desde el año de 1533 hasta el de 1592*. Reimpresión de la obra de 1624 hecha en la ciudad de México por la Imprenta Victoria en 1924, p. 597.

12.2.3.2. Las diferencias entre Veracruz y Francisco de Vitoria

Antes de abordar el aspecto jurídico del Tratado de Veracruz, nos parece interesante destacar un aspecto que hemos encontrado al hilo de la lectura de la obra del P. Prometeo y es el relativo a las diferencias entre Francisco de Vitoria y Alonso de Veracruz. Ya se ha referido a estas cuestiones en otros estudios⁸²⁰, pero podemos afirmar que es en su tratado principal sobre Veracruz donde el P. Prometeo expone de una forma dispersa a lo largo de sus casi cuatrocientas páginas, pero de modo relevante, cuáles serían los elementos para poder configurar una diferencia entre Veracruz y su maestro. Lo que sin duda permite conocer más sobre los aspectos jurídicos de la Conquista de América al contrastar ambas figuras.

Alonso de Veracruz fue alumno destacado de Vitoria, al que califica de “*su maestro, con mucho el mayor teólogo de su tiempo*”⁸²¹, pero esto no le impidió rectificar en su tratado sobre el *De dominio* algunos de los títulos de Francisco de Vitoria, al darse cuenta de que no se daban algunos de los supuestos considerados por su maestro, lo mismo que en cuanto al derecho de los indios a los sacramentos y a la restitución por parte de encomenderos, que no eran dueños de las encomiendas, porque las tierras eran de los aborígenes. Conocía las conclusiones a que se había llegado en las controversias de Valladolid y quería dar una solución satisfactoria *in situ*.

⁸²⁰ CERESO DE DIEGO, P., “El pensamiento americano de un discípulo de Vitoria: Alonso de Veracruz”, en *I Diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*. Congreso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tomasso (Angelicum), Roma 4-6 marzo 1985, Massimo, Milano 1988, pp. 255-272; IDEM., “Alonso de la Veracruz y su maestro Francisco de Vitoria”, en *Fray Alonso de la Vera Cruz: universitario, humanista, científico y republicano*, UNAM, México 2009, pp. 19-45.

⁸²¹ Cf. CAMPO DEL POZO, F., “Fray Alonso de Veracruz y sus aportes al Derecho, como las causas justas e injustas de la conquista”, en *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los Derechos humanos en Francisco de Vitoria*. Ed. J. Goti Ordeñana, Valladolid 1999, pp. 375-415.

En este sentido, el P. Prometeo, que estudia y coteja los títulos legítimos de Francisco de Vitoria y las causas justas de Alonso de Veracruz sostiene que, efectivamente, existe una diferencia clara al leer y comparar las obras de Veracruz y de Vitoria, principalmente en el orden que tienen sus argumentos, así como en el desarrollo sistemático de los mismos.

Las obras de los que tuvieron la experiencia personal de vivir en los territorios conquistados, como fue el caso de Veracruz, transmiten de forma única la realidad que se vivía y, por ello, hacen posible formar un criterio más objetivo sobre los sucesos que intentaban regular las teorías enunciadas por los maestros de Salamanca⁸²². Esta idea valiente va en contra, naturalmente, de quienes los han calificado únicamente como historiadores y misioneros.

Apunta, asimismo, el P. Prometeo la importancia que, como antecedente y fuente teológica principal, tuvo para fray Alonso, su maestro Francisco de Vitoria, a quien el P. Prometeo dedica elogiosas menciones, pudiéndose establecer un diálogo comparativo de diferencias entre ambos teólogos, lo que permite conocer más de cerca la aportación que Alonso de Veracruz ofrece al Derecho de gentes, más allá de las de su propio maestro. Y es que la cuestión sobre la invasión de los territorios indios es analizada por fray Alonso de Veracruz en su *De dominio infidelium et iusto bello*, donde sostiene una postura distinta a la de Vitoria, cuando la aplica directamente a la

⁸²² CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en Pereña, Luciano (ed), *Corpus hispanorum de pace*, vol. XXV, pp. 593-594

Conquista de América, pues a diferencia de aquél Veracruz está presente en el lugar conquistado⁸²³.

Si bien Vitoria había enunciado los principios que Veracruz defendía, había omitido la verificación de los hechos que hizo fray Alonso gracias a la experiencia de casi cuarenta años de presencia en las Indias.

Hace notar el P. Prometeo cómo la realidad indiana influye en el pensamiento de Veracruz, a diferencia de Vitoria, a quien se le reconoce una postura más imparcial y quien elabora argumentos más universales, pero menos relacionados con los problemas indígenas. Por el contrario, en la obra de Veracruz, se aplica correctamente la teoría sobre la guerra justa a un caso concreto y, por ello, es digno de ser estudiado en esa peculiaridad, que lo distingue y que se trata del encuentro con los indígenas americanos y una cultura totalmente desconocida para los españoles⁸²⁴.

Por esta razón, la diferencia más marcada entre las obras de Vitoria y Veracruz es motivada por la presencia física del segundo en las Indias. El profesor de México escribe desde el lugar de los acontecimientos y tras una larga experiencia por la convivencia y directa observación de las sociedades indígenas. Dice nuestro sabio agustino, el P. Prometeo Cerezo:

“De aquí que en sus escritos no sólo se reflejara una preocupación por dilucidar el problema teórico de la justicia de la guerra de Conquista, sino, en

⁸²³ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de la Veracruz y su maestro Francisco de Vitoria*, en Velasco, Ambrosio (editor), *Fray Alonso de la Veracruz: universitario, humanista, científico y republicano* (México DF, Unam, 2009), p. 21; IDEM., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, p. 221.

⁸²⁴ *Ibidem*, pp. 215 y ss.

especial, la de resolver los problemas prácticos que dicha Conquista planteaba en la nueva sociedad hispanoamericana”⁸²⁵.

Ahora bien, Fray Alonso no puede dejar de coincidir con Vitoria en la aceptación del hecho de que Dios es la causa del dominio. Veracruz, a diferencia de Vitoria, que acude siempre al derecho divino para fundamentar sus doctrinas, se apoya y dirige más al derecho humano, seguramente porque estaba viviendo personalmente los problemas americanos.

12.2.3.3. El *De dominio* de fray Alonso de Veracruz

Es esta la obra que el P. Prometeo analiza con todo rigor técnico y jurídico.

Fray Alonso de Veracruz, como ya hemos apuntado, escribió para sus alumnos una “*relectio*”⁸²⁶, con la que inauguró el primer curso académico de la universidad mexicana en el otoño de 1554, y cuyo discurso constituye la parte inicial de su tratado que el maestro completó luego con las cuestiones fundamentales que requería la doctrina expuesta sobre el derecho de los indios a sus dominios y sobre la aplicación de

⁸²⁵ CERESO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en Pereña, Luciano (ed), *Corpus hispanorum de pace*, vol. XXV, pp. 555-556.

⁸²⁶ Como es sabido, la obra de fray Alonso de Veracruz es mencionada por su mismo autor como “*relectio*” y se ubica en el género de las disertaciones académicas que fueron práctica usual en la Universidad de Salamanca durante muchos años, de la que precisamente fray Alonso fue alumno (hasta 1532) y profesor (de 1532 a 1535). Recuérdense las célebres reelecciones de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto o Covarrubias, cuando un maestro había “leído” o explicado un tratado durante el año escolar, escogía un tema o sección del mismo para exponerlo de nuevo (de ahí *re-lectio*) literalmente “repetición de una lección”) en sesión solemne ante el pleno de profesores y alumnos de todas las facultades.

la teoría de la guerra justa a las condiciones concretas de la conquista de los territorios del Nuevo Mundo⁸²⁷.

Conocida con el título latino *De dominio infidelium et iusto bello*, esta obra de Alonso de Veracruz es la más importante de todos sus escritos. Estuvo perdida durante un tiempo hasta que el hispanista norteamericano, Ernest J. Burrus, S. J., la halló⁸²⁸, y la publicó en “Sources and Studies for the history of the Americas” (1968-1976) en cuatro volúmenes bajo el título de *The Writings of Alonso de la Veracruz*⁸²⁹, del que se han editado algunas ediciones posteriores⁸³⁰. El *De dominio*, como se le conoce más comúnmente, es el tratado de Alonso de Veracruz sobre la Conquista y colonización de América.

⁸²⁷ La “*relectio*” *De dominio infidelium et iusto bello* de fray Alonso de Veracruz se inserta en la cátedra de Teología que tenía a cargo el maestro Veracruz en la Universidad de México en el curso lectivo de 1553-1554. Según la materia tratada en dicha *relectio*, fray Alonso de Veracruz debió exponer ese curso la parte de la *Summa Teológica* de Santo Tomás de Aquino referente al derecho de propiedad o “*de dominio*” en general o bien “*De la Justicia y del derecho (De Iustitia et Iure)*” del cual el “*dominium*” es parte esencial.

⁸²⁸ El manuscrito había pasado de mano en mano en poder de bibliófilos y coleccionistas. Fueron adquiridos por Francisco del Paso y Troncoso, (fallecido en Florencia en 1916), heredados luego por su sobrina Josefa del Paso y Troncoso, quedaron abandonados en alguna bodega del puerto de Veracruz, hasta que un resto de ellos, fue rescatado por Rafael del Paso (1938), sobrino de aquella señora, quien los confió al padre Burrus para su publicación. Cfr. sobre esta odisea la excelente introducción al manuscrito del mismo autor. Vol. II, pp. 83-88.

⁸²⁹ Ernest J. Burrus. *The Writings of Alonso de la Vera Cruz*, St. Louis University 1968, 205 pp. En la edición del padre Burrus, las dudas constan de párrafos numerados. Existe una edición a cargo de Roberto Heredia Correa, en la que se han traducido al español las dos primeras dudas del *De dominio*. Silvio Zavala se encarga del estudio de la tercera duda, edición en la que incluye la traducción de la misma elaborada por el Sr. Zubillaga. En la Colección Chimalistac se encuentra la obra de José A. Almandoz Garmendía, quien traduce y elabora una interesante crítica de las cinco primeras cuestiones. C. Baciero y Luciano Pereña publican en 1997 una obra con la traducción al español de la sexta duda en adelante.

⁸³⁰ La Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo editó una parte de este tratado de fray Alonso, consistente en “Textos selectos de la *Relectio de dominio infidelium (las Dubia* o dudas 2, 3 y 6). Introducción general y particular de Mauricio Beuchot. Traducción de Ana María Álvarez Gallardo y María Edith Castillo Gómez”. Vid. *Fray Alonso de la Veracruz. Antología y facetas de su obra*, Morelia, Gob. del Edo./ Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Centro de Estudios sobre la Cultura Nicolaita, 1992, pról. por Juan Hernández Luna, 326 pp. Una publicación más reciente es: Veracruz, Fray Alonso de la. *Sobre la conquista y los derechos de los indígenas*. Traducción: Rubén Pérez Azuela, O.S.A.; Prólogo: Prometeo Cerezo de Diego O.S.A.; Introducción y edición: Roberto Jaramillo Escutia, O.S.A., México, Organización de Agustinos de Latinoamérica, 1994, 225 pp.

La primera parte del tratado del *De dominio infidelium et iusto bello* nos permite distinguir a su vez dos partes: la primera, de carácter eminentemente práctico, dudas I-VI, en torno a una serie de problemas de ética colonial que se planteaban en la sociedad novo-hispana, como es el derecho a la propiedad tanto pública como privada de los indios, y los derechos y obligaciones de los encomenderos con relación a los indios y a los bienes comunales de los pueblos encomendados. La validez de toda su exposición doctrinal descansaba en un problema básico: la legitimidad del dominio español sobre América, *supposito imperator sit dominus verus istius orbis*⁸³¹.

Para dar una respuesta a este problema, Veracruz aborda de manera expresa el tema de la ética de la Conquista, a la que dedica la segunda parte de su tratado. Esta parte de la obra es carácter teórico, dudas VII-XI, y trata de las causas justificantes e injustificantes para la Conquista española del Nuevo Mundo⁸³².

El Tratado de Veracruz, al decir del P. Prometeo, conjuga dos importantes factores: la presencia del mismo en el lugar de los acontecimientos; y los conocimientos necesarios para emitir opiniones serias y responsables sobre la Conquista.

Señala, por esto, el P. Prometeo la trascendencia del tratado de preparar sobre firmes principios teológicos a los futuros consultores o confesores de aquellos

⁸³¹ CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en L. Pereña, *Simposio sobre Francisco de Vitoria. La ética en la conquista de América, Corpus Hispanorum de Pace*, vol. XXV, Madrid 1984, pp. 551-596.

⁸³² En el año 1997 Luciano Pereña y C. Baciero editaron una obra sobre la segunda parte del tratado del *De dominio* de Alonso de Veracruz. En ella afirman que en el *Dominio* de fray Alonso de Veracruz se distinguen tres niveles o elementos perfectamente diferenciados. En primer lugar, Veracruz plantea el problema político de fondo de la década de 1540. En segundo lugar, mencionan que Veracruz hace lo mismo que hicieron Soto, Cano y Covarrubias en Alcalá y Salamanca, siguiendo el mismo esquema y paradigma de Francisco de Vitoria. Y, según la edición de C. Baciero y L. Pereña, el tercer nivel y elemento diferenciador de Alonso de Veracruz fue su mismo testimonio, personal y directo, por su propia experiencia en las Indias como misionero, como intelectual y como consejero.

conquistadores o encomenderos que enfrentaban cada día cuestiones difíciles de conciencia originadas por la apropiación de la tierra, la exacción de los tributos y el servicio personal de los indígenas. En ese sentido, Fray Alonso de Veracruz, asienta los principios que habrían de llevar un trato más justo y más humano para los indígenas del Nuevo Mundo⁸³³.

Veracruz concreta el principio divino sobre el origen del dominio. Sostiene que el dominio de una comunidad humana reside en la comunidad misma, y le da, así, una significación no trascendente, natural, antes que celestial. Aunque, más adelante, reconoce la autoridad de Dios como señor del cielo y de la tierra, el hecho de haber asentado desde el comienzo de su obra este principio dota a su escrito de una actualidad. El agustino advierte que lo más urgente era procurar el bienestar de la gente y, después, ya podría cuestionarse si sus gobernantes indios o si los españoles, ciertamente más experimentados en asuntos políticos, darían un mejor futuro a dichos pueblos. Esto se advierte en la estructura del tratado sobre el dominio, en el que trata en primer lugar cuestiones prácticas y en segundo lugar el tema sobre los justos títulos de España en las Indias⁸³⁴.

La relección consta de once partes, claramente divididas, que fray Alonso denomina *dudas o cuestiones*, al estilo escolástico, que se dividen en puntos, proposiciones y corolarios, y que se resuelven, a su vez, en varias conclusiones, que dan solución a los cuestionamientos iniciales. Como introducción trae el texto bíblico escogido como tema de la relección: *Reddite Caesaris Caesari et quae Dei sunt Deo* (Mat. XXII, 21; y la advertencia: *Ponuntur nonnulla dubia quae sese offerunt in istis*

⁸³³ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, pp. 259 y ss.

⁸³⁴ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, pp. 294 y ss.

partibus. A continuación formula el primer *dubium* y comienza su desarrollo. La obra carece también de una conclusión de todas las dudas; termina sencillamente al concluir la argumentación referente a la cuestión décima.

Duda primera: “¿Pueden los que poseen pueblos en el Nuevo Mundo sin título percibir tributos justamente o, por el contrario, están obligados a restituirlos y dejar libres a los nativos?”⁸³⁵.

Duda segunda. “¿Está obligado [el encomendero] que posee justo título a la instrucción de los nativos?”⁸³⁶.

Duda tercera. “¿Puede el encomendero, que posee justamente el dominio de un pueblo por donación regia, ocupar a su capricho las tierras del mismo, aunque sean las incultas, para prados de sus rebaños, cultivo de cereales, etc.?”⁸³⁷.

Duda cuarta. “¿Es lícito exigir a los indios tantos tributos cuantos sean capaces de poder entregar?”⁸³⁸.

Duda quinta. “¿Eran verdaderos dueños los indios y, consiguientemente, pudieron ser expoliados?”⁸³⁹.

⁸³⁵ “*Utrum illi qui habent populos in istis partibus absque titulo possint iuste tributa recipere, an teneantur ad restitutionem ipsorum et resignationem populi*”, parágrafo 3. Cfr. *ibídem*, p. 1.

⁸³⁶ “*Utrum qui iusto titulo possident teneantur ad instructionem ipsorum*”, parágrafo 47. Cfr. *ibídem*, p. 13.

⁸³⁷ “*Utrum ille qui habet dominium populi iustum per donationem regiam possit pro libitu occupare terras eorum etiam si sunt incultae vel ad pascua suorum pecorum vel colendum et colligendum frumenta?*”, parágrafo 106. Cfr. Cerezo de Diego, P., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, p. 70.

⁸³⁸ “*Utrum liceat tributa pro libitu exigere tantum quantum possunt praestare*”, parágrafo 156. Cfr. *idem*.

⁸³⁹ “*Utrum isti eran vere domini et sic utrum potuerunt spoliari*”, parágrafo 241. Cfr. *idem*.

Cuestión sexta. “¿Pueden estar los españoles moralmente tranquilos de los campos adquiridos a los indios a cualquier precio?”⁸⁴⁰.

Cuestión séptima. “¿Es el emperador el señor del mundo?”⁸⁴¹.

Cuestión octava. “Aunque el emperador no sea señor del mundo, ¿es dueño, no obstante de los bienes de sus súbditos, tanto de aquellos que son súbditos desde antiguo como de los que lo son recientemente por concesión del sumo pontífice, por la causa anteriormente dicha?”⁸⁴².

Cuestión novena. “¿Tiene el sumo pontífice la suprema potestad?”⁸⁴³.

Cuestión décima. “¿Pudo el emperador o el rey de Castilla declarar justamente la guerra a estos bárbaros?”⁸⁴⁴.

Cuestión undécima. “¿Existe alguna causa que justifique la guerra contra los habitantes de este Nuevo Mundo?”⁸⁴⁵.

Advierte el P. Prometeo que en la lista de las cuestiones se distinguen tres partes. La primera abarca hasta la sexta duda que, al parecer, comprende los temas centrales de

⁸⁴⁰ “*Utrum hispani qui emunt agros ab indis sint tuti, quocumque pretio dato?*”, parágrafo 278. Cfr. *idem*.

⁸⁴¹ “*Utrum imperatur sit dominus orbis*”, parágrafo 342. Cfr. *idem*.

⁸⁴² “*Utrum, dato imperator non sit dominus orbis, utrum sit dominus omnium rerum quae possidentur a subditis sibi, sive sit respectu illorum qui ab antiquo subditi sunt, sive illorum quae ex concessione summi pontificis subiciuntur de novo ex causa supra dicta*”, parágrafo 436. Cfr. *idem*.

⁸⁴³ “*Utrum summus pontifex habeat supremam potestatem*”, parágrafo 480. Cfr. *idem*.

⁸⁴⁴ “*Utrum imprator vel rex Castellae potuit iustum bellum indicere istis barbaris*”, parágrafo 606. Cfr. *idem*.

⁸⁴⁵ “*Utrum detur aliqua causa iustificans bellum contra huius Novi Orbis incolas?*”; parágrafo 747. Cfr. *idem*.

la *relectio*; es decir, legitimidad del dominio (soberanía y posesión), señorío de los indios, situación legal y moral de los encomenderos. Afirma que la sexta duda es el resumen de las cinco primeras. Y en las dudas séptima a la undécima se trata el tema de la guerra justa que analiza el sabio agustino en profundidad⁸⁴⁶.

Las causas injustificantes de la Conquista del Nuevo mundo que establece el P. Prometeo tras el análisis del *De dominio* de Veracruz serían: la infidelidad de los indios como causa justa para que el Papa o el Emperador puedan hacerles la guerra; la pertenencia de *iure* del Nuevo Mundo al antiguo Imperio romano; las injurias de los indios a los españoles; que los indios se hubieran opuesto a la predicación pacífica del evangelio; la negativa de los indios a recibir la fe; los pecados contra naturaleza de los indios; el estado de infantilismo y anuencia de los indios y la conquista por ordenación de Dios⁸⁴⁷.

Y, en cambio, las causas justificantes de la Conquista del Nuevo Mundo, que el P. Prometeo expone a partir de las dudas de Veracruz se refieren a: predicada suficientemente la fe a los indios, su legítimo superior podría de suyo compelerlos con la guerra para que se convirtieran; predicada suficientemente la fe a los indios, el Papa podría compelerlos para que se convirtieran; dar un príncipe cristiano a los convertidos; el régimen tiránico de los príncipes bárbaros; la antropofagia y los sacrificios humanos; las alianzas entre los españoles y algunos pueblos indígenas; la elección libre y espontánea por parte de los indios; y el derecho de comunicación, de comercio, de explotación de los minerales y de pacífica estancia⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, pp. 259 y ss.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, pp. 266 y ss.

⁸⁴⁸ *Ibidem*, pp. 307 y ss.

Pues bien, después de haber hecho un cotejo entre los títulos legítimos de Francisco de Vitoria y las causas justas de Alonso de Veracruz, concluye el P. Prometeo Cerezo de Diego de esta manera:

“Comparando brevemente las causas justificantes expuestas de Veracruz con los títulos legítimos de su maestro Vitoria, podemos observar que existe un gran paralelismo, aunque no una total coincidencia, del mismo modo que acontecía entre las causas injustificantes veracruzanas y los títulos no legítimos vitorianos. Ambos presentan ocho títulos: tres de carácter religioso y los otros cinco derivados de instituciones del derecho de gentes. Si el ius communicationis ocupaba el primer lugar de la serie de títulos legítimos, en Veracruz, por el contrario, se reserva los tres primeros puestos para las causas derivadas de los derechos de evangelización. Sin duda ello corresponde a que en la valoración axiológica de Veracruz, la dimensión religiosa y misional ocupaba un lugar prioritario por encima de las motivaciones jurídicas y económicas del resto de los títulos”.

“Las dos primeras causas de Veracruz, de carácter religioso, presentan un contenido notoriamente diferente de sus dos homólogas vitorianas, la segunda y la tercera (invertidas en el orden), y manifiesta una mayor influencia de la mentalidad teocrática en el pensamiento de Veracruz. Por el contrario, la tercera causa veracruzana: dar un príncipe cristiano a los convertidos, coincide plenamente con el cuarto título vitoriano. Las causas colocadas en cuarto y quinto lugar por Veracruz, el régimen tiránico y la antropofagia y los sacrificios humanos, coinciden con el quinto título de Vitoria, en el que el

maestro desarrolla conjuntamente ambas motivaciones. La sexta causa veracruziana, las alianzas entre españoles y algunos indígenas, encuentra también plena concordancia en el séptimo título vitoriano, y lo mismo ocurre con la séptima causa, la cual, a pesar de ser desarrollada por Veracruz a través de cinco conclusiones, encuentra una perfecta equivalencia con el sexto título de Vitoria. Finalmente la octava causa veracruziana, el ius communicationis et commercii, que también es presentado por Veracruz en cuatro conclusiones, coincide plenamente con el primer título vitoriano y las distintas proposiciones que presenta en su desarrollo Vitoria”.

“En resumen, comparando la serie de causas justificantes de Veracruz con los títulos legítimos presentados por Vitoria, comprobamos que en dos de los títulos de carácter religioso presentan matices diferentes, en otros cinco coinciden plenamente y tan sólo el octavo título vitoriano, basado en la condición personal de los indios, que Vitoria presenta como dudoso, no encuentra paralelo en la exposición de su discípulo”⁸⁴⁹.

Por tanto, para Veracruz, se justificaba y era posible la conquista del Nuevo Mundo para evangelizar a los aborígenes, su defensa y protección de los derechos humanos en virtud de la comisión pontificia, la solidaridad y colaboración natural de los pueblos.

⁸⁴⁹ CERESO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, pp. 354-355.

12.3. La Escuela escurialense de Derecho internacional

12.3.1. Su creación

Fruto de la pasión y el entusiasmo del P. Prometeo Cerezo de Diego por el Derecho internacional y una gran aportación para el Derecho internacional constituye la creación por el sabio agustino de la llamada “*Escuela escurialense de Derecho internacional*” a la que pertenecen un grupo de discípulos, en su mayoría alumnos procedentes de sus años de docencia en la Universidad “María Cristina” de El Escorial, que a lo largo de los años se han formado y especializado siguiendo las directrices de su maestro, el P. Prometeo Cerezo de Diego, en el ámbito del Derecho Internacional público y privado⁸⁵⁰.

12.3.2. Características de la escuela

Entre las características que comparte esta escuela se encuentran:

- La relación interdisciplinar, trabajando con profesores de las otras áreas de conocimiento, en seminarios, cursos y proyectos de investigación.
- La preferencia por el trabajo en grupo, compartiendo esfuerzos y resultados, y actuando en lo posible como un colectivo identificado en la comunidad universitaria.

⁸⁵⁰ A este grupo se refirió el P. Prometeo Cerezo de Diego, con ocasión del Pregón de las Fiestas Patronales de San Lorenzo de El Escorial, que pronunció en el año 2005, invitado por la Concejalía de Fiestas del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial.

- La vocación docente, con especial atención a sus alumnos de cada rama profesional, como demuestran los proyectos y actividades y publicaciones en el ámbito de la innovación docente.

- El carácter eminentemente crítico de sus investigaciones, tratando temas de enorme actualidad y muy controvertidos social y jurídicamente.

- La vocación agustiniana de servicio a la sociedad, implicándose en la gestión universitaria en diferentes responsabilidades.

- La reivindicación de su formación agustiniana y del legado escurialense, de la que se derivan todas estas características, con la guía universitaria e impagable del P. Prometeo Cerezo de Diego.

12.3.3.- Miembros destacados

A este grupo pertenecen, juristas destacados, todos ellos discentes de El Escorial y discípulos del P. Prometeo Cerezo de Diego, y todos ellos destacados especialistas en Derecho internacional público y privado:

a.- Modesto Barcia Lago

Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

El mismo P. Prometeo Cerezo, maestro de la escuela, escribió sobre él:

“Finalizada su carrera y realizado el servicio militar como oficial de la Marina, se integra en el ámbito profesional de la abogacía. Ello no le impedirá seguir dedicándose a su pasión favorita: el estudio y la lectura. Cursa además las carreras de Filosofía y Ciencias Políticas. Prepara su tesis en Derecho Internacional, pero alguna meiga, que no existen, pero haberlas haylas, celosa de tanto título, se interpondrá para que no pueda defenderla”⁸⁵¹

Por su interés en el estudio del Derecho Internacional Público, Modesto profundizó su formación jurídica sobre Comunidades Europeas en los “Cursos especiales de Planificación y Administración de Empresas” (C.E.P.A.D.E.) de la “Universidad Politécnica de Madrid”, y sobre Derecho Comunitario Europeo en la “Universidad de Alcalá de Henares”.

Con independencia de los estudios universitarios de postgrado, mantuvo actividades de actualización y ampliación de conocimientos jurídicos, con la participación en Congresos, Jornadas y Coloquios sobre diferentes materias de interés profesional; entre otros, cabe señalar el Curso sobre las Comunidades Europeas, del “Ministerio de Asuntos Exteriores”, así como su participación en el Seminario sobre Derecho Comunitario, y el Seminario de Actualización Fiscal, ambos de la “Universidad Nacional de Educación a Distancia”.

Es Doctor en Derecho por la “Universidad de Vigo” desde 2007, habiendo obtenido la calificación “cum laude”.

⁸⁵¹ CERESO DE DIEGO, P., “Modesto Barcia Lago”, en *Nueva Etapa*, 69 (2002), pp. 341-344.

Asimismo es Académico de Número de la Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación en Sesión Plenaria del 19 de junio de 2009, para cubrir la vacante 26, habiendo leído su Discurso de Ingreso acerca del tema “Jueces y Abogados. Sátira de la Justicia y de los Juristas” el 4 de noviembre de 2011.

Igualmente, ha publicado numerosos e interesantes trabajos⁸⁵².

b.- Eugenio Pérez de Francisco

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Estudios Internacionales) por la Universidad Complutense de Madrid y Doctor en Derecho Internacional Público por la misma Universidad con una tesis titulada: “*La Política Común de Transportes en la Comunidad Europea*”.

Es profesor en la Universidad de Alcalá de Henares y, anteriormente, en diversas universidades españolas (Castilla-La Mancha, Francisco de Vitoria y Nebrija), donde ha compatibilizado la enseñanza con diversos cargos de gestión, entre otros.

Director de la Asesoría Jurídica de la U. A. de Nebrija, así como en diversas universidades de Chile, Guatemala y Puerto Rico⁸⁵³.

⁸⁵² BARCIA LAGO, M., *Ius in Officio y Monarquía Constitucional Española*. Pontevedra, 2008; IDEM, *Soberanismos fraccionarios y representación política en la Constitución española de 1978*, Pontevedra 2009; IDEM, “Notas para una aproximación al Derecho matrimonial ateniense clásico”, en *Mulier. Algunas Historias e Instituciones de Derecho Romano*. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía/BRAVO BOSCH, M^a José (edit.) Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2013; IDEM, *Género y ciudadanía. Un debate actual iluminado por las estrellas de la noche griega*, Pontevedra 2014, entre otros.

⁸⁵³ Entre sus publicaciones científicas podemos destacar: *Lecciones de Derecho Humanitario Bélico* (Ministerio de Defensa) y *Manual de Derecho Militar Operativo* (Marcial Pons).

c.- José Antonio Perea Unceta.

Licenciado en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1986).
Doctor en Derecho Internacional Público con la tesis titulada: “*El régimen jurídico de acceso a los recursos pesqueros externos en los acuerdos celebrados por la Comunidad Europea*” (1993).

Es profesor Ayudante de Escuela Universitaria (1990-1995), Profesor Asociado (1995-2010) y Profesor Contratado Doctor (desde 2010) en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Colaborador habitual en diferentes periódicos, en papel y digitales, (Diario16, Analítico.es, El Confidencial, Estrella Digital, Diario Jurídico, etc.), en los que ha publicado hasta la fecha más de medio centenar de artículos sobre temas relativos a las relaciones internacionales.

Igualmente, ha publicado numerosos e interesantes trabajos en el ámbito del Derecho internacional⁸⁵⁴.

d.- Rubén Carnerero Castilla.

Licenciado en Derecho (1988) y Doctor en Derecho Internacional Público (1996), ambos por la Universidad Complutense de Madrid.

⁸⁵⁴ Coeditor de los siguientes libros: *El cine y el Derecho Internacional* (Bogotá, 2014) y *Open Intervoc. Glosario español-inglés de Derecho Internacional* (Madrid, 2017); y coautor, en las dos últimas ediciones (Madrid, 2015 y 2016) del *Manual de Derecho Internacional Público*, dirigido por la profesora Ana Gemma López Martín.

Profesor contratado de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en el Departamento de Derecho Internacional, Derecho Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Director de la Escuela Complutense de Verano sobre Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Secretario Adjunto del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI). Secretario del Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro Honorífico del Centro Iberoamericano de Estudios Jurídicos y Políticos.

Ha publicado textos de gran importancia en el ámbito del Derecho internacional⁸⁵⁵.

e.- María José Lunas Díaz.

Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1995) y Doctora en Derecho internacional público por la misma Universidad con una tesis doctoral titulada: “*Protección del usuario de servicios bancarios en el tráfico internacional*” por la que obtuvo un apto cum laude por unanimidad y mención especial de Doctorado europeo. Asimismo dicha tesis obtuvo el premio del IHLADI.

⁸⁵⁵ Coautor del manual *Derecho Internacional Público* (4 eds.) y de la recopilación normativa *Textos de Derecho Internacional Público*. Sus principales campos de especialización han sido el Derecho internacional del mar (autor de la monografía *El régimen jurídico de la navegación por la zona económica exclusiva*), las inmunidades internacionales (autor de la monografía *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*), el Derecho internacional penal y el Derecho internacional de los derechos humanos (autor de aportaciones sobre ambas materias en el manual *Derecho internacional de los derechos humanos*, ediciones española y mexicana).

Profesora de Derecho internacional privado en la Universidad Antonio de Nebrija, Universidad Europea de Madrid y, desde el año 2007, en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE).

Directora del área internacional y de formación de AUSBANC, donde también fue Subdirectora de sus Servicios Jurídicos, Secretaria General Técnica y Letrada adjunta al Presidente. Ha sido igualmente colaboradora en varios proyectos de la Unión Europea y ha sido invitada como investigadora y como ponente en numerosos congresos y universidades extranjeras en países como Alemania, Suiza, Bélgica, Francia, Argentina, México, Brasil, Colombia, Venezuela, Portugal, Luxemburgo, Bulgaria, Uruguay, etc.

También ha participado en el programa de formación del Derecho inglés y escocés promovido por la European Lawyers Association, de la que es actualmente miembro activo, habiendo incluso desarrollado su trabajo para la Oficina del Solicitor para el Abogado General de U.K. para Escocia (Edimburgo, Reino Unido). Dirige el Estudio Jurídico Internacional Lunas y Asociados. Es también miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional.

Ha publicado números e interesantes trabajos en el ámbito del Derecho internacional en Revistas científicas especializadas⁸⁵⁶.

⁸⁵⁶ Vid, entre otros, LUNAS DÍAZ, M. J., “El principio de primacía comunitario y el derecho Internacional Privado” en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 2, 4 (1998), pp., 473-500; IDEM, “La proyección de los fines de la Segunda Directiva bancaria a través de los conceptos de entidad de crédito y fondos reembolsables: (Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 1999)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (1999), pp. 1846-1850; IDEM, “El efecto directo horizontal de las directivas y la responsabilidad del Estado por violación del

f.- Clara Isabel Cordero Álvarez.

Licenciada en Derecho y Doctora en Derecho internacional con mención europea por la Universidad Complutense de Madrid (cum laude por unanimidad) y primer premio de doctorado (2013) con una tesis titulada “La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional”⁸⁵⁷.

Es profesora Contratada Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid (*Senior lecturer of Private International Law*).

Ha publicado una veintena de estudios sobre temas relacionados con el Derecho internacional⁸⁵⁸.

derecho comunitario en un supuesto crédito al consumo: (a propósito de la STJCE de 7 de marzo de 1996)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1 (1997), pp., 1939-1942; IDEM, “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación: especial referencia a las normas de aplicación extraterritorial”, en *Derecho de los negocios*, Año nº 9, 99 (1998), pp. 1-14.

⁸⁵⁷ CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *La protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, Tesis doctoral dirigida por Pedro Alberto de Miguel Asensio. Universidad Complutense de Madrid (2012).

⁸⁵⁸ Vid, entre otros, CORDERO ÁLVAREZ, C. I., “Adopción en Europa y efectos de la "Kafâla" en el marco del convenio europeo de derechos humanos”, en *Anuario español de derecho internacional privado*, 12 (2012), pp. 455-489; ID., “El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional”, en *Anuario jurídico y económico escurialense*, 40 (2007), pp. 141-180; IDEM, “El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual de patente y marcas, en materia de salud pública, a la luz de la OMC y la UE: especial referencia a la Jurisprudencia del TJCE sobre el reenvasado”, en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 4 (2006); IDEM, “Los moot courts como TFG en Derecho Internacional Privado: resolución judicial de litigios transfronterizos en materia de Derecho de Familia”, en *Evaluación de la Calidad de la Investigación y de la Educación Superior: Libro de resúmenes XIV FECIES*, Tamara Ramiro Sánchez (comp.), María Teresa Ramiro Sánchez (comp.), María Paz Bermúdez Sánchez (comp.), Madrid 2017.

TOMA DE POSTURA

Para entender el alcance doctrinal y el contexto del pensamiento jurídico y teológico de su tiempo, los estudios publicados a propósito de Alonso de Veracruz más indicados son, precisamente, los que ha hecho a lo largo de su fecunda y dilatada vida el P. Prometeo Cerezo de Diego, que ha dedicado al tema, además de la que fue su tesis doctoral, ampliamente citada y analizada en nuestra tesis, importantes monografías debidamente citadas en las bibliografías que hemos manejado por su excelencia doctrinal, y que también hemos referido a lo largo de nuestro estudio.

Sin desmerecer el esfuerzo que implica el estudio del tratado *De dominio infidelium et iusto bello* de Alonso de Veracruz, el trabajo del P. Prometeo sobresale a los publicados sobre la materia por autores como José Antonio Almandoz Garmendia⁸⁵⁹, Silvio Zavala⁸⁶⁰, Antonio Gómez Robledo⁸⁶¹, Mauricio Beuchot⁸⁶², Luciano Pereña⁸⁶³, porque nuestro sabio agustino no sólo realiza una cabal introducción sobre la vida y la obra de Fray Alonso de Veracruz, sino que permite situar el marco jurídico de la Conquista de América, conocer las diferencias entre Alonso de Veracruz y su maestro, Francisco de Vitoria, así como una minuciosa investigación de las causas, justificantes e injustificantes, de la Conquista⁸⁶⁴.

⁸⁵⁹ ALMANDOZ GARMENDIA, J. A., *Fray Alonso de la Veracruz OSAE y la encomienda indiana en la historia eclesiástica novohispana, 1522-1556*, I, Madrid 1971.

⁸⁶⁰ ZAVALA, S., *Fray Alonso de la Veracruz, primer maestro de derecho agrario en la incipiente Universidad de México (1553-1555)*, México 1981.

⁸⁶¹ GÓMEZ ROBLEDOS, A., *El magisterio filosófico y jurídico de Alonso de la Veracruz*, México 1984. Contiene una antología de textos.

⁸⁶² BEUCHOT M., *Antología de Fray Alonso de la Veracruz*, Morelia 1988.

⁸⁶³ PEREÑA, L., *Carta Magna de los indios. Fuentes Constitucionales, 1534-1609*, Madrid, 1988.

⁸⁶⁴ Así lo apunta otro prestigioso y destacado compañero de hábito agustino, el P. Francisco Javier Campos y Fernández de Sevilla, quien señala que los abundantes estudios del P. Prometeo Cerezo de Diego son punto de referencia en la bibliografía veracruziana. Para un examen completo sobre la biografía veracruziana, vid. CAMPOS, J., "Bibliografía de y sobre fray Alonso de Veracruz, OSA", en

La importancia, hoy en día, de la visión de Alonso de Veracruz expuesta de manera tan clara por el P. Prometeo incide sobre problemas actuales. La realidad de los conflictos étnicos y culturales en América latina y las demandas indígenas en la actualidad guarda una cierta similitud con las conclusiones a las que llegaron los teólogos de Salamanca, y en especial Veracruz, tan magníficamente expuesta por el P. Prometeo, lo que, a nuestros ojos, da vida nuevamente a las obras de los escolásticos del siglo XVI porque la polémica sobre la justicia entre indios y no indios sigue presente en las comunidades latinoamericanas y en numerosos conflictos enunciados hace casi quinientos años por los estudiosos de la Escuela de Salamanca.

Este tema de la justicia en la Conquista de América y los derechos, valores y principios que demandaron los teólogos para los indígenas, que ha apuntado el P. Prometeo en sus numerosos estudios y conferencias, es tan de actualidad que su importancia se ha visto culminada recientemente en una tesis doctoral⁸⁶⁵. En ella se expone el modo en que aquellos principios expuestos en la obra de Veracruz quien, fundado en el conocimiento y sabiduría de las culturas americanas, hizo una valoración de las mismas y reconoció la legítima propiedad de los indios sobre sus tierras, abogando por las ideas sobre libertad, igualdad y justicia que nacen tras la Conquista, y que no quedan en meros pronunciamientos de carácter utópico.

VELASCO GÓMEZ, A., (coord.), *Fray Alonso de la Veracruz: universitario, humanista, científico y republicano*”, México 2009, pp. 307-357.

⁸⁶⁵ Vid LÓPEZ LOMELÍ, C., *La polémica de la Justicia en la Conquista de América*, Madrid 2002. Trabajo presentado como memoria para optar al grado de Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. La tesis consiste en un estudio histórico-jurídico de la Conquista de América, concretamente en el análisis de los debates que realizaron los teólogos-juristas de la Escuela de Salamanca durante el periodo comprendido entre 1511, cuando Fray Antonio de Montesinos denuncia por primera vez en América las injusticias cometidas contra los indios; y 1555, cuando Fray Alonso de Veracruz escribe su tratado *De dominio infidelium et iusto bello*.

Y es que el tratado sobre el *De dominio* de fray Alonso de Veracruz, que tan concienzudamente analizó el P. Prometeo, es la culminación del proceso de crítica y maduración ideológica a la Conquista de América, pues materializa los postulados enunciados por los maestros de la Escuela de Salamanca y los aplica a la realidad americana con detalle y objetividad.

CONCLUSIONES

Primera conclusión. Sobre los Estudios Superiores de El Escorial.

El 20 de diciembre del año 1892, los agustinos tras siete años de estancia en el Monasterio de El Escorial, del que se hicieron cargo el 1 de julio de 1885, y con la aprobación y protección de la Reina regente Doña María Cristina de Habsburgo Lorena, pusieron en marcha en el edificio llamado de *La Compañía*, que había sido un antiguo almacén y hospedería de los monjes jerónimos, los Estudios Superiores del Escorial tomando el nombre de la Reina regente María Cristina de Habsburgo Lorena por ser la que impulsó y patrocinó la fundación, pasando a llamarse Real Colegio Universitario “*Escorial-María Cristina*”.

Mediante Reglamento del año 1892, se facultó al centro universitario para impartir, entre otras, las asignaturas correspondientes a la Facultad de Derecho hasta la licenciatura universitaria, ejercer la laboriosidad científica y practicar las virtudes cristianas que establecía la Reina fundadora como garantía de acierto en los profesores universitarios.

Los años previos al nacimiento de los Estudios Superiores del Escorial fueron años en los que soplaban los vientos regeneracionistas del proyecto liberal de la “*Restauración*” de 1875 que surgió en España después de más de sesenta años de pronunciamientos anticonstitucionales y actitudes contrarias a cualquier modo estable de convivencia ciudadana, proyecto para el que era necesario conciliar grupos rivales y tener mucha fe.

Aunque en el Proyecto de Bases de 1892 entre la Intendencia de la Real Casa y los Agustinos se admitía la posibilidad de impartir programas oficiales de la Facultad de Derecho, Facultad de Filosofía y Letras y Preparatorios para Academias Militares, de Medicina y Farmacia, e inicialmente aquellos se llevaron a cabo, fue la carrera de Derecho la que, desde el comienzo, tuvo una dedicación especial, habiendo sido la única Facultad que ha resistido el paso de los años y las vicisitudes de la historia dejando una larga lista de juristas y políticos que han pasado por sus aulas, bien en la discencia o la docencia.

En un principio, se trataba de estudios universitarios de carácter privado, de modo que los estudiantes debían examinarse en la Universidad estatal para que sus estudios pudieran tener validez académica oficial, pero el prestigio de sus profesores, la formación alcanzada por los alumnos y el talante agustiniano de la institución, de signo humanístico y liberal, pronto hicieron del Centro un lugar de gran fama en los medios públicos, políticos e intelectuales.

Con la firma de dos convenios con la Universidad Complutense (de fecha 15 de diciembre de 1987 y 29 de julio de 1992) los Estudios Superiores de El Escorial se transformaron en un Centro de Enseñanza Superior adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, lo que supuso la autorización para impartir las enseñanzas correspondientes al primero y segundo ciclo de la Licenciatura de las facultades de Derecho y de Administración y Dirección de Empresas.

Los Estudios Superiores de El Escorial tienen un pasado en la enseñanza del Derecho basado en el humanismo cristiano de San Agustín y la promoción de valores

culturales con la edición de revistas de prestigio como el *Anuario Jurídico y Económico escurialense* y *Nueva Etapa*. Se trata de un pasado de prestigio, de tradición, de formación y el pasado es historia, y la historia no se puede negar ni remplazar a cualquier precio porque se deja de tener futuro.

Por sus aulas salieran alumnos destacados en diferentes ramas del saber y de la política. Y es que los Estudios Superiores del Escorial han dado a España en el campo del Derecho hombres eminentes formados en sus aulas. Aquí las listas son interminables. Por citar a los más destacados señalaré a Manuel Azaña, Manuel Argüelles, Alejandro Arizcun (Notario), Gabriel Pastor-Díaz Galcerán (abogado y secretario de S.A.R. don Fernando), José España Serra (conde de España), José Yanguas Messía (Vizconde de Santa Clara de Avedillo), Rafael Sánchez Mazas, Dámaso Alonso, Dionisio Ridruejo, Moreno Torroba, Sánchez Tejerina, Eduardo Aunós, Alberto Alcocer, Juan Ignacio Luca de Tena, Fernández Montes, Julián Zuazo, Román Escotado, entre otros muchos situados en el Poder judicial, la política, la abogacía, la empresa, la Administración pública, etc.

Y en el campo docente, desde los agustinos abrieron las puertas de los Estudios Superiores del Escorial para impartir la docencia jurídica merecen destacarse para la Historia del Derecho el nombre de cinco agustinos juristas, cuyos trabajos realizados en el silencio del monacato han supuesto una importante aportación a la ciencia jurídica española por la solvencia técnica y valor de sus obras.

Segunda conclusión. Sobre la aportación del P. Jerónimo Montes Luengos (1865-1932) al Derecho penal.

El P. Jerónimo Montes destacó como un penalista humano y su actitud y pensamiento podríamos calificarlo de *cientifismo prudente*, apartándose de los excesos de la escuela positivista sobre la peligrosidad sin delito. En su obra lo que late fundamentalmente es la influencia de los grandes maestros teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII, que estudió en profundidad, y que pretendían buscar una explicación al delito dentro de una concepción ética y antropológica. Es por ello, que el P. Montes se interesó más por el aspecto humano y no cientifista ni positivo del Derecho penal.

La primera gran aportación del P. Montes al Derecho penal fue un estudio breve titulado: *Los principios generales del Derecho penal según los escritores del siglo XVI*, que fue su tesis doctoral, en la cual recopiló los principios generales en los cuales se sustenta el Derecho penal según nuestros antiguos tratadistas del siglo XVI, a los que considera iniciadores de la ciencia del Derecho penal. La tesis fundamental de esta aportación es que la moral es la base de todas las cuestiones acerca de los delitos y las penas. Dicha tesis convierte al P. Montes en el primer penalista español que realizó un estudio serio de los orígenes del Derecho penal estableciendo los principios generales de esta ciencia jurídica a partir de la aportación de los teólogos del siglo XVI lo que le permitió cuestionar la celebridad de Beccaria y la atribución a éste de la paternidad intelectual de la Ciencia del Derecho penal, al señalar, desde una clara perspectiva escolástica, abundante de críticas hacia las letras ilustradas, la anticipación de determinados pensadores patrios.

La segunda gran aportación doctrinal del P. Montes al Derecho penal es su excelente tratado de Derecho penal titulado: *Derecho penal español*, una obra ejemplar en el ámbito del Derecho penal pues llegó a convertirse en el más importante tratado de esta materia de la época, alcanzando la más alta consideración que había en España en un momento en el que se lamentaba en España la escasez de tratados doctrinales de Derecho penal.

La primera edición del tratado del P. Montes se agotó inmediatamente de modo que el autor publicó en el año 1929 una segunda edición en la que corrigió notablemente a la anterior, mejoró la sistemática de la obra, manteniendo inalterables los principios de justicia y de moral que el P. Montes consideraba piedras angulares de un verdadero Derecho Penal, y aprovechó para incorporar las novedades introducidas por el entonces reciente Código de Derecho Penal de 1928.

El tratado recoge las convicciones penales profundas del P. Montes asentadas sobre los principios de la Teología Moral y de la Filosofía cristiana como la libertad humana, la imputabilidad y la responsabilidad moral e incorpora las doctrinas, las opiniones, los sistemas penales, de forma crítica, así como nuestras tradiciones auténticas que el P. Montes conocía bien, pues no hay que olvidar que supo leer y gustar las obras clásicas de los grandes maestros del pasado, a los que conocía y amaba por su patriotismo, pues fue un gran defensor de lo que era puramente español, y de los que tomó su sabiduría a la hora de exponer los principios, las reglas, los contenidos y las definiciones del Derecho penal.

Fundamentalmente, el P. Montes sostuvo que la razón del derecho de castigar se encuentra en la tutela jurídica rechazando, por lo tanto, aquellas doctrinas utilitarias que parten de la consideración de la justicia como una idea ajena al fin supremo del bien común. Es, por este motivo, por el que se opuso a los positivistas que tratan de defender a la sociedad del delincuente al que consideran como un animal peligroso con el que se puedan emplear cualesquiera medios de investigación.

Otra de las grandes tesis del P. Montes fue la defensa del libre albedrío como base de la imputabilidad; la concepción de la pena como expiación que ha de cumplir una función retributiva; abordó los problemas, que son tan actuales, como la delincuencia de los menores o las medidas de seguridad; cuestionó la sentencia indeterminada; aceptó las novedades, siempre que estén basadas en la justicia y la conveniencia social, por lo que rechazó lo inmoral, injusto y perjudicial; y abordó los problemas que plantea la Antropología criminal y la Sociología criminal.

Por último, es habitual encontrar en las obras de algunos penalistas, juristas e historiadores la afirmación de que los orígenes de la ciencia penal en España se sitúan en la etapa de la Ilustración y, concretamente, a partir de la obra de Cesare Beccaria (1738-1794), apoyando 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 como consecuencia de la obra publicada por éste titulada *De los delitos y las penas*.

Sin embargo, fue el P. Jerónimo Montes quien, ya en 1902, desmintió por primera vez en nuestra Ciencia jurídica ese mito falso del origen italiano del Derecho

penal afirmando que ni el Marqués de Beccaria ni Italia crearon el Derecho penal, y situó su origen en etapas anteriores, en las obras de los juristas y teólogos de los siglos XVI y XVII, que fueron quienes contribuyeron con sus interpretaciones a configurar la ciencia penal siendo los precusores del Derecho penal.

Según el P. Montes, España, y no Italia, habría sido la cuna del Derecho penal científico a través de los significativos trabajos realizados por teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII en los que se combinan los argumentos teológicos y jurídicos, y en los que la delimitación entre el Derecho y la obligación religiosa, entre Estado e Iglesia, no aparece claramente delimitada, pero cuyo influjo en el ciencia del Derecho penal posterior fue determinante.

Este original e importantísimo estudio del P. Montes, que ha pasado desapercibido para los grandes penalistas e historiadores del Derecho penal que han venido situando el origen de la ciencia jurídico penal a mediados del siglo XVIII, ya fue apuntado en su tesis doctoral *Principios del derecho penal en los escritores del siglo XVI*. (1902) y, posteriormente, y con mayor fundamentación, en su magna obra titulada *Precusores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, que se sitúa en el campo de la Ciencia del Derecho penal, tanto en su versión expositiva como crítica del ordenamiento penal vigente en la época de su estudio, en este caso el correspondiente a la Edad Moderna y, dentro de ella a los siglos XVI y XVII, y circunscrito al ámbito de la jurisdicción ordinaria.

También el P. Montes vuelve a sorprendernos con una gran aportación al Derecho penal con sus ideas sobre el derecho al indulto. Tras haber defendido la pena

de muerte, el P. Montes realizó un estudio meticuloso, que es la primera y mayor defensa del derecho al indulto, en unos momentos en los que se cuestionaba con dureza dicha institución, pues el pueblo seguía viendo con agrado la ejecución pública de la pena de muerte.

El P. Montes, haciéndose eco de cierto descontento y del cambio más amplio que se operaba en la sensibilidad hacia los propios delincuentes y las clases bajas en general de una postura contraria a la pena de muerte y al sufrimiento dictados por una voluntad humana, mostró de manera valiente y arriesgada su firme e inequívoco testimonio a favor del indulto en su obra titulada: *La pena de muerte y el derecho de indulto*, publicada en 1897, que es pionera en la Ciencia jurídica penal española, consciente de que, del mismo modo que la sociedad tiene el derecho de imponer penas a los infractores, tiene el poder de perdonarles.

Aunque actualmente el debate sobre el derecho de indulto está abierto, y sin desmerecer ningún posicionamiento, el estudio del P. Montes tiene el mérito de señalar que las leyes de la razón admiten el perdón del corazón; que el propósito de un Estado, con independencia de su confesionalidad, debe ser la reconciliación del individuo y la sociedad en la que dicho ciudadano ha delinquido; y que lo pedagógico y cristiano es enseñar a perdonar.

Tercera conclusión. Sobre la aportación del P. José López Ortiz (1898-1992) a la Historia del Derecho español

Los estudios realizados por el P. López Ortiz sobre el Derecho musulmán no son un sencillo estudio, sino una obra de Historia del derecho sólidamente construida con el rigor técnico que caracterizó todas sus publicaciones, y de fácil y ágil lectura, a pesar de los frecuentes arabismos y neologismos que en la misma se dan cita, y que ocupa, desde su aparición, un lugar privilegiado en los estudios de historiografía jurídica española referentes al análisis del Derecho musulmán.

Cuando en el año 1930, el P. López Ortiz defendió su novedosa tesis doctoral titulada: “*La recepción de la escuela malequí en España*”, fijó la postura de los alfaquíes españoles en las contiendas jurídicas musulmanas y la repercusión de éstas en el ámbito concreto del Islam español incidiendo en aquel planteamiento y, lo que es más importante, comenzó a sopesar la elaboración de un estudio profundo del Derecho musulmán, completamente original y novedoso en la Historia del Derecho español que llevó a cabo mediante su famoso tratado “*Derecho musulmán*”.

Que el tratado de *Derecho musulmán* del P. López Ortiz es una obra nueva, original, necesaria, y diferente a cualquier otro estudio de Historia jurídica, y que constituye una importante aportación a la Ciencia jurídica se explica, no sólo por la profundización que el P. López Ortiz realizó sobre esta materia poniendo en práctica sus estudios y su orientación sobre la misma, sino porque amplía con él la exposición de la Historia del Derecho español, no meramente reducida al estudio normativo de periodos concretos de nuestra historia, sino también a los de aquellos pueblos que impusieron su

propia doctrina legal, hecho del que hasta el P. López Ortiz nadie en España se había ocupado.

El P. López Ortiz ya había profundizado en el contenido. Ya conocía los aspectos sociales y económicos de la sociedad andalusí mediante el estudio de los formularios notariales y la importancia de la recepción que la escuela malekí tuvo en la España musulmana, pero el P. López Ortiz no se detuvo en haber hallado un filón en la Historia del Derecho español, sino que se centró en ampliar la exposición de los contenidos hallados.

El esfuerzo que suponía recopilar los aspectos materiales y orgánicos del Derecho musulmán parecía imposible, pero no irrealizable para el P. López Ortiz, trabajador incansable, quien no cedió al desasosiego en la lucha por centrarse en la investigación de una materia hasta entonces desconocida por no haber sido estudiada. Y es que el P. López Ortiz desconocía el desaliento a pesar de que las dificultades que era necesario vencer, y que no eran insignificantes, pues su trabajo suponía no sólo conocer la lengua árabe, sino extraer los contenidos de una materia antigua y desconocida y abrir una brecha nueva en la Historia jurídica española.

El tratado de *Derecho musulmán* del P. López Ortiz supone un nuevo concepto en la Historia del derecho. La historia del Derecho, entendida como una historia de los sistemas jurídicos, o identificada con sus conceptos jurídicos a lo largo de los años, fue ampliada por el P. López Ortiz desde un amplio planteamiento de la disciplina que supera la antítesis entre Historia y Derecho. No se detiene en una posición historicista ni dogmática referida al conjunto de realidades propias de una sociedad que el derecho

regula, sino que, al contrario, el P. López Ortiz, amplía la disciplina, el horizonte, el concepto mismo de la Historia del Derecho español, que no se reduce a la norma exclusivamente aplicada y dada en España, sino a todo aquello que en nuestra evolución histórica ha formado parte de nuestra sociedad, ha pertenecido a su raíz, a sus entrañas mismas, por mucho que este estudio diste de los fundamentos y planteamientos que sobre la Historia jurídica existían.

Cuarta conclusión. Sobre la aportación del P. Gabriel del Estal (1917-2008) al Derecho político

El pensamiento del sabio agustino que marcó su trayectoria intelectual giraba en torno a tres ejes, tres vuelos decimos en nuestra tesis: el humanismo agustiniano, como rasgo de fe y humanidad del autor; la piedra escurialense, como base de su autenticidad en la obra y en la propia vida; y la realidad social y política de su tiempo, en la que vive y desarrolla su pensamiento, como elemento circunstancial en el que elabora su obra.

El P. Gabriel del Estal dejó una importante aportación al Derecho político expresada en sus casi 400 publicaciones. Lo que él hizo propiamente en este campo, no responde a una línea sistemática, pues era un hombre de amplios saberes, pero sus estudios deben ser tenidos en cuenta a la hora de conocer el panorama social y político español durante el cual se gestó su obra a golpe de tesón con reflexiones pausadas, cortas, como le gustaba a él, pues era hombre de frase sentenciosa, pero cargada de contenido. Y fueron varios los aspectos políticos que abordó:

1. La realidad del Derecho político
2. El derecho a la vida, la institución familiar y el problema de la educación
3. La Monarquía: el Rey, sagrado e inviolable
4. El Cristianismo frente al Marxismo
5. La idea de la Justicia

El P. Gabriel del Estal situó, en primer lugar, la cuestión social como ámbito al que pertenece la política. Con la política nos encontramos en la vida ordinaria, en la vida cotidiana, porque forma parte de la necesidad de una sociedad de constituirse como

grupo humano. Por eso, es esencial la determinación, *prima facie*, de las ciencias sociales como la rama de la ciencia relacionada con la sociedad y los comportamientos humanos.

En segundo término, para el P. Gabriel del Estal el tema de la familia planteaba problemas fundamentales de política social. La familia es un espacio común de crecimiento personal y de distribución de bienes, que fomenta el bienestar, las oportunidades personales y las seguridades básicas que afectan a niños y mujeres. Y esta es una cuestión política que el Estado debe vigilar frente a una concepción incorrecta de las relaciones entre lo propiamente político y lo privado, que dio lugar a modernos debates sobre quienes tienen derecho a ser miembros de una familia como padres o madres, y las responsabilidades y obligaciones derivadas de estos roles.

Un tercer elemento en el estudio del P. del Estal fue la figura del Rey. Defender en aquellos momentos la figura del Rey, tal y como lo hizo el sabio agustino suponía una auténtica valentía. Eran tiempos difíciles para la oratoria jurídica y menos de un sacerdote, pero el P. del Estal supo darse cuenta rápidamente de la importancia que la institución de la Monarquía iba a representar en nuestro Derecho constitucional español y se apresuró a ser un firme defensor de la misma.

Preocupado por la misión de la Iglesia en el fin de siglo ante el reto del marxismo y la necesidad de establecer la confesionalidad cristiana como religión oficial del Estado español, el P. Gabriel del Estal expresó un cuarto tema de preocupación tanto por el carácter universitario y educativo de ésta, como por la necesidad de unidad en la Iglesia, y cuya preocupación parte de una conciencia ecuménica y de la necesidad

de la restauración de la unidad de los cristianos, es decir, la unidad de las distintas confesiones religiosas cristianas históricas, separadas desde los grandes cismas por cuestiones de doctrina, de historia, de tradición o de práctica como mecanismo para hacer frente a las tendencias desintegradoras del hombre moderno.

Y, finalmente, se valió el P. Gabriel del Estal de la conocida tragedia de Esquilo *La Orestíada* para extraer materiales para el estudio del Derecho y la evolución del concepto de Justicia: desde la justicia de sangre a la justicia de la razón. La tragedia le ofreció, sin duda, al gran jurista agustino, un gran número de temas sugestivos de donde extrajo una valiosa investigación jurídica. Para el P. Gabriel del Estal, la *Orestíada* representa la humanización del Derecho, con el tránsito de la Ley Talión a la polis.

Quinta conclusión. Sobre la aportación del P. Avelino Folgado Fernández (1917-2013) al Derecho civil español

Aunque el P. Avelino no fue un autor prolífico (apenas media docena de trabajos jurídicos forman su haber intelectual), sin embargo los estudios que realizó, en especial en el ámbito del Derecho subjetivo, merecen ser tenidos en consideración en el ámbito del Derecho, por lo que suponen de aportación a la Ciencia jurídica civil española.

En estos trabajos situó el origen del concepto de derecho subjetivo en la controversia sobre la pobreza franciscana, y desarrolló la labor que hicieron los primeros representantes de la teología española del Siglo de oro para unir la Escolástica del siglo XIII con el Humanismo renacentista del siglo XVI, evitando repetir sin más sus especulaciones teóricas, para proyectarse a la realidad y dar una adecuada respuesta a los nuevos problemas que planteaban las nuevas circunstancias.

El P. Avelino Folgado descubrió en sus investigaciones que lo que Guillermo de Occam establecía para poder resolver la controversia franciscana sobre la pobreza era una distinción entre *ius fori* e *ius poli*, expresiones agustinianas que Occam empleará como sinónimas, respectivamente, de Derecho positivo-humano y de Derecho natural-racional.

Hasta épocas anteriores al siglo XVII no existía propiamente una teoría sistemática de los derechos subjetivos. La primacía casi absoluta del derecho objetivo sobre el derecho subjetivo tenía razón de ser ideológica en los períodos anteriores al siglo XVIII, pues había un interés en mantener la especulación jurídica como base del

orden establecido. La vida política, la jurídica, e incluso la vida religiosa giraban en torno al concepto de orden. Para mantener ese orden social concreto se había elaborado una categoría filosófica, e incluso teológica, como era la del orden cósmico u orden natural. Lo importante era, pues, esa realidad objetiva del orden y no el sujeto, la persona o el individuo.

El iusnaturalismo escolástico expresó bien este hecho ideológico. Para esta concepción, el derecho no sería sino la expresión normativa en fórmula de deber-ser, de una determinada orden, de una determinada relación objetiva que, en última instancia estaba creada por una Ley eterna de Dios, que se realizaba en cada criatura, o por la decisión de quien tenía a su cuidado el gobierno de una comunidad de personas. Si en todo ello existía algo de derecho subjetivo, es decir, de exigencia del sujeto frente a los demás o frente al poder político, no era sino el reducto de lo posible, de lo permitido por la ley, porque lo importante era la ley que contenía un orden.

Este planteamiento cambió sustancialmente cuando el individualismo de la Modernidad alcanzó su cima máxima. Entonces, se elaboró una auténtica teoría del derecho subjetivo. El derecho subjetivo se ha configurado, de este modo, como la facultad o facultades de un sujeto reconocidas y protegidas por la ley. Desde esta perspectiva, el derecho subjetivo adquiere su sentido por el derecho objetivo. Dicho planteamiento sobre el derecho subjetivo es, en la teoría y en la práctica el dominante en la actualidad. Pero que las cosas estén así, es decir, que se haya formado un concepto dominante en la actualidad acerca del derecho subjetivo ha debido tener un origen en algún momento de nuestra historia en algún hecho o acontecimiento que haya permitido

a los juristas aceptar dicho planteamiento y desarrollarlo. Y haber descubierto este origen es la aportación fundamental al Derecho civil del P. Avelino Folgado.

Sexta conclusión. Sobre la aportación del P. Prometeo Cerezo de Diego (1938) al Derecho Internacional público

Desde la publicación de sus primeros trabajos dedicados a Bártolo de Sassoferrato, considerado como el jurista más influyente de todos los siglos y máximo artífice de lo que es el Derecho Privado Común que, junto al Derecho canónico, forman el *utrumque ius*, pilar clave de la cultura jurídica europea, el P. Prometeo Cerezo de Diego dejó claro desde el principio de su vida jurídica que su trayectoria intelectual iba a estar encaminada hacia el Derecho Internacional Público y, en particular, hacia los problemas derivados de la Conquista de América que culminaron en su obra más importante titulada: *Alonso de Veracruz y el derecho de gentes*, tesis doctoral galardonada con el Premio internacional “Luis García Arias” del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, en la que expuso la postura de Alonso de Veracruz sobre la Conquista de América.

A partir de ese trabajo, de gran calado científico, el P. Prometeo publicó con regularidad numerosos estudios, centrados todos en la figura de Veracruz, con quien comparte ser alcarreño, el hábito de agustino y la pasión por el Derecho de gentes, y en los cuales, desde diferentes perspectivas, abordó estudios sobre la figura del misionero y evangelizador agustino y el importante papel desempeñado por aquel en la Conquista de América.

El Tratado de Veracruz, según el P. Prometeo, conjuga dos importantes factores: la presencia del mismo en el lugar de los acontecimientos; y los conocimientos necesarios para emitir opiniones serias y responsables sobre la Conquista. Señala, por

esto, el P. Prometeo la trascendencia del tratado de preparar sobre firmes principios teológicos a los futuros consultores o confesores de aquellos conquistadores o encomenderos que enfrentaban cada día cuestiones difíciles de conciencia originadas por la apropiación de la tierra, la exacción de los tributos y el servicio personal de los indígenas. En ese sentido, Fray Alonso de Veracruz, asienta los principios que habrían de llevar un trato más justo y más humano para los indígenas del Nuevo Mundo.

No menos importante para el Derecho Internacional ha sido, fruto de la pasión y el entusiasmo del P. Prometeo Cerezo de Diego por el Derecho internacional la creación de la llamada “*Escuela escurialense de Derecho internacional*” a la que pertenecen un grupo de discípulos, en su mayoría alumnos procedentes de sus años de docencia en los Estudios Superiores de El Escorial, que a lo largo de los años se han formado y especializado siguiendo las directrices de su maestro, el P. Prometeo Cerezo de Diego, en el ámbito del Derecho Internacional público y privado.

Igualmente merece destacarse la labor que como Secretario General del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional desde el año 1989 ha realizado el P. Prometeo Cerezo, organizando Congresos que han contribuido al enriquecimiento del Derecho internacional y constituyen una aportación de relevante peso.

Asimismo, el P. Prometeo Cerezo de Diego, fue Director del Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional publicando una serie de volúmenes, a través de los cuales promovió la difusión y el conocimiento del Derecho internacional.

Séptima conclusión. Sobre la importancia de estas aportaciones

La ciencia jurídica se nutre con la reflexión acerca de aquellos problemas que afectan a las distintas ramas del Derecho. En esta tesis hemos querido exponer las diferentes aportaciones realizadas a la misma por aquellos agustinos juristas de El Escorial que dedicaron su vida y su saber al enriquecimiento del Derecho, ofreciendo en cada capítulo las razones que permiten afirmar su importancia, rescatando del olvido los nombres y las obras que permiten avanzar en el conocimiento del Derecho desde el trabajo reflexivo y crítico sobre los materiales estudiados, pensando que nuestro posicionamiento tiene como eje central la recuperación de obras valiosas para la ciencia jurídica y la injusta reparación de nombres olvidados a través de una revisión bibliográfica del papel transcendental que dichos autores agustinos y sus obras tienen en la ciencia jurídica y su importancia para construir nuevos cimientos sobre los contenidos y las aportaciones ya realizadas.

Hay en las obras de estos sabios agustinos, insignes juristas de El Escorial, muchas reflexiones jurídicas, mucho material técnico, muchas ideas y pensamientos de contenido académico. No son obras improvisadas ni de principiantes, sino textos que merecen el reconocimiento que no consiguieron. Hace muchos años que fueron escritas, pero su contenido constituye una base firme y sólida que debe tenerse en cuenta en la Ciencia jurídica española. Léanse cualquiera de las obras que aquí hemos examinado donde los autores exponen sus estudios, las investigaciones que llevaron a cabo con esfuerzo, con tesón, con pasión, y se comprenderá porqué el nombre de estos agustinos juristas de El Escorial, porqué sus obras, han de sobrevivir al injusto olvido en el que ahora permanecen.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, J. L., *Historia crítica del pensamiento español*, Madrid 1988.
- ABDELKARIM, G., “Reflexión en torno a un siglo de Arabismo español”, en *BIBLID* 3 (1995).
- ÁGREDA, F., “Nuevas y viejas fuentes sobre los *Beni Codera*”, en *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos. Sección Árabe-Islam*, 57 (2008).
- AGUÉSSIM EL GHAZOUANI, A., *Diccionario jurídico español/árabe*, Granada 2006.
- AGUIAR DE LUQUE, L. “Aspectos jurídicos del sistema educativo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII (1993).
- AGUILERA BARCHET, B., “Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, Cáceres, 9 (1991).
- AGUILERA BARCHET, B., *Iniciación histórica al derecho musulmán*, Madrid 2007.
- AGUILERA PLEGUEZUELO, J., “El derecho islámico en Al-Ándalus, una materia poco estudiada de nuestra investigación histórico-jurídica”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 26-1 (1993).
- AGUILERA PLEGUEZUELO, J., *Estudio de las normas e instituciones de derecho islámico en Al-Ándalus*, Sevilla 2000.
- AGUIRRE SÁDABA, F. J., “Granada y los estudios de derecho islámico”, en *Revista del Centro de Estudios históricos de Granada y su reino*, 13-14 (1999-2000).
- ALBARES, R., *Centro de Estudios de Castilla-La Mancha*, ed. Julián Sanz del Río, Ciudad Real 2012.
- ALBERIGO, G., “El concilio de Constanza (1414-1418)”, en *Historia de los concilios ecuménicos*. Salamanca 1993.
- ALCORTA ECHEVARRÍA, J. I., “La Monarquía, España y Europa hoy”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 54 (1977).
- ALMANDOZ GARMENDIA, J. A., *Fray Alonso de la Veracruz OSAE y la encomienda indiana en la historia eclesiástica novohispana, 1522-1556*, I, Madrid 1971.
- ALONSO TURIENZO, T., *La Ciudad de Dios. Índices 1881-1960*. San Lorenzo de El Escorial 1961.
- ALTAMIRA, R., *Historia de la civilización española*, Alicante 2014 (Edición digital basada en la 2ª ed. corregida y aumentada de Barcelona, Herederos de Juan Gili, 1909).

- ALLOZA, A., *La vara quebrada de la justicia. Un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVIII*, Madrid 2000.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “El pensamiento político canovista”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1977.
- ÁLVAREZ DE MORALES, A., *La ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, Pegaso Madrid 1985.
- ÁLVAREZ JUNCO, J., *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, Siglo XXI, Madrid 1976.
- ÁLVAREZ REY, L., *Los Diputados por Andalucía de la Segunda República, 1931-1939: Diccionario biográfico II*, Sevilla 2010.
- ÁLVAREZ TURIENZO, S., “Un genuino intelectual” en *ABC*, 13/11/2008.
- AMBROSETTI, G., “El espíritu de la obra de Heinrich Rommen” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 13 (1967-1968).
- AMOR Y NEVEIRO, C., *El problema de la pena de muerte y de sus sustitutos legales: sustitutivo para la represión del anarquismo*, Madrid 1917.
- AMOR Y NEVEIRO, C., *Bibliografía de los estudios penales por orden alfabético de autores, seguida de varias clasificaciones que facilitan el uso de la misma*, Madrid 1918.
- ANDIÓN MARIAN, J., “El magisterio de fray José López en la Diócesis de Tuy-Vigo”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXVI-1 (1993).
- ANTÓN ONECA, J. *Los antecedentes del nuevo Código penal*, Barcelona 1929.
- ANTÓN ONECA, J., “La generación española de la política criminal”, en JIMÉNEZ HUERTA, M. (Ed.), *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires 1970.
- ANTÓN ONECA, J., *La utopía penal de Dorado Montero*, Salamanca 1950.
- ANTÓN ONECA, J., *Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires 1970.
- ARCAS, M., “El derecho y los juristas de Al-Ándalus en el siglo IX”, en *Actas del Congreso Proyección histórica de España en sus tres culturas III (Medina del campo 1991)*, Valladolid 1993.
- ARENAL, C., *El reo, el pueblo y el verdugo o la ejecución pública de la pena de muerte*, Madrid 1867.

- ARIAE, R., “España musulmana (siglos VIII-XV)”, en TUÑÓN DE LARA, M., (Dir.), *Historia de España*, III, Barcelona 1982.
- ARNAIZ, M., *El espíritu matemático de la Filosofía moderna.*, San Lorenzo de El Escorial 1923.
- ARNAIZ, M., *Los fenómenos psicológicos. Cuestiones de Psicología contemporánea*, Madrid 1903.
- ARNAIZ, M., *Las metáforas en las ciencias del espíritu*, Madrid 1908.
- AVILÉS, J. y HERRERÍN, Á. (Eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: Anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Siglo XXI, Madrid 2008.
- AZAÑA, M., *El jardín de los frailes*, Madrid 1988.
- BÁDENAS DE LA PEÑA, P., “El Islam como herejía en la obra de Juan Damasceno”, en Barceló, M. y Martínez Gázquez, J. (Eds.) *Musulmanes y cristianos en Hispania durante las conquistas de los siglos XII y XIII*, Barcelona 2005.
- BAR CENDÓN, A., "La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado Español según la Constitución de 1978", en Manuel Ramírez (Ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza 1979.
- BAR CENDÓN, A., "La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español según la Constitución de 1978", en Manuel Ramírez: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza 1979.
- BARRIENTOS GARCÍA, J., *El tratado De justitia et jure (1590) de Pedro de Aragón*, Salamanca 1978).
- BARNES, J. “La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (1984).
- BELTRÁN, M., “Los atributos divinos en Juan Damasceno y su influencia en el Islam”, en *Collectanea Christiana Orientalia*, 2 (2005).
- BENOIST, Ch, *Cánovas y su tiempo. La Restauración renovadora*, Madrid 1931.
- BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, HERNÁNDEZ MONTES, B., *Enfrentamiento del P. Cámara con Dorado Montero: un episodio de la Restauración salmantina*, Salamanca 1984.
- BEUCHOT M., *Antología de Fray Alonso de la Veracruz*, Morelia 1988.
- BIAVASCHI, G.B., *La Crisi attuale della Filosofia del diritto*, Milán 1922.

- BLANCO RODRÍGUEZ, J. A., *El pensamiento político de Dorado Montero*, Salamanca 1982.
- BOSCH VILA, J., “Los documentos árabes del Archivo Central de Huesca, en *Revista del Instituto de Estudios islámicos*, V (1957).
- BOSCH VILA, J., *Andalucía islámica, textos y estudios*, Granada 1980.
- BOUSQUET, P., *Le droit musulmán*, París 1963.
- BRUNA, J. C., *Algunas reflexiones sobre la pena de muerte*, Madrid 1911.
- BULLÓN. E., *Alfonso de Castro y la ciencia penal*, Madrid 1900.
- BUSSI, E., *Principii di diritto musulmano*, Milán 1961.
- CABANELAS, D., “Luis Seco de Lucena y su obra”, en *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos*, 20 (1971).
- CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*, Roma 1970; Id., *L'unità giuridica dell'Europa*, Milán 1985).
- CALERO SECALL, M. I., “El derecho islámico y su aplicación en Al-Ándalus”, en *El saber en Al-Ándalus: Textos y estudios*, I, vol. 3 (2001).
- CÁMARA, G., “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, en Ministerio de Justicia, Madrid, vol. III (1988).
- CAMPO DEL POZO, F., “Fray Alonso de Veracruz y sus aportes al Derecho, como las causas justas e injustas de la conquista”, en *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los Derechos humanos en Francisco de Vitoria*. Valladolid 1999.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “María Cristina, ayer y mañana”, en VARIOS, (Ed. F. J. Campos y Fernández de Sevilla), *Cien años de estudios universitarios*, San Lorenzo del Escorial 1992.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “Estudios y publicaciones”, en *Provincia Agustiniense Matritense, Cien Años de Historia (1895-1995)*, San Lorenzo de El Escorial 1996.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “Bibliografía de y sobre fray Alonso de Veracruz, OSA”, en VELASCO GÓMEZ, A., (Coord.), *Fray Alonso de la Veracruz: universitario, humanista, científico y republicano*, México 2009.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “Jerónimo Montes Luengos” en *Diccionario biográfico español*, t. XXV, Real Academia de la Historia, Madrid 2012.

- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., *La vida en el Monasterio del Escorial (11-VI-1571/11-IX-1854)*, San Lorenzo de El Escorial, Madrid 2013.
- CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J., “Visión de las obras culturales de los agustinos españoles durante el siglo XX”, en SOMAVILLA RODRÍGUEZ, E. (Dir.), *Los Agustinos en el mundo de la cultura*. XIX Jornadas Agustonianas, Madrid 2017.
- CANO PEDRO, D., *Al-Ándalus: el Islam y los pueblos ibéricos*, Madrid 2004.
- CARMONA GONZÁLEZ, A., “Textos jurídico-religiosos islámicos de las épocas mudejar y morisca”, en *Áreas. Revista de Ciencias sociales*, 4, (1992).
- CARMONA GONZÁLEZ, A., “El autor de las leyes de Moros” en *Homenaje al profesor José María Forneas Besteiro*, Granada 1995.
- CARMONA GONZÁLEZ, A., “Las diferencias entre la jurisprudencia andalusí y el resto de la escuela de Malik: el texto atribuido a Abu Ishad al Garantí”, en *Al-Qantara*, 19, 1 (1998).
- CARMONA GONZÁLEZ, A., “El saber y el poder: cuarenta biografías de ulemas levantinos de época de Ibn Mardanis”, en *Estudios onomástico-biográficos de Al-Ándalus* 10 (2000).
- CARMONA GONZÁLEZ, A., “Una década (1997-2007) de trabajos sobre textos religiosos y jurídicos de Al-Ándalus”, en *Medievalismo*, 17 (2007).
- CASAS, B. de las, *Historia de las Indias*, 3 vols., México 1965.
- CASAS, B., de las, *Cartas de Indias*, 3 vols., Madrid 1974, vol. I.
- CASAS, B. de las, “Diario del primer y tercer viaje de Cristóbal Colón”, 14 vols., en Varela, Consuelo (ed.), *Obras completas de Bartolomé de las Casas*, Madrid 1989.
- CASIRI, M., *Bibliotheca Arabico-Hispana Escurialensis*, t. I, Madrid 1760.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “Estal, Gabriel del: La Orestíada y su genio jurídico”. Biblioteca “La Ciudad de Dios, El Escorial, 1961. Un vol. de 511 págs.”, en *Anuario de Derecho civil. Bibliografía*, 1 (1962).
- CASTAÑO DE LA PUENTE, F., “In memoriam. P. Gabriel del Estal Gutiérrez (10.XI.2008)”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*.
- CANALEJAS RUBIO, J., *La pena de muerte*, Madrid 1914.
- CARNEVALE, E., *La cuestión de la pena de muerte*, Madrid 1897.

- CARVAJAL Y HUÉ, J., “Interpelación sobre el ejercicio de la gracia de indulto”. Sesión de 19 de junio de 1880, en *Discursos parlamentarios*, t. III, Madrid 1895.
- CARRIL Y CAMPERO, M., *Dos palabras sobre la pena de muerte*, Orense 1876.
- CANSINOS ASSENS, R., *Estética y erotismo de la pena de muerte; estética y erotismo de la guerra*, Madrid 1916.
- CASTÁN, F., *Aragoneses contemporáneos, 1900-1934. Diccionario biográfico*, Zaragoza 1934, pp. 54-55; LATOR, E., “Islamismo y cristianismo en la última obra de Asín Palacios”, en *Razón y Fe*, 107 (1935).
- CASTAÑEDA, V., “Don Rafael de Ureña y Smenjaud”, en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t XCVII, Cuaderno II, Octubre-diciembre (1930).
- CASTAÑO DE LA PUENTE, F., “Ilmo. Y Rvmo. Sr. Dr. Fray José López Ortiz”, en *Historia del Real Colegio de Alfonso XII*, San Lorenzo de El Escorial, 1996.
- CASTRO, A., *España en su historia: cristianos, moros y judíos*, Barcelona 1983
- CASTRO, A., *La realidad histórica de España*, México 1980.
- CASTEJÓN, F., *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid 1946.
- CASTEJÓN CALDERÓN, R., *Los juristas hispano-musulmanes (desde la conquista hasta la caída del califato de Córdoba-años 711 a 1031 d Xto)*, Madrid 1948.
- CECCHI, O., “La teoria della normalità del delinquente”, en *Rivista Penale*, vol. 79, Turín 1914.
- CEREZO DE DIEGO, P., “La teoría de la universalidad del Imperio durante la Baja Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna”, en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XV (1983).
- CEREZO DE DIEGO, P., “El problema de la infidelidad en Fray Alonso de Veracruz”, en *Revista de Filosofía de la Universidad Iberoamericana*, México, n° 50 (1984).
- CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de la Escuela de Salamanca en el pensamiento universitario americano”, en la obra colectiva *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La Ética en la conquista de América*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid 1984.
- CEREZO DE DIEGO, P., “La formación de una idea imperial en la península ibérica durante los siglos IX-XVI”, en *Anuario Jurídico Escorialense*, vol. XVI (1984).

- CEREZO DE DIEGO, P., *Alonso de Veracruz y el Derecho de gentes*, México 1985.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Polémica sobre la legitimidad de la conquista de México”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Hernán Cortés*, Editorial Universidad de Salamanca, 1986.
- CEREZO DE DIEGO, P., “El pensamiento americano de un discípulo de Vitoria: Alonso de Veracruz”, en *I Diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Vitoria e Bartolomé de Las Casas*. Congreso Internazionale tenuto alla Pontificia Università S. Tomasso (Angelicum), Roma 4-6 marzo 1985, Massimo, Milano 1988.
- CEREZO DE DIEGO, P., “La influencia de las ideas de la Escuela de Salamanca en América”, en *Colloquia Europalia, IV. L'Espagne et la formation du Droit des Gens moderne*. Acta Colloquii Bruxellensis 22-X-1985, In aedibus Peeters, Lovanii 1988.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Influencia de Alonso de Veracruz, O.S.A., en la Universidad de México”, en *Actas del Congreso Internacional V Centenario. AGUSTINOS EN AMERICA Y FILIPINAS*, Valladolid, 16-21 de abril de 1990.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Fray Luis de León y Fray Alonso de Veracruz”, en *Fray Luis de León. IV Centenario (1591-1991)*. Congreso interdisciplinar Madrid, 16-19 de octubre de 1991. Actas, Real Monasterio de El Escorial 1992.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Los métodos misionales de Evangelización de América. Un modelo intermedio: Fray Alonso de Veracruz”, en *La Iglesia en América: siglos XVI-XX*, Sevilla 1992.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Estudios sobre Fray Alonso de la Veracruz y dos obras suyas *Physica speculatio* y *De decimis*”, en *La Iglesia en América: Evangelización y Cultura*, Catálogo del Pabellón de la Santa Sede, Sevilla 1992.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Alonso de Veracruz, O.S.A., y la introducción del Derecho de Gentes en México”, en *La familia agustiniana en la EXPO 92*. FAE Boletín Informativo, Madrid 1992.
- CEREZO DE DIEGO, P., “El manuscrito *Relectio de decimis* de fray Alonso de Veracruz, O.S.A.”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, vol. XXV (1993), pp. 609-623 y en la obra colectiva *Fondo manuscrito americano de la biblioteca de San Lorenzo del Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1993.
- CEREZO DE DIEGO, P., “La infidelidad en el Islam y en el mundo americano”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense. Homenaje a fray José López Ortiz, O.S.A. (1898-1992)*, vol. XXVI, t. I (1993), pp. 403-419; Id., “Guatemala y Belice (Un contencioso pendiente)”, en *Nueva Etapa*, Real Colegio Universitario “Escorial-María Cristina”, nº 64, 1998.
- CEREZO DE DIEGO, P., “La fundación de la Real y Pontificia Universidad de México y la formación y selección de las primeras cátedras”, en *La universidad ante el*

Quinto Centenario. Actas del Congreso Internacional de Universidades. Madrid 13-16 de julio de 1992, Edit. Complutense, Madrid 1993.

- CEREZO DE DIEGO, P., “Modesto Barcia Lago”, en *Nueva Etapa*, 69 (2002).
- CEREZO DE DIEGO, P., “Alonso de Veracruz, OSA (1507-1584): misionero, formador, catedrático y defensor de los indios”, en *La Familia Agustiniiana en Contextos de Globalización*, Centro Teológico San Agustín, Madrid 2003.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Fray Alonso de Veracruz a los 500 años de su nacimiento (1507-2007)”, en *Boletín Informativo*, vol. XX, núm. 162, junio 2008.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Fray Alonso de Veracruz a los 500 años de su nacimiento (1507-2007)”, en *Boletín Informativo*, vol. XX, núm. 162, junio 2008.
- CEREZO DE DIEGO, P., “Alonso de la Veracruz y su maestro Francisco de Vitoria”, en *Fray Alonso de la Vera Cruz: universitario, humanista, científico y republicano*, UNAM, México 2009.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español*, I, Madrid 1976.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*, Madrid 2004.
- CHALMETA, P., “De historia hispano-musulmana: reflexiones y perspectivas”, en *Estudios de Historia Económica, II, Revista de la Universidad de Madrid*, XX, 79 (1971).
- CHALMETA, P. Y CORRIENTE, F., *Formulario notarial hispano-árabe*, Madrid 1983.
- CHALMETA, P., *Invasión e islamización. La sumisión de Hispania y la formación de Al-Ándalus*, Madrid 1994.
- CHALMETA, P., “El matrimonio según el Kitáb al Wataiq de Ibn al Attar, (s X). Análisis y observaciones”, en *Anaquel de estudios árabes* 6 (1995).
- CHEJNE, A.G., *Historia de la España musulmana*, Madrid 1980.
- COLOMER VIADEL, A. "El origen de la Monarquía parlamentaria en España y el anteproyecto constitucional", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 3 (1978).
- COMELLAS GARCÍA-LLERA, J. L., *Cánovas del Castillo*, Barcelona 1997.
- COMPOSTA, D., “La “moralis facultas” nella filosofia giuridica di F. Suárez”, en *Salesianum. Rivista Trimestrale di Teologia, Pedagogía, Filosofia e Diritto Canonico*, 18 (1956).
- CONIGLIO C., “La aportación de don Miguel Asín a los estudios árabes”, en *Al-Ándalus*, 10 (1945).

- CON Y TRES, José, *La pena de muerte y la moral*, Madrid 1873.
- CORTS GRAU, J., *Historia de la Filosofía del Derecho*, 1968.
- COSIO Y GÓMEZ ACEBO, M., *Sustitutivo legal de la pena de muerte y régimen penitenciario*, Madrid 1914.
- COSTA FIGUEIRAS, L., *La pena de muerte*, Segovia 1907.
- CUADRADO RUIZ, M. A. y MONGE FERNÁNDEZ, A., *Casos prácticos de derecho penal. Parte especial*, Sevilla 2001.
- CUADRADO RUIZ, M. A., “¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"?", en MUÑOZ CONDE, F. (Cord.) *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Madrid 2008.
- CUADRADO RUIZ, M. A., *Cuestiones penales: a propósito de la Reforma penal de 2015*, Madrid 2016.
- CUELLO CALÓN, E., “Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, II, fase I*, enero-abril 1949.
- CUELLO CALÓN, E., “Vicisitudes y panorama legislativo de la pena de muerte”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1953.
- CUELLO CALÓN, E., “Referencias históricas y de Derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1954.
- CUELLO CALÓN, E., “Sobre el Derecho penal de la posguerra”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1954.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid 2002.
- CUEVILLAS, F. A., “Luis de Molina: el creador de la idea de derecho como facultad”, en *Revista de Estudios políticos*, 75 (1954).
- CUERDA RIEZU, A., “Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 43 (1990).
- CUEVAS, C., *El pensamiento del Islam. Contenido e historia. Influencia en la mística española*, Madrid 1972.
- DARDÉ, C., “Un siglo de interpretaciones (En el Centenario de la muerte de Cánovas)”, en *Revista de Occidente*, (198), 1997.

- DE RIVACOBBA, M., *Nuevo Pensamiento Penal*, Chile 1975.
- DEL AMO, M., *Salvador Vila, el Rector fusilado en Viznar*, Granada 2005.
- DEL ESTAL, G., “Derecho natural y Teología: Desdivinización del derecho en el área del iusnaturalismo protestante y retroceso hacia el racionalismo de la filosofía estoica”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1941-1942.
- DEL ESTAL, G., “Lo social y las ciencias sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950.
- DEL ESTAL, G., “Lo social y las formas sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950.
- DEL ESTAL, G., “Lo social y las reglas sociales”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1950.
- DEL ESTAL, G., “Comunidad y persona social”, en *I Semana Española de Filosofía*, Madrid, C.S.I.C., 1951.
- DEL ESTAL, G., “El Padre Jerónimo Montes en la penología española, por el Padre José María López Riocerezo”. Recensión, en *La Ciudad de Dios*, 1952.
- DEL ESTAL, G., “Derecho natural y Teología”, en *Revista de Estudios Políticos*, vol. XLV, núm. 65, Madrid 1952.
- DEL ESTAL, G., “Derecho y retórica”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1953.
- DEL ESTAL, G., *Estudios sobre “La ciudad de Dios” de San Agustín*. La Ciudad de Dios, Madrid, 1954, 167, Número extraordinario de la revista La Ciudad de Dios en el XVI centenario del nacimiento de San Agustín, 2 vols.
- DEL ESTAL, G., “San Agustín y el único agustinismo”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954.
- DEL ESTAL, G., “San Agustín y su invitación a la interioridad”, en *Ecclesia*, Madrid, 1954.
- DEL ESTAL, G., “La Ciudad de Dios” de San Agustín ante el curso de los tiempos. Historia. Filosofía de la Historia. Filosofía cristiana de la Historia, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954.
- DEL ESTAL, G., “Equivalencia de *civitas* en el *De civitate Dei*”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1954.
- DEL ESTAL, G., “Perfil humano de San Agustín”, en *Ecclesia*, Madrid, 1954.
- DEL ESTAL, G., “Después del centenario de San Agustín”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1955.

- DEL ESTAL, G., “San Agustín: jerarquía y totalidad”, en *Augustinus*, Madrid, 1956.
- DEL ESTAL, G., “La idea de los *dos reinos* en la dialéctica de San Agustín. Resumen de tesis doctoral”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1 (1957).
- DEL ESTAL, G., “Derecho y Estado en la concepción agustiniana de las dos *civitates*”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, enero-febrero (1958).
- DEL ESTAL, G., “La dialéctica de los *dos reinos* en la filosofía agustiniana del Derecho y del Estado. Parte sistemática”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid, 1959.
- DEL ESTAL, G., *La Orestíada y su genio jurídico. Justicia de sangre y espíritu urbano. Aportación desde la tragedia a la historia de la filosofía del derecho, de la religión y de la sociedad en el mundo antiguo*. Prólogo de J. Camón Aznar. El Escorial 1962. Previamente se publicó en partes como: ID., “La Orestíada y su genio jurídico”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid 1960, pp. 268-318; ID., “La Orestíada y su genio jurídico. De la justicia erínica a las Euménides de la ciudad”, en *La Ciudad de Dios*, Madrid 1960.
- DEL ESTAL, G., “Cuatro notas filológicas para juristas y psicólogos”, en *Anuario jurídico escurialense*, 3 (1962).
- DEL ESTAL, G., *Viento de Pentecostés en el monte Vaticano. La paz del Concilio, paz ecuménica de salvación*, El Escorial-Madrid-Buenos Aires, 1962.
- DEL ESTAL, G., “Arquitectura filológica de El Escorial. (II. Indagaciones sobre la Herrería)”, en Número extraordinario de Nueva Etapa, El Escorial, 1963.
- DEL ESTAL, G., “Arquitectura filológica de El Escorial”, en *Hogar y Arquitectura*, 1963.
- DEL ESTAL, G., “La Iglesia, Trento y El Escorial”, en *El Escorial. IV centenario de la fundación del monasterio de San Lorenzo el Real*, 2 vols. Madrid 1963.
- DEL ESTAL, G., “Los estudios superiores de San Lorenzo el Real. Memoria histórico-crítica sobre sus fundamentos y títulos en ambos Derechos” en *El Escorial: Biblioteca “La Ciudad de Dios”*, 1964.
- DEL ESTAL, G., “El Escorial en la transición de San Jerónimo a San Agustín. Titularidad jurídica y circunstancia histórica”, en *Monasterio de San Lorenzo el Real. El Escorial. IV centenario de su fundación*. El Escorial: Biblioteca “La Ciudad de Dios”, 1964.
- DEL ESTAL, G., “Estado actual de las gestiones sobre el proyecto de Universidad Agustiniense Escurialense” en *Boletín informativo de la provincia*, 1 (1969).

- DEL ESTAL, G., “Apéndice documental sobre el Real Colegio Universitario María Cristina”, en *Anuario jurídico escurialense*, El Escorial, 1971.
- DEL ESTAL, G., *Sociedad inconforme. Juventud. Universidad. Iglesia*, Madrid 1973.
- DEL ESTAL, G., *Marxismo y cristianismo, ¿diálogo o enfrentamiento?* El Escorial 1974
- DEL ESTAL, G., “Alfonso XII en El Escorial”, en *Real Colegio de Alfonso XII. Primer Centenario, 1875-1975*, El Escorial, 1975.
- DEL ESTAL., G., “El hombre nuevo hacia el tercer camino”, en *Religión y Cultura*, Madrid, 1975.
- DEL ESTAL, G., *El Rey, las Cortes y el Reino*, El Escorial 1978.
- DEL ESTAL, G., *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución española*. Madrid 1979.
- DEL ESTAL, G., *Derecho a la vida e institución familiar. Aportación crítica al desarrollo de la nueva Constitución española*, Madrid, 1979.
- DEL ESTAL. G. “Política ¿para qué?”, en *LEA (La Escuela Agustiniiana)*, 4 (1979).
- DEL ESTAL, G., “San Agustín y El Escorial. Razón y tiempo de *La Ciudad de Dios*”, en *Nueva Etapa*, 47 (1981).
- DEL ESTAL, G., *Nuevo Escorial Universitario*, San Lorenzo del Escorial 1986.
- DEL ESTAL, G., *Los tres vuelos del Águila de Hipona. Historia y Humanismo Jurídico*”, EDES, San Lorenzo de El Escorial 2001.
- DEL FUEYO, AMADOR, *Los agustinos en la Revolución y en la Cruzada*, Bilbao 1947.
- DEL ROSAL, J., *Acerca del pensamiento penal español*, Madrid 1942.
- DE MIGUEL, A. *Los narcisos. El radicalismo cultural de los jóvenes*. Barcelona 1979.
- DÍAZ DÍAZ, G., *Hombres y Documentos de la Filosofía Española*. Vol.3, Madrid, 1980.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, B., *Historia del Real Colegio de Estudios Superiores, Universidad “María Cristina” de El Escorial*, El Escorial, 1960.

- DOMINGUES, J. A., “Don Miguel Asín (1871-1944). Esquema de una biografía”, en *Al-Ándalus*, 9 (1944).
- DORADO MONTERO, P. *El Derecho protector de los criminales*, Madrid 1915.
- D´ORS, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de Derecho natural como límite del Derecho positivo*, Madrid 1999.
- DOZY, R., *Historia de los musulmanes en España*, Madrid 1982.
- DUVERGER, M., *La Monarquía Republicana o cómo las democracias eligen a sus Reyes*. Barcelona, 1974.
- EL HOUR, R., “Una reflexión acerca de Ibn Sahl y su obra jurídica”, en BILARDO, A., (ed.), en *Studi Magrebini, Nuova Serie*, IX (2011).
- ELLERO, P., *Sobre la pena de muerte*, Madrid 1907.
- EPALZA, M., *Algunos juicios teológicos de Asín Palacios sobre el Islam*, Madrid 1969.
- ESCUDERO LÓPEZ, J. A., *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Madrid 2003.
- FERIA GARCÍA, M. C., *Diccionario de términos jurídicos árabe-español*, Barcelona 2006.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Cánovas. Su vida y su política*, Madrid 1972.
- FERNÁNDEZ CAMPO, S., "La Monarquía y la Constitución de 1978", en *Revista de Derecho Político*, nº 44 (1978).
- FERNÁNDEZ ESPINAR, R., “El Catedrático de Historia del Derecho: Don Rafael Gibert y Sánchez de la Vega”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. XVII, núm. 17 (2010).
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. “De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española, en *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid 1988.
- FERNÁNDEZ NÚÑEZ, M. “Penalistas ilustres”, en *Nueva Etapa*, 1-I-1912, 3; GARCÍA SUÁREZ, E. “Labor jurídico-penal del Padre Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, 9 (1930).
- FERRANDO BADÍA, J. "La monarquía parlamentaria actual española", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13 (1978).
- FERRI, E., *L'omicidio nella Psicologia e nella Psicopatologia criminale*, Turín 1925.

- FERRI, E., *Sociología Criminale*, Turín 1930.
- FIERRO, M., *La heterodoxia en Al-Ándalus durante el periodo omeya*, Madrid 1987.
- FIERRO, M., “Nuevas perspectivas sobre la formación del derecho islámico”, en *Al-Qantara*, 21 (2000).
- FLÓREZ DE QUIÑONES, V., “Formularios notariales hispano-musulmanes”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, XXII (1977).
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo”, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959). También formando parte del volumen DEL ESTAL, G., *La dialéctica de los dos reinos*, San Lorenzo de El Escorial 1959.
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Los tratados De legibus y de iustitia et iure en los autores españoles del siglo XVI y primera mitad del XVII, en *La Ciudad de Dios*, 172 (1959).
- FOLGADO, A., *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial 1960.
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Los derechos del escritor y del artista según los moralistas y canonistas españoles de la primera mitad del siglo XVII”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* 2 (1961).
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “La doctrina jurisprudencial del abuso del Derecho”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* 12 (1980).
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “La figura de la prodigalidad en el Código Civil, después de la ley de 24 de octubre de 1983”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense* 16 (1984).
- FOLGADO, A., “Terminología del derecho de propiedad en San Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 29 (1996),
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “Controversia pelagiano-agustiniana sobre la salvación de los ricos”, en *La Ciudad de Dios* 211 (1998).
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., “La Ley y el Derecho en San Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 31 (1999).
- FOLGADO FERNÁNDEZ, A., *El pensamiento de San Agustín en torno a la propiedad privada*, San Lorenzo de El Escorial 2003.
- FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” de El Escorial”, en *Anuario*

Jurídico Escorialense, 17-18 (1985-1986). Corregido y aumentado en *Real Colegio de Estudios Superiores de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1992.

- FOLGADO FLÓREZ, S., “La producción literario-cultural de los agustinos en el Real Colegio de Estudios Superiores “María Cristina” del Escorial (1892-1992). Índice bibliográfico” en *María Cristina de Habsburgo y los Estudios Superiores del Escorial. Cien años de Estudios Superiores*, San Lorenzo de El Escorial 1992.

- FRAGA IRIBARNE, Manuel: "La Monarquía como forma del Estado", en *Estudios de Ciencia Política y Sociología: Homenaje*. Madrid 1972;

- FUEYO, A., *Los Agustinos en la Revolución y en la Cruzada*, Bilbao 1947.

- GABBA, C. R, *El pro y el contra en la cuestión de la pena de muerte*, Madrid 1870.

- GALLEGO GARCÍA, E., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Madrid 1996.

- GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Cánovas, un hombre para nuestro tiempo*, Madrid 1989.

- GARCÍA DE LINARES, R., “López Ortiz, José: Derecho musulmán. Un volumen en 8º, de 239 págs.”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1932.

- GARCÍA DE LINARES, R., “Escrituras árabes pertenecientes al archivo de Nuestra Señora del Pilar de Zaragoza”, en *Homenaje a F. Codera*, Zaragoza 1904.

- GARCÍA-GALLO, A., “Reseña” a la obra de E. LEVÍ-PROVENZAL y E. GARCÍA GOMEZ, “Sevilla a comienzos del siglo XII. El Tratado de Ibn Abdun”, Madrid 1948 en *Anuario de Historia del Derecho Español* 19 (1948-49).

- GARCÍA-GALLO, A., “Hinojosa y su obra”, publicado como estudio preliminar a la edición de sus *Obras*, por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, I, 1948; II, 1955 y III, 1974.

- GARCÍA-GALLO, A., *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, Madrid 1953.

- GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid 1959.

- GARCÍA-GALLO, A., “Breve historia del Anuario”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, LI bis (1982).

- GARCÍA GÓMEZ, E., “En la jubilación de Don Miguel Asín”, en *Al-Ándalus*, 6 (1941).

- GARCÍA GÓMEZ, E., “Homenaje a don Francisco Codera (1836-1917)”, en *Al-Ándalus*, XV (1950).

- GARCÍA GRIMALDOS, M., “El Padre Gabriel del Estal, revitalizador de la Provincia Agustiniense Matritense del Sagrado Corazón de Jesús”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*.
- GARCÍA Y GARCÍA, A., *Derecho común en España: los juristas y sus obras*. Murcia, 1991.
- GARCÍA SANJUAN, A., *Ibn al_Attar, Formulario notarial y judicial andalusí*, Madrid 2000.
- GARCÍA SUÁREZ, E., “Labor jurídico-penal del P. Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, vol. IX, 1930.
- GARCÍA TOLSA, J., “Los musulmanes”, en *Historia de España y América*, 1, Barcelona 1974.
- GARCÍA VILLOSLADA, R., *Historia de la Iglesia en España*, vol. 5, Madrid, BAC 1979.
- GARÓFALO, R., *Criminología*, Turín 1891.
- GAROFALO, R., *Contra la corriente: pensamientos acerca de la abolición de la pena de muerte*, Madrid 1904.
- GIBERT, R., “Recuerdos de Fray José López Ortiz”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXVI-1 (1993).
- GINER DE LOS RÍOS, F., “La juventud y el movimiento social”, en *Ensayos sobre Educación*, Buenos Aires 1945.
- GÓMEZ IZQUIERDO, A., “Estudios de Asín Palacios sobre la filosofía musulmana”, en *La Ciencia Tomista*, 10 (1914).
- GÓMEZ ROBLEDO, A., *El magisterio filosófico y jurídico de Alonso de la Veracruz*, México 1984.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La razón de la fuerza. Orden Público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, Madrid 1998.
- GONZÁLEZ CARREÑO, G., “La obra filosófica de Miguel Asín”, en *Revista de Filosofía*, 4 (1945).
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., “La enseñanza en el Constitucionalismo europeo”, en *Cuadernos de Pedagogía*, 45 (1978).
- GONZÁLEZ MANUEL, R., “El P. Jerónimo Montes (1865-1932)”, en *Religión y Cultura*, Madrid 1932.
- GONZÁLEZ NANDÍN, S., *Estudios sobre la pena de muerte*, Madrid 1872.

- GONZÁLEZ PALENCIA, A., *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, 4 vols., Madrid 1926-1930.
- GONZÁLEZ PALENCIA, A., “Don Miguel Asín Palacios”, en *Arbor*, 2 (1944).
- GONZÁLEZ PALENCIA, A., *Historia de la España musulmana*, Barcelona 1945.
- GONZÁLEZ PALENCIA, A., “El arabismo español y los estudios literarios”, en *Bulletin of Hispanic Studies*, vol. XXIV, núm. 94, abril (1947).
- GONZÁLEZ VELASCO, M., “Fray José López Ortiz (1898-1992), en *Anuario Jurídico y Económico escurialense*, 26/1 (1993).
- GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial. Catálogo bibliográfico y artístico*, San Lorenzo de El Escorial 1996.
- GONZÁLEZ VELASCO, M., *Autores Agustinos de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 2006.
- GOODMAN, P. *Problemas de la juventud en la sociedad organizada*, Barcelona 1960 (1975).
- GRACIA MECHBAL, M., “Instituciones científicas durante el Protectorado: la Escuela de Estudios Árabes”, en BENGOCHEA TIRADO, E, MONZÓN PERTEJO y PÉREZ SARMIENTO, D. G. (eds.). *Relaciones en conflicto. Nuevas perspectivas sobre relaciones internacionales desde la Historia. España-Marruecos: pasado, presente y futuro de las relaciones bilaterales*, Madrid 2015.
- GRIJALVA, I. de, *Crónica de la Orden de N.P.S. Agustín en las provincias de la Nueva España. En cuatro edades desde el año de 1533 hasta el de 1592*. Reimpresión de la obra de 1624 hecha en la ciudad de México por la Imprenta Victoria en 1924.
- HALL, S. *Los hippies: una contra-cultura*, Barcelona 1969.
- HALLAQ, W. B., *Law and legal history in classical and medieval Islam*, Aldershot 1995.
- HERING HYACINTHE, M., “De jure subjective sumpto apud sanctum thomam”, en *Angelicum*, XVI (1939).
- HERRIN, J., “La crisis de la iconoclastia” en MAIER, F. G., *Bizancio*, Madrid 1979.
- HERNÁNDEZ, L., “Nuevos colegios para nuevos tiempos. Entrevista con el P. Gabriel del Estal”, en *La Escuela Agustiniiana*, núm. 45/46, Abril-Dic. 1993.

- HERNANDEZ, L., “Solo por ser religiosos. Entrevista con los agustinos que sufrieron persecución y estuvieron junto a los que murieron por su fe”, en *La Escuela Agustiniana*, 53-54 (Ene-Junio, 1996).
- HERNANDEZ, M. C., *Historia del pensamiento en el mundo islámico*, Madrid 1981.
- HERRERO LERA, Miguel: "La instauración monárquica en España: proceso jurídico-político de su conformación como monarquía parlamentaria", en Tomás Ramón Fernández Rodríguez (Cord.): *Lecturas sobre la Constitución española*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, v. I, 1978.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E., *Historia del derecho español*, Madrid, 1887 (reimpresión en 1925).
- HINOJOSA Y NAVEROS, E. “Influencia que tuvieron en el 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*, t. I, Madrid 1948.
- IBN ABY SAID AL-QUAYRAWANI, *Compendio de derecho islámico*, Madrid 1993.
- IGLESIA FERREIROS, A., *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid 1996.
- JACKSON, G., *Introducción a la España medieval*, Madrid 1975.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada. El sistema de las penas determinadas a posteriori*, Madrid 1913.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Endocrinología y Derecho Penal. Eutanasia y homicidio por compasión*, Montevideo 1927.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “Necrología del P. Jerónimo Montes”, en *Revista de Derecho Público*, 1932.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires 1950.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. II, *Filosofía y Ley penal*, Buenos Aires 1950.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. I, Buenos Aires 1963.
- JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M., "El Rey y el gobierno en Bélgica y Holanda", en CASTILLO, J. C. (Ed.), *Estudios en ciencia política y sociología: homenaje al profesor Carlos Ollero*. Madrid 1972.
- JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA, M., *Las Monarquías europeas en el horizonte español*. Madrid 1966.

- JIMÉNEZ LANDI, A., *La Institución Libre de Enseñanza y su ambiente: Los orígenes de la Institución*, Barcelona 1996.
- KELSEN, H., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Buenos Aires 1983.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México 1986.
- LABIN, S. *Hippies, drogas y sexo*, Barcelona 1970.
- LAÍN ENTRALGO, P., “Prólogo” al tomo XXXIX de la *Historia de España* de MENENDEZ PIDAL, R., *La Edad de Plata de la cultura española (1898-1936)*, Madrid 1993.
- LASARTE, C., *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil, VI*, Madrid, 2010.
- LASSO DE LA VEGA, M., “Necrología. Don Miguel Asín Palacios”, en *Hispania*, 4 (1944).
- LARDIZABAL URIBE, M., *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid 1782.
- LÉVI-PROVENÇAL, *L'Espagne musulmane: institutions et vie sociale*, París 1932; *Historie de l'Espagne musulmane*, París 1950-1967, 3 vols.
- LEVI-PROVENZAL, *La civilización árabe en España*, Madrid 1949.
- LOMBROSO, C., *Los criminales*, Barcelona 1911.
- LONGÁS, P., “Bibliografía de don Miguel Asín”, en *Al-Ándalus*, 9 (1944).
- LÓPEZ FRÍAS, M. J., “El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos”, en *Revista de derecho privado*, Año nº 83, Mes 4, 1999.
- LÓPEZ GARCÍA, B., *Textos y obras clásicas sobre la presencia del Islam en la Historia de España*, serie III, vol. III, Madrid 1998.
- LÓPEZ LOMELÍ, C., *La polémica de la Justicia en la Conquista de América*, Madrid 2002. Trabajo presentado como memoria para optar al grado de Doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Formularios notariales de la España musulmana”, *La Ciudad de Dios*, CXLV (1926).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Algunas capítulos del Formulario Notarial de Abensalm de Granada”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. IV (1927).

- LÓPEZ ORTIZ. J., “La curia hispano-musulmana”, en *Religión y Cultura*, 6 (1929).
- LÓPEZ ORTIZ, J., “La recepción de la escuela malequí en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, VII (1930).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “El Derecho musulmán en la investigación alemana de la postguerra”, en *Religión y Cultura*, X (1930).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “El derecho musulmán en la investigación alemana de la postguerra”, en *Religión y Cultura*, 10 (1930).
- LÓPEZ ORTIZ, J., *La recepción de la escuela malequí en España*, Madrid 1931.
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Figuras de Jurisconsultos hispano-musulmanes”, en *Religión y Cultura*, XVI (1931) y XVII (1932).
- LÓPEZ ORTIZ, J. *Derecho musulmán*, Madrid 1932.
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Las versiones castellanas escurialenses de interés jurídico recientemente publicadas”, en *Religión y Cultura*, XVIII (1932).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “La jurisprudencia y el estilo de los Tribunales musulmanes en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Vol. IX (1932).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “El Tribunal de fe de los Omeyas Cordobeses”, en *Cruz y raya*, mayo (1933).
- LÓPEZ ORTIZ, “Julián Ribera y Tarragó” (1887-1934), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 11 (1934).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Sobre los cluniacenses y la abolición del reconocimiento mozárabe”, en *Haz*, mayo (1934).
- LÓPEZ ORTIZ, J., “La filosofía de la historia de Ibn Alqama, cronista musulmán del Mío Cid”, en *Mío Cid* 1934.
- LÓPEZ ORTIZ. J., “In memoriam. Ribera” (1858-1934), en *Cruz y Raya*, 5 (1934).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Un canonista español del siglo XVI, el Doctor Navarro D. Martín de Azpilicueta” en *La Ciudad de Dios* CLIII (1941).
- LÓPEZ ORTIZ, J., “Fatwás granadinas de los siglos XIV y XV”, en *Al-Ándalus*, VI (1941).
- LÓPEZ ORTIZ. J., “Notas para el estudio de la idea imperial leonesa”, en *La Ciudad de Dios*, CLIII (1941).

- LÓPEZ ORTIZ, J., “Las ideas imperiales en el Medioevo español”, en *Escorial* 1942.
- LÓPEZ ORTIZ, J., “El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista antes de la recepción romano-canónica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XIV (1942-43).
- LÓPEZ ORTIZ, J., “Presentación”, en *Hispania Sacra: revista de historia eclesiástica*, 1 (1947).
- LÓPEZ ORTIZ, J., “Recuerdos de la Cátedra de Historia del Derecho”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, XV, 40 (1956).
- LÓPEZ ORTIZ, J., *Testimonio sobre el fundador del Opus Dei. Beato Josemaría Escrivá de Balaguer: un hombre de Dios*, Madrid 1992.
- LÓPEZ ORTIZ, J., *Josemaría Escrivá de Balaguer: Un hombre de Dios*, Madrid 1992, publicado luego en libro aparte, y recogido en su obra colectiva *Testimonio sobre el fundador del Opus Dei. Beato Josemaría Escrivá de Balaguer: un hombre de Dios*, Madrid 1994.
- LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., “Labor jurídico-cultural de la Universidad escurialense en la Comunidad Agustiniana en el Monasterio de El Escorial”, El Escorial 1964.
- LÓPEZ RIOCEREZO, J. M., *Labor jurídico penal del P. Agustino Jerónimo Montes en la Historia del Derecho Penal Español*, Madrid 1952.
- LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, Madrid, 1972.
- LUKÁCS, G., *Historia y conciencia de clase*, Madrid 1923 (1975).
- LLAMAS, J., *Mártires agustinos de El Escorial*, Real Monasterio de El Escorial 1949.
- LLORCA ORTEGA, J., *La ley del indulto*, Valencia 2003.
- LLORDÉN SIMÓN, A., “Biobibliografía Agustiniana Escorialense”, en *La Comunidad Agustiniana en el Monasterio de El Escorial. Obra Cultural (1885-1963)*, San Lorenzo de El Escorial 1964.
- MACHIN ROMERO, A., *Julián Sanz del Río: Heterodoxo por necesidad*. Asociación Cultural "Soria Edita", Soria 2007.
- MACKAY, A., “Una sociedad pluralista: la España medieval” en ELLIOT, J. H. (ed.), *El mundo hispánico: civilización e Imperio. Europa y América, pasado y presente*, Barcelona 1991.

- MADRID PEREZ, A., “El indulto como excepción. Análisis de los indultos concedidos por el Gobierno español durante 2012”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, 6 (2014).
- MAILLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón 2005.
- MANDIROLA BRIEUX, P., *Introducción al derecho islámico*, Madrid 1998.
- MANRIQUE, A. “Montes, Jerónimo”, en *Diccionario de Historia Eclesiástica de España*. Madrid 1972-1975.
- MANZANARES DE CIRRE, M., *Arabistas españoles en el siglo XIX*, Madrid 1972.
- MARAÑÓN, G., *Ensayos liberales*, Buenos Aires 1946.
- MARICHALAR, A., “Memoria de Don Miguel Asín”, en *Escorial*, 46 (1944).
- MARÍN, M., “Cadíes en la frontera de Al-Ándalus durante el emirato omeya”, en EL HOUR, R., (Ed.), *Cadíes y cadiazgos en Al-Ándalus y el Magreb medieval, estudios onomásticos. Biografía de Al-Ándalus*, XVIII, Madrid 2012.
- MARQUÉS DE LEMA, *Cánovas o el hombre de Estado*, Madrid 1931.
- MARTÍN LOSSANTOS, P., *La pena de muerte*, Tarragona, 1869
- MARTÍN, S., “Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)”, en *Quaderni fiorentini*, XXXVI (2007).
- MARTÍNEZ ALMIRA, M., “Estudios e investigaciones sobre las fuentes, derecho privado, penal y procesal islámico”, en *Al-Ándalus*; “Una aproximación historiográfica”, en *Interpretatio*, 8 (2002) y *Derecho procesal malikí hispanoárabe*, Nápoles 2006.
- MARTÍN DE LA HOZ, J. C., “Un amigo de san Josemaría: José López Ortiz, OSA, obispo e historiador”, en *Studia et Documenta: rivista dell'Istituto Storico San Josemaría Escrivá*, 6 (2012).
- MARTÍNEZ DHIER, A., “Algunas consideraciones sobre la historia del derecho musulmán en España”, en *Historia, Instituciones, documentos*, 34 (2007).
- MARTÍNEZ GARCÍA, F. “El Derecho Penal del P. Montes”, en *La Ciudad de Dios*, 1918.
- MARTOS QUESADA, J., “Los diccionarios biográficos como fuentes para el conocimiento del mundo jurídico de Al-Ándalus: características y reflexiones”, en *Anaquel de estudios árabes*, 9 (1998).
- MARTOS QUESADA, J., *Introducción al mundo jurídico de la España musulmana*, Madrid 1999.

- MARTOS QUESADA, J., “Religión y derecho en el Islam: la Saria”, en *Ilu. Revista de ciencias de las religiones. Anejos*, 11 (2004).
- MARTOS QUESADA, J., “El Corán como fuente del Derecho en el Islam, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, XI (2004).
- MARTOS QUESADA, J., *El mundo jurídico en Al-Ándalus*, Madrid 2005.
- MARTOS QUESADA, J., “Islam y Ciencia en Al-Ándalus”, en *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, Anejos XVI (2006).
- MARTOS QUESADA, J., *Islam y derecho: las escuelas jurídicas en Al-Ándalus*, en *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 731 (2008).
- MATEO AVILÉS, E., *Cánovas del Castillo*. Málaga 2000.
- MATEU Y LLOPIS, F., “Cartas de D. Francisco Codera a Don Álvaro Campaner y Fuertes sobre numismática hispano-arábiga (1875-1891)”, en *Numario Hispánico*, III, 5 (1954).
- MAUDSLEY, *El crimen y la locura*, Madrid 1880.
- MEDIAVILLA, B., “Casas de la provincia matritense en España”, en *Provincia Agustiniense Matritense. Cien Años de Historia (1895-1995)*, San Lorenzo de El Escorial 1996.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J., “De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 9 (1992).
- MENÉNDEZ PIDAL, F., *Obras clásicas sobre Numismática Ibérica*, serie V, vol. III, Madrid 1998.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., “La Historia del Derecho en Alemania: Bibliografía general” en *Anuario de Historia del Derecho español*, 45 (1975).
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., “Cuatro lustros de estudios jurídicos hispalenses” en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 (1984).
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *Las épocas del derecho español*, Madrid 2014.
- MILLIOT, L., *Introducción à l'étude de droit musulman*, París 1953.
- MOLINA, L. de, *Los seis libros de la justicia y el derecho*; traducción del latín, estudio y notas de Manuel Fraga Iribarne; proemio de Eloy Montero y Gutiérrez, Madrid 1941-1943.
- MOLINA LÓPEZ, E., “Un nuevo fondo de documentos árabes granadinos”, *Archivo de la catedral de Granada*”, en *Orientalia Lovaniensia Analecta*, LII (1993).

- MONASTERIO, I. *Místicos agustinos españoles*. El Escorial 1929.
- MORÁN, R., “D. Rafael Gibert Sánchez de la Vega. Historia del Derecho en la Distancia, In memoriam”, en *Revista de Derecho*, UNED, vol. VI, núm. 6 (2010).
- MONTES LUENGOS, J., *La pena de muerte y el Derecho de indulto*, Madrid 1897.
- MONTES LUENGOS, J., *La justicia humana*, Madrid 1901.
- MONTES LUENGOS, J., “Los principios del derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI”, en *La Ciudad de Dios* 60 (1903); 61 (1903); 62 (1903).
- MONTES LUENGOS, J., *Estudios fisionómicos de antiguos escritores españoles en relación con el tipo criminal de la Escuela Antropológica*, Madrid, 1904.
- MONTES LUENGOS, J., *El destino*, Madrid 1904.
- MONTES LUENGOS, J., *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito*, Madrid, 1907.
- MONTES LUENGOS, J., *Precursores de la Ciencia Penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*, Madrid 1911.
- MONTES LUENGOS, J., *El alma de Don Quijote*, Madrid 1911.
- MONTES LUENGO, J., *Derecho Penal español*, vol. I, Madrid 1917.
- MONTES LUENGOS, J., *El crimen de herejía (Derecho penal canónico)*, Madrid 1918.
- MONTES LUENGOS, J., *Redención moral de la juventud. Ejercicios espirituales y lecturas piadosas para jóvenes universitarios*, Madrid 1920.
- MONTES LUENGOS, J., “Introducción al estudio de la ley penal según la doctrina de los moralistas y juristas españoles”, en *La Ciudad de Dios*, vol., CXXI (1920)
- MONTES LUENGOS, J., *Derecho penal español*, II, 2ª edic. San Lorenzo del Escorial 1929.
- MUIÑOS SÁENZ, C., “La labor científica y literaria de los agustinos escurialenses”, en *Los Agustinos y el Real Monasterio de San Lorenzo del Escorial*, Madrid 1910.
- MUÑOZ CONDE, F. J., *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia 2000.

- MURRAY, G., *Esquilo, el creador de la tragedia*, Madrid 1943.
- NOGUEIRA SERRANO, R. *Principios constitucionales del Sistema Educativo español*, Madrid 1988.
- NONIDEZ, J.F., *La herencia mendeliana*, Madrid 1922.
- NÚÑEZ FLORENCIO, R., *El terrorismo anarquista, 1888-1904*, Siglo XXI, Madrid 1983.
- ORLANDIS, J., “Ocaso y ruina de la España visigótica”, en *Historia del reino visigodo español*”, Madrid 2003.
- ORLANDO, J., “Fray José López Ortiz, OSA (1898-1992)” en *Archivo Histórico del Derecho español*, 63-64 (1993-1994).
- ORTEGA Y GASSET, J., “Vieja y nueva política”, en *Obras Completas, I*, Revista de Occidente, Madrid 1950.
- ORTEGA Y GASSET, J., “Una interpretación de la Historia Universal”, en *Obras Completas, t. IX*, Madrid 1989.
- ORTIZ, B., “El concepto de derecho en la Escolástica Española”, en *Cuadernos de la Universidad de Córdoba*, 143 (1980-1981).
- OSSORIO y GALLARDO, A, “El P. Jerónimo Montes Luengos”, en *Nuestro Tiempo*, Navarra 1911.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de: "Sobre la Monarquía", en PECES-BARBA, G., (Dir.), *La izquierda y la Constitución*, Barcelona 1978.
- PASAMAR ALZURIA, G. V. y PEIRÓ MARTÍN, I., *Diccionario Akal de Historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, Madrid 2002.
- PEIRÓ MARTÍN, I Y PASAMAR ALZURIA, G., *Diccionario Akal de historiadores españoles contemporáneos (1840-1980)*, Madrid 2002.
- PELÁEZ, M. J. (ed.), *Diccionario Crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, Vol. I, Barcelona, Universidad de Málaga, Servicio de Publicaciones, 2005.
- PELÁEZ, M. J., “La enseñanza de la Historia de la Iglesia”. Puede leerse en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/5260/1/MANUEL%20J.%20PELAEZ.pdf>.
- PELÁEZ PORTALES, D., *La administración de Justicia en la España musulmana*, Córdoba 1999.
- PEREDA, J, *Covarrubias penalista*, Barcelona 1959.

- PEREÑA, L., *Carta Magna de los indios. Fuentes Constitucionales, 1534-1609*, Madrid, 1988.
- PÉREZ MARTÍN, A., “In Memoriam: Rafael Gibert y Sánchez de la Vega (1919-2010)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXXXI, (2011).
- PÉREZ-PRENDES, J.M., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid 1983.
- PÉREZ PUJOL, E. *Historia General del Derecho Español*, Madrid 1886.
- PÉREZ-VICTORIA BENAVIDES, M. M^a, *El Islam: historia, religión, derecho (Prelección del curso académico 2001-2002)*, Granada 2001.
- PÉREZ Y DE MOLINA, M., *La sociedad y el patíbulo o la pena de muerte histórica y filosóficamente considerada*, Madrid 1854.
- PESET, M. y PESET, R., “Positivismo y ciencia positiva en médicos y juristas del siglo XIX: Pedro Dorado Montero”, en *Almena*, núm. 2 (1963).
- PESET REIG, M., “La formación de los juristas y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII a XIX”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 62, 1971.
- PETERS, F. E., *Los hijos de Abraham. Judaísmo, Cristianismo, Islam*, Barcelona 2007.
- PINDER-WILSON, R. H., “El imperio del Profeta”, en TALBOT RICE, D. (Dir.), *La Alta Edad Media*, Madrid 1988.
- PINTA LLORENTE, M., *La Inquisición española*, Madrid 1948.
- PUELLES, M. “Educación e ideología en la España contemporánea”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, (monográfico dedicado al Derecho a la educación), Madrid, 1991.
- PUYOL MONTERO, J. M., *La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX*, Madrid 2001.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Tratado de la parte especial de Derecho penal” en *Revista de Derecho privado*, 44 (1960).
- QUINTERO OLIVARES, G., *Pequeña historia penal de España*, Madrid 2017.
- RAMÓN GUERRERO, R., “Miguel Asín Palacios y la filosofía musulmana”, en *Revista Española de Filosofía Medieval*, 2 (1995).
- RODRÍGUEZ DÍEZ, J., *El Real Colegio de Estudios Superiores de El Escorial*, San Lorenzo de El Escorial 1992.

- RODRÍGUEZ DÍEZ, J., *Más de Cien años de Estudios Superiores de El Escorial (Órganos de Gobierno, Profesores, Alumnos)*, San Lorenzo de El Escorial 1998.
- RODRÍGUEZ DÍEZ, J., “El pensamiento de San Agustín en Gabriel del Estal. (Trilogía de Confesiones, Ciudad de Dios, Trinidad), en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*.
- RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El P. Gabriel del Estal en el recuerdo de un alumno”, en *Nueva Etapa*, 77 (2010).
- RODRÍGUEZ LLAMOSI, J. R., “El P. Jerónimo Montes. Un penalista inolvidable en la ciencia penal española” en *La Ciudad de Dios*, vol. 227, núm. 3, 2014.
- RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El perdón cristiano en el Derecho español: los indultos a las Cofradías de penitencia” en CAMPOS Y FERNÁNDEZ DE SEVILLA, F. J. (Cord.), *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia*, vol. 1, 2017.
- RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R., “El doctorado del P. Jerónimo Montes Luengos en la Universidad Central de Madrid” en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 51 (2018).
- RODRIGUEZ MOLINERO, M., *Alfonso de Castro y su doctrina penal. El origen de la ciencia del derecho penal*, Navarra 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, I. y ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, J., *Labor Científico-Literaria de los Agustinos Españoles*, Valladolid 1992.
- RODRÍGUEZ Y GARCIA-LAREDO, C., *El “esfuerzo medular” del krausismo frente a la obra gigante de Menéndez Pelayo*, Oviedo 1961.
- ROSENTHAL, E.I.J., *El pensamiento político en el Islam español*, Madrid 1967.
- RUIZ MAYA, M., *Un imbécil condenado a muerte: estudio médico legal de la pena impuesta a Isidoro Ramírez Morales, autor del asesinato de su padre y madrastra*, Córdoba 1915.
- S. (sic) “Segunda semana en Historia del Derecho”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, 19 (1948-1949).
- SAAVEDRA, E., “Introducción”, en *Estudios de Erudición Oriental, Homenaje a D. Francisco Codera en su jubilación del profesorado*, Zaragoza 1904.
- SALGUERO SALGUERO, M., *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Barcelona 1997.
- SALGUERO SALGUERO, M., *Argumentación jurídica por analogía*, Madrid 2002.

- SATORRAS FIORETTI, R. M^a., *La libertad de enseñanza en la Constitución Española*, Madrid 1998.
- SCHACHT, J., *Esquisse d'une histoire du droit musulmán*, Paris 1953.
- SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. J.M. Rodríguez Devesa, Madrid 1957.
- SCIACCA, M. F., *La filosofía hoy. De los orígenes románticos de la filosofía contemporánea hasta los problemas actuales*, Barcelona, 1961.
- SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, Barcelona 1970.
- SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Introducción*, Barcelona 1982.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., "La legitimación popular de la Monarquía", en *La Corona y la nueva sociedad española ante un año histórico: ciclo de conferencias pronunciadas en el Club Siglo XXI durante el curso 1976-1977*, Madrid v. II (1977).
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada 2004.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., "Prolegómenos a la superación de la teoría de la imputación objetiva del resultado", en *Nueva doctrina penal*, 2 (2005)
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Política criminal y técnica legislativa*, Granada 2007.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., "El principio de culpabilidad como mandato de optimización: Deconstruyendo la culpabilidad, un segundo desarrollo", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2011).
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Una teoría principalista de la pena*, Madrid 2016.
- SÁNCHEZ MANZANO, M., *Consideraciones médico-legales sobre una pena de muerte de un epiléptico*, Salamanca 1924.
- SALDAÑA, Q, "Prólogo" en *Contribución al estudio de la Escuela penal española* de J. MASAVEU, Madrid 1922.
- SÁNCHEZ, G. "Algunas observaciones para la historiografía del Derecho penal", en CUELLO CALÓN, E. *Derecho penal, parte general*, Barcelona 1926.
- SÁNCHEZ, G., *Curso de Historia del Derecho. Introducción y Fuentes*, Madrid 1949.

- SÁNCHEZ, G., *Pedro Dorado Montero, un penalista salmantino*, Junta de Castilla y León 1990.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *La España musulmana, según los autores islamistas y cristianos medievales*, Buenos Aires 1946.
- SÁNCHEZ-ALBORNOZ, C., “En el centenario de Hinojosa”, en *Cuadernos de Historia de España*, XVII (1952).
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C., *España. Un enigma histórico*, Barcelona 2000.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., “Folgado, A., Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI. San Lorenzo de El Escorial, 1960, 330 págs”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8 (1961).
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, I. (coord.), *Educación, Ciencia y Cultura en España: Auge y colapso (1907-1940)*. Ciudad Real 2012.
- SÁNCHEZ TEJERINA, J. “Un gran penalista español: el Padre Jerónimo Montes”, en *Religión y Cultura*, San Lorenzo de El Escorial 1944.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, Salamanca 1937.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Oración inaugural del curso 1940-1941*, Universidad de Salamanca, Salamanca 1940.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, Madrid 1947.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Una lectura crítica de la Ley del indulto”, en *InDret*, 2/2008, abril.
- SECO DE LUCENA, L., “La escuela de juristas granadinos en el siglo XV”, en *Miscelánea de estudios árabes y hebraicos*, VIII (1959).
- SECO DE LUCENA, L., “Documentación arábigos–granadinos”, en *Instituto de Estudios Islámicos*, Madrid 1961.
- SEMPERE Y GUARINOS, J., *Historia del Derecho Español*, Madrid 1846.
- SIERRA LÓPEZ, M. V., *Las medidas de seguridad en el nuevo código penal*, Madrid 1997.
- SOUVIRON, J. M. *La Universidad Española: claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Valladolid 1988.
- SOSA MORATO, B., *La noción de derecho en Los seis libros de la justicia y el derecho de Luis de Molina*, Pamplona 1985.
- STEUDING, H., *Mitología griega y romana*, Barcelona 1942.

- SUÁREZ CAMPOS, A., “La Orestíada y su genio jurídico. Reflexiones”, en CCXXII, 1 (2009), *La Ciudad de Dios. Homenaje al P. Gabriel del Estal Gutiérrez (1917-2008)*.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid 2005.
- TORRES CAMPOS, M., *La pena de muerte y su abolición en España*, Madrid 1879.
- TUSSELL, J., “Cánovas y la Restauración”, en *Claves de Razón Práctica*, (76), 1997.
- VALDIVIA VÁLOR, J., *Don Miguel Asín Palacios. Mística cristiana y mística musulmana*, Madrid 1992.
- VALLADARES, R., *Sobre la necesidad de proscribir la pena de muerte por los llamados delitos políticos*, Madrid 1848.
- VALLS, F. J., *La filosofía del derecho de Dorado Montero*, Granada 1971.
- VARIOS (Ed. F. Javier Campos y Fernández de Sevilla), *Cien años de Estudios Universitarios*, San Lorenzo del Escorial 1992.
- VARIOS, “Doña María Cristina de Habsburgo-Lorena. Estudios sobre la regencia (1885-1902) en VARIOS, (Ed. F. Javier Campos y Fernández de Sevilla) *Cien años de estudios universitarios*, San Lorenzo de El Escorial 1992.
- VARIOS (Ed. J. Rodríguez Díez), *Los agustinos en el Monasterio del Escorial (1885-1985)*, San Lorenzo de El Escorial 1985.
- VARIOS (Ed. G. González del Estal), *Provincia Agustiniense Matritense. Cien años de historia (1895-1995)*, San Lorenzo del Escorial 1996.
- VICENS VIVES, J., *Aproximación a la Historia de España*, Barcelona, 1972.
- VICUÑA, C., *Mártires agustinos de El Escorial*, El Escorial 1943.
- VIDAL CASTRO, F., “Economía y sociedad en Al-Ándalus y el Magreb a través de una fuente jurídica: el Mi'yar de al-Wansarisi (m. 914/1508), *Estudio especial del agua*” (Ed en microfichas. Granada, Universidad, (1992) dirigida por el profesor Emilio Molina López.
- VIGUERA, M. J., “Al-Ándalus y España. Sobre el esencialismo de los Beni Codera” en MARÍN, M., (ed.). *Al-Ándalus/España: historiografías en contraste: siglos XVII-XXI*. Madrid 2009.

- VIGUERA FRANCO, E., “Derecho musulmán de la escuela malequita de Occidente”, en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia*, VIII (1944).
- VILA, S., “Capítulo del matrimonio de formulario notarial de Aben Moguit”, Madrid, Universidad Central de Madrid, tesis doctoral inédita de la Facultad de Filosofía y letras, 1927, 306 pp. (signatura T-5316 de la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid).
- VILA, S., “Abenanoguit, “formulario notarial”, cap. de matrimonio”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 8 (1931).
- VILA, S., “Un contrato de matrimonio entre musulmanes en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 10 (1933).
- VILLALABA PÉREZ, F., “La administración pública ante la violencia de género”, en *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, coord. por María José Jiménez Díaz, Madrid 2009.
- VILLALABA PÉREZ, F., *Nociones básicas de contratación pública*, Madrid 2018.
- VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*, Chile 1976.
- WATT, M., *Historia de la España islámica*, Madrid 1970.
- WIEACKER, F., *Historia del derecho privado de la era moderna: con especial consideración del desarrollo alemán*, Granada 1996. Traducción al castellano realizada por F. Fernández Jardón.
- YLLÁN CALDERÓN, E., *Cánovas, entre la Historia y la Política*, Madrid 1985.
- ZAVALA, S., *Fray Alonso de la Veracruz, primer maestro de derecho agrario en la incipiente Universidad de México (1553-1555)*, México 1981.
- ZARCO CUEVAS, J. *Escritores agustinos de El Escorial. 1885-1916. Catálogo bio-bibliográfico*. Madrid 1917.

