

# **TEXTOS E IMÁGENES DE HISTORIA DEL CRIMEN EN ESPAÑA**

**Enrique Álvarez Cora y Victoria Sandoval Parra**

## **1. LA PERIODIFICACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LA POLÍTICA CRIMINAL.**

La historia del crimen y la pena no puede someterse simplemente a la periodificación histórica clásica. Como conceptos jurídicos, responden a la periodificación de la historia jurídica. Así existen, con cierto solapamiento, los siguientes períodos:

a) Naturalismo jurídico (el derecho está constituido por las cosas conforme al orden natural y divino): período de los fueros y costumbres medievales (siglos VIII-XIII), que si bien pertenecen sobre todo a los dos últimos siglos XII y XIII, recogen formas criminales de tiempo anterior.

b) Realismo jurídico (el derecho está constituido por una forma o voluntad política y una materia o entendimiento condicionado teológicamente, en las esferas de los poderes eclesiástico y regio): período bajomedieval y moderno (siglos XIII-XVIII). En el siglo XVIII, sin embargo, apuntan reformas ilustradas secularizadoras (iluminismo jurídico) en las que se basará el pensamiento jurídico liberal que desarrollan los códigos penales.

c) Idealismo jurídico: con vertientes historicista o positivista, se produce la secularización y codificación en el Estado liberal de Derecho (siglos XIX-XX).

## **2. LOS CRITERIOS HISTÓRICO-JURÍDICOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL: CRÍMENES Y PENAS.**

En la configuración del crimen como acto antijurídico que merece represión se plantea, por una parte, el problema de la legitimación de su tipicidad, que tiene una dimensión política y teológica, y por otra parte el problema del ejercicio de su prevención y represión, que puede encauzarse mediante la autodefensa o la defensa privada, o bien mediante el monopolio de la justicia punitiva ejercida por el poder público. Las dos cuestiones están enlazadas y la tensión entre estos factores se manifiesta de forma diferente en cada período histórico.

### **2.1. El naturalismo jurídico.**

El crimen, en la Edad Media, es contemplado desde una teología cristiana que presume un orden natural y divino cuyo trastorno exige a) una reparación natural directa, y b) un auxilio divino.

#### **2.1.1. Orden natural, objetivación del daño y responsabilidad colectiva.**

La reparación natural directa se antepone a la voluntad humana individual, y aun a su condición de humanidad, lo que explica la responsabilidad colectiva (familiar o vecinal) y la responsabilidad de animales y cosas (aun de forma excepcionada, implicando así la posibilidad de su costumbre regular).

La obligación criminal familiar es atraída por la sangre, localizada en el recinto sagrado de la casa. También en la exigencia de la obligación criminal rige la responsabilidad familiar, normalmente de acuerdo con el orden hereditario de la sangre, como puede apreciarse en el deber de desafío (y en la consiguiente pena de desheredación, si no se ejerce el deber).

**Fuero de Uclés: “Por todo hombre que mate a un hombre de Uclés, si huye, el padre, hijo o mujer que permanezcan en la casa pecharán”.**

**Fuero de Brihuega: “Por toda muerte de hombre desafie su hijo, si hijo no tuviere desafie el padre, y si padre no tuviere desafie su hermano, y si hermano no tuviere desafie su sobrino, hijo de hermano o hermana, y si sobrino no tuviere desafie su primo, y si primo no tuviere desafie su segundo, y si segundo no tuviere desafie alguno de sus parientes”.**

La responsabilidad vecinal puede funcionar en defecto de la obligación criminal individual, pero, en su forma más pura, ni siquiera parte de una responsabilidad culpable previa (puede tratarse de una muerte de origen desconocido, por clandestina).

**Fuero de Jaca: “Y si aconteciere que alguien, que fuese muerto a escondidas, fuese encontrado en Jaca o en su término, no paguéis homicidio”.**

En la reparación de los daños (incluida la muerte humana) producidos por los animales y las cosas, la equivalencia con los efectos provocados por actos humanos se aprecia en la acción (el animal o la cosa mata) así como en la misma pena (homicidio), y aunque la responsabilidad suele atribuirse al dueño del animal o la cosa, la pérdida, el abandono o la destrucción de la causa del daño (el animal o la cosa) subraya el hecho de la reparación al margen de la imputabilidad.

**Fuero de Molina de Aragón: “Ninguna bestia muda non aya homicidio ni caloña fuera del can”.**

**Fuero de Alba de Tormes: “Casa ni pozo ni aceña de molino ni silo ni pared ni cuba ni madera ni perga de viga que a hombre matare, non peche homicidio su dueño ni lo pierda”.**

### 2.1.2. Ordalía.

El auxilio divino está presente en las ordalías, que absorben las funciones de la prueba y la sentencia por intervención directa de Dios (frente a la interpretación y resolución del juez, ahora mero supervisor del procedimiento).

La ordalía está localizada en un procedimiento de venganza de la sangre, en orden a la declaración de enemistad. Es el vínculo sagrado de la sangre, determinado por Dios, el que funda el deber de desafío, y los crímenes por los cuales ese desafío puede plantearse parten de la muerte (cuya disposición se reserva a Dios) y se extiende a crímenes con el mismo fin total o parcial, como las heridas (armas vedadas o prohibidas son todas aquellas que pueden provocar la muerte) y las mutilaciones, de las que se distingue, aunque obedece a una lógica similar, el atentado contra la virginidad (honestidad) del rapto con violación.

**Fuero de Alba de Tormes:** “Todo hombre de Alba o de su término que tuviere querella de que le mataron a un pariente o parienta, o que lo hirieron con arma vedada (tales armas vedadas: lanza, espada, cuchillo, piedra, porra, palo), por mujer raptada, o por mujer jodida con fuerza, o por miembros perdidos (tales miembros: ojo, diente, mano, dedo, brazo, narices, oreja, pierna), por estas cosas desafie, y no por otra”.

Por otra parte, en el procedimiento se incluyen elementos sacralizadores: la misa, el juramento, los hechizos y amuletos o talismanes, la pureza del agua... Son instrumentos que atraen la presencia de Dios, que es misteriosa y en este sentido depende del azar, por ejemplo en el sorteo del desafiado, entre los sospechosos, que se someterá a duelo. Estos elementos se compadecen, sin contradicción, con la salvaguarda de medidas de equilibrio o neutralidad (requisitos de los duelistas), porque gracias a ellas se excluye el pecado de la tentación a Dios y se garantiza que será constatable la inclinación divina hacia la parte justa.

**Fuero de Cuenca:** “A aquel que por enfermedad deje la lid, denle los alcaldes un plazo de nueve días para que dé en su voz un lidiador comunal, así como diremos adelante, y a cualquiera que fuere retado, después de que la suerte caiga sobre él, como se ha dicho, allí luego le diga si quiere lidiar a caballo o de pie; y si dijere a caballo, denle los alcaldes plazo de tres nueve días y en cada novena aquel que pide traiga cinco caballeros que no sean de los que toman galardón por lidiar, ni braceros, ni izquierdos, sino tal como sea el retado; y cuando los caballeros fueren traídos, el juez con los alcaldes cátenlos fielmente cuál de los lidiadores traídos fuera semejante en todo al retado; y si alguno de aquellos cinco caballeros en aquellas tres novenas no se igualare al retado, jure luego el retado, y sea creído ni desretado; y si alguno se igualare al retado, aquella noche velen y al otro día, dicha la misa, vístanles las armas; entonces jure el retado que defiende verdad, y luego el que pide rételo; entonces jure que el retado juró en falso; y estas juras sean hechas sobre al altar y los santos evangelios; y esto hecho, váyanse al campo; el juez y los alcaldes demuéstrenles los mojones del campo y pártanles el sol”.

**Fuero de Zorita de los Canes:** “El juez y el misacantano calienten el hierro, y en tanto ninguno de los que están alrededor se acerquen al fuego, para que no hagan ningún hechizo malo. Aquella mujer que el hierro tenga que tomar primeramente debe ser escudriñada por que no tenga en sí ningún maleficio, entonces lave sus manos ante todos, y torcidas (secas) sus manos, tome el hierro. Una vez que el hierro haya tomado, el juez tome y cubra la mano de ella con cera, y sobre la cera ponga estopa o lino, después átelo muy bien con un paño. Hecho esto, tráigala el juez a su casa, y después de tres días cátele (exámínele) la mano, y si la mano fuere quemada, debe ser ella quemada, o sostenga la pena que aquí es juzgada”.

### 2.1.3. El talión.

#### 2.1.3.1. *Tortum per tortum*, caloña y homicidio.

Con mucha frecuencia, en los fueros y costumbres la pena se concreta en la forma objetiva de reparación natural característica del veregildo (germánico) o caloña (medieval), que presupone el criterio talional (*tortum per tortum*) a partir de la tasación del precio de la vida de un hombre (*homicidio*), normalmente en los 300 sueldos aunque es variable y desde luego cabe (a título de privilegio) su exención. Se trata de un precio desde el que se mide el valor económico del daño en función de la gravedad (cálculo que puede orientarse a la mitad o el

doble del homicidio), como sucede en las heridas, teniendo en cuenta su propia forma (golpe, llaga, efusión de sangre...) y la parte del cuerpo lesionada.

**Fuero de Astudillo:** “Y si aconteciera un homicidio en Astudillo, trescientos sueldos en tierra, doscientos para los clérigos y caballeros”.

**Fuero de Oña:** “Si alguno de los vecinos de Oña comete homicidio, peche por este homicidio y los otros vecinos no pechen por este homicidio, tanto si acaso huyere como si no huyere”.

**Fuero Juzgo 6.4.1:** “Si el hombre libre hiere a otro hombre libre de cualquier manera en la cabeza, si no le sale sangre de la hinchazón peche 5 sueldos; si le rompe el cuero peche 10 sueldos; por golpe que penetre hasta el hueso, 20 sueldos; si quebranta el hueso, peche 100 sueldos. Y si el hombre libre esto le hiciere al siervo, peche la mitad de cuanto es dicho”.

**Fuero Juzgo 6.4.3:** “La muy gran sandez de muchos hombres es de vengar por mayor pena, que mientras que cada uno teme ser penado por lo que hiciere, se guarde más de hacer mal. Onde establecemos que cada hombre libre que tire a otro de los cabellos, o le señale en el rostro o en el cuerpo con correa o con palo, hiriéndolo o tratándolo villanamente con violencia, o ensuciándolo en lodo, o lo tajare en algún lugar, o lo ligare con violencia, o lo metiere en la cárcel, o en alguna guarda, o mandare a otro prenderlo o ligarlo; este que esto hizo deve recibir otra tal pena en su cuerpo, como él hizo, o mandó hacer, y dévelo castigar además el juez así que aquel que fue herido, y ha recibido el tuerto, si quisiere recibir enmienda de aquel que se lo hizo, reciba tanto por enmienda de aquel que se lo hizo cuanto él estime el mal que recibió. Mas por palmada, o por puñada, o por coz, o por herida de cabeza, no mandamos que este haya otra pena como aquel que lo hiciere, pues que si lo hiciese por ventura, tendría mayor daño y mayor peligro. Y si algún hombre hiciere alguna de estas cosas sin otra llaga, por la palmada reciba 10 palos, por puñada o por coz reciba por enmienda 20 palos, y por herida de cabeza, si no tuviere sangre, reciba por enmienda 30 palos. Y si aquel que hizo la deshonra probare que no vino primeramente por hacer muerte, ni llaga, sino que por contienda, que nació después entre ellos, cometió aquel mal sin su voluntad: por ojo sacado peche 100 sueldos; y si por ventura viera un poco aquel que es herido en el ojo, el que lo hirió peche una libra de oro al herido. Y si el que es herido en las narices pierde las narices, el que lo hirió debe pechar 100 sueldos, y si las narices son cortadas en alguna parte feamente, el juez hágale hacer enmienda según sea la fealdad. Y otrosí mandamos guardar respecto del que es herido en los labios o en las orejas. Y a quien hieren en los riñones y le hacen corcovado, péchenle 100 sueldos por enmienda. Y quien taja mano, o por herida hace que no se pueda sacar provecho de ella, peche 100 sueldos por enmienda. A quien tajaren el pulgar debe recibir 50 sueldos por enmienda, por el otro siguiente dedo hay que pechar 60 sueldos por enmienda, por el tercero hay que pechar 30 sueldos, por el cuarto 20 sueldos, y por el quinto 10 sueldos. Otro tanto hay que pechar por los dedos de los pies. Por cada diente quebrantado hay que pechar 12 sueldos. A quien quebrataren pierna, o se hacer ser cojo de ella, reciba una libra de oro por enmienda. Y estas cosas deben ser guardadas entre los hombres libres”.

### 2.1.3.2. La enemistad y otras penas corporales y reales.

Frente a este cálculo caloñal, la indeterminación de la ejecución, en cuanto depende de la venganza privada, es característica de la declaración de enemistad, aunque también la pérdida de la paz que se deriva de la declaración de enemistad (salvo reconciliación) va acompañada (además de por el destierro) por la caloña (de homicidio).

**Fuero de Medinaceli: “Quien a hombre matare peche 60 sueldos, y una migaja de oro, la tercera parte para el rey, y la tercera al rencoroso, y la tercera a los alcaldes, y salga por enemigo”.**

Las omnipresentes caloñas y la enemistad coexisten en los fueros y costumbres con la imposición de otras penas forales (como la pena de muerte, amputaciones, destierro, pérdida del haber, pago de múltiplos...)

#### **La herida con arma prohibida en los fueros de Castilla:**

Enrique Álvarez Cora, “Reseña de males y penas en fueros y costumbres del siglo XII”, *Initium*, 18, 2013:

*Herida o golpe con arma prohibida, multada o detestada.* —

1. (Pozuelo de Campos, 1157.) Prendimiento por los vecinos presentes, y en caso de resultado de muerte entrega a los parientes y de los bienes al palacio.
2. (Alhóndiga, 1170.) 10 maravedíes y curación de la herida o golpe.
3. (Medinaceli, 1180.) 20 mencales si la herida traspasa y 15 mencales si no, y 60 sueldos a los alcaldes.
4. (Milmanda, 1199.) Entrega íntegra de los bienes según apreciación del golpe por alcaldes y buenos hombres del concejo amigos de ambas partes.

*Herida o golpe con arma vedada (hierro, bastón, fusta, piedra, teja, hueso, lanza, piedra, cuchillo, espada, puñal, sable, leño, porra, palo, taragulo u otra cosa con riesgo de muerte).* —

1. (Bayona, 1201.) Amputación de la mano.
2. (Villafrentín, 1201.) Pecho de la herida según apreciación.
3. (Castroverde de Campos, 1202.) 60 sueldos.
4. (Pampliega, 1209.) Pecho del homicidio si verbalmente se manifiesta inmediatamente la herida al enemigo.
5. (Alcalá de Henares, 1210-1247.) 20 maravedíes si la herida traspasa el cuerpo, 10 maravedíes si no lo traspasa, duplo si la herida causa llaga o contusiones y un maravedí si la contusión es apreciada, y 5 sueldos por cada hueso quebrantado con límite de 30 maravedíes.
6. (Guadalajara, 1219.) 60 maravedíes.
7. (San Leonardo, 1220.) 10 maravedíes si la herida es de parte a parte o con salida de hueso, 5 maravedíes si la herida es con efusión de sangre o no es de parte a parte, y un maravedí si la herida es sin efusión de sangre.
8. (Monzón de Campos, 1223.) 20 sueldos.
9. (Agüero, 1224.) 5 sueldos.
10. (Párrega, 1225.) Amputación de la mano, destierro y 100 maravedíes; en caso de resultado de muerte, muerte y pérdida del haber.
11. (Escalona, 1226.) 60 maravedíes, y en su defecto en poder del querrelloso con todo el haber hasta el pecho a salvo de muerte o herida, o destierro.

12. (Llanes, 1228.) 100 maravedíes, y en su defecto a merced del concejo.
13. (Andújar, 1228-1241; Úbeda, 1233-1251; Alcaraz, 1296; Alarcón, s/f; Béjar, s/f; Cuenca, s/f; Iznatoraf, s/f.) 30 maravedíes y amputación de la mano derecha, si la herida causa contusiones, y 20 maravedíes si no las causa.
14. (Cáceres, 1231-1235; Usagre, 1242-1275.) Cepo, y pecho de la caloña o en su defecto amputación de la mano, si no muere el herido, y ahorcamiento si el herido muere.
15. (Lugo, 1232.) Pérdida del cuerpo y del haber.
16. (Caldas de Reyes, 1254.) 10 sueldos.
17. (Palencia, 1256.) 5 sueldos, 10 sueldos si la herida es de parte a parte o sin salida de hueso, y si la herida es sin efusión de sangre y con hinchazón tantos sueldos como pulgadas tenga la hinchazón.
18. (Plasencia, 1290.) Amputación de la mano derecha, y 30 maravedíes si la herida causa contusiones y 20 si no las causa.
19. (Salinas de Añana, 1293.) 10 maravedíes y en su defecto medio año en el cepo, si la herida no rompe miembro, y pecho de homicidio y en su defecto un año en el cepo, si la herida rompe miembro.
20. (Alba de Tormes, s/f.) 20 maravedíes si el herido es postero, 10 maravedíes si el herido es no postero y 5 si es baladí alberguero, cuando la herida no causa pérdida de miembro; enemistad y 60 maravedíes si el herido es postero, 20 maravedíes si es no postero y 5 maravedíes si es baladí, cuando la herida causa pérdida de miembro.
21. (Uclés, s/f.) 30 maravedíes.
22. (Ledesma, s/f.) 20 maravedíes, y en su defecto amputación de la mano; si la herida tiene resultado de muerte, ahorcamiento.
23. (Madrid, s/f.) Enemistad durante un año excluida muerte o lesión y 12 maravedíes, si la herida causa contusiones, 6 maravedíes si no las causa, y 3 maravedíes si la sufre el hijo de collazo o quien mora en la casa a beneficio.
24. (Salamanca, s/f.) 20 maravedíes y en su defecto amputación de la mano; en caso de resultado de muerte, ahorcamiento.
25. (Zamora, s/f.) 30 sueldos si la herida es en la vestidura y causa contusiones; 21 maravedíes, y en su defecto amputación de la mano con la que se causó la herida, si ésta es en el cuerpo con contusiones de sangre; 100 maravedíes si la herida da lugar a yacer en el lecho, con juramento por buenos hombres de que es mala herida; en caso de fuga, justicia por aleve, destierro perpetuo y pérdida del haber; y justicia por perjurio y 50 maravedíes el rogador.
26. (Zorita, s/f.) 30 maravedíes y amputación de la mano derecha, si la herida causa contusiones, y 10 maravedíes si no las causa.
  - *Al vecino que huye.* — (Castroverde de Campos, 1202.) 300 sueldos.
  - *En cabalgada.* — (Cáceres, 1231-1235; Usagre, 1242-1275.) Amputación de la mano; en caso de resultado de muerte, ahorcamiento.
  - *O con el puño.* — (Brihuega, 1239.) 10 maravedíes si la herida causa contusiones y 2 maravedíes si no las causa.
  - *En concejo.* — (Brihuega, 1239.) 20 maravedíes y pecho de las contusiones.
  - *Con ballesta en pelea.* — (Medina del Campo, 1252-1284.) Muerte.

## 2.2. El realismo jurídico.

### 2.2.1. Intelectualismo y voluntarismo de la justicia vindicativa.

El crimen, en la baja Edad Media (a partir del siglo XIII) y la Edad Moderna, a) se construye en una tensión armónica entre intelectualismo (legitimación moral y teológica) y voluntarismo (decisión política), de modo que responde al voluntarismo en cuanto se somete a la ley como manifestación de la decisión política del rey, y responde al intelectualismo en cuanto, como objeto jurídico legal, el crimen es analizado por la doctrina de los jurisperitos y los teólogos (al unísono) de toda Europa, aplicando los principios del iusnaturalismo teológico basado en el pensamiento de Tomás de Aquino (armonía de razón y fe). Por otra parte, b) la composición técnica del crimen que desarrolla la ley tiene un carácter casuista, fragmentario y descriptivo.

La sumisión del crimen a la ley implica la definición de un campo político secular conectado pero distinto del campo teológico, pues el rey, como vicario de Dios, asume el ejercicio de la justicia, lo que incluye la justicia punitiva. Su legitimación es divina, lo que se respeta en el hecho de que la ley del rey esté sometida a la ley natural y divina. Pero precisamente esta legitimación de la espada temporal (con el mismo origen divino que la espada espiritual del papa) convierte su ejercicio en propio y al margen de la potestad eclesiástica.

**Partidas 2.1.5: “Vicarios de Dios son los reyes cada uno en su regno puestos sobre las gentes para mantenerlas en justicia et en verdad quanto en lo temporal, bien asi como el emperador en su imperio”.**

**Francisco Suárez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore: “Ley natural es propiamente aquella que pertenece a la doctrina moral y a la teología, y es ínsita a la mente humana para diferenciar lo honesto de lo torpe. [...] En la ley natural puede distinguirse una ley natural pura y otra sencillamente supernatural o natural en relación o por comparación con la gracia. La ley natural pura es divina porque mana de Dios, pues la ley del orden divino de la naturaleza es ley divina. Así que primero la ley deriva de Dios mediante la naturaleza que emana en cuanto propiedad de Aquel, y después deriva de Dios por la infusión de Su gracia y luz sobrenatural, de manera que en la actualidad los hombres que gobiernan perfeccionando el dictamen de las leyes reciben el auxilio y la ayuda excitante de la gracia. [...] Se entiende pues por ley humana la que inmediatamente es descubierta y dispuesta por los hombres. Y digo inmediatamente porque, primordialmente, toda ley humana deriva de algún modo de la ley eterna. [...] Se suele decir comúnmente que la ley penal pura depende de la intención del legislador, y la obligación de la ley en conciencia puede ser mayor o menor dependiendo de la intención del legislador”.**

La representación pictórica de la justicia, a lo largo de toda la Edad Moderna, recoge la balanza (la justicia equitativa de raigambre romana), la espada temporal (el poder civil cristiano bajomedieval) y los libros (la justicia como aplicación de la ley).

Lucas Van Leyden, Las Siete Virtudes, 1530.



Bernardino Mei, Alegoría de la justicia, 1656.



Caso 13. Gaetano Gandolfi, Alegoría de la justicia, 1760.



### 2.2.2. Pecado, delito y crimen.

En consecuencia, aunque el crimen preexiste a la ley como el pecado a la penitencia, cabe distinguir el pecado del crimen porque este depende de la potestad del rey expresada en la ley. La doctrina desarrolla esa diferencia en la medida en la que el pecado pertenece al fuero interno y el delito o crimen al fuero externo, particularmente judicial, con un procedimiento que conduce a la ejecución de una pena. A su vez, el crimen se diferencia, como especie, del género del delito, en que es voluntario o doloso, de modo que la culpa o negligencia pertenece al ámbito delictivo pero no al criminal. Con el dolo, en el acto del fuero externo que es el crimen cobran relevancia (por influencia de la importancia teológica del fuero interno) los factores de la imputabilidad (capacidad de dolo) y de la culpabilidad (cualidad del dolo: dolo, culpa, casos imprevisto y fortuito). Además y a pesar de todo, cabe observar que la conexión entre pecado y delito no ha desaparecido, pues ceñido el crimen al dolo el delito abarca los pecados tanto voluntarios como involuntarios.

**Tiberio Deciani, *Tractatus criminalis*: “Yo entiendo que hay que admitir una diferencia entre el pecado y el delito o crimen, porque el pecado es propiamente aquel que merece un castigo divino y una penitencia voluntaria de modo que la pena propiamente atañe al fuero interno. Sin embargo por el delito o crimen se inflige una pena corporal, que se ejecuta en virtud de un juicio mediante acusación e inquisición,**

denuncia y condena [...] Difiere no obstante el delito del crimen, porque, como dice Accursio, el delito es un género generalísimo que comprende todo pecado, voluntario o involuntario, mientras que el crimen es un género subalterno que contiene solo aquellos delitos en los que existe dolo”.

### 2.2.3. Atrociadad, gravedad y levedad del delito.

La pena determina la clase de delito: la cualificación de la pena de muerte hace el delito atroz; la pena de muerte u otra corporal hace el delito grave; y la pena no corporal hace el delito leve. Es un criterio voluntarista, que se expone de forma inversa, respetando el primer plano del intelectualismo.

**Diego de Cantera, Quaestiones criminales:** “algunos delitos son atroces y privados, como el hurto, y otros son atroces y públicos, y aun otros son atrocísimos, como el adulterio, el parricidio, la lesa majestad y similares, y en estos delitos no cabe restitución [...] y se conoce que el delito es atroz [...] en que cuando interviene dolo se califica como atroz el delito [...] lo que ha de entenderse siempre que el dolo sea verdadero y no presunto [...] Sin embargo yo comprendo la cuestión de otra manera, pues la injuria o el delito me parece atroz o leve dependiendo de las cualidades del delito y sus circunstancias [...] Según Bártolo los delitos leves son aquellos que no requieren dolo y los delitos graves son aquellos crímenes privados que requieren dolo, como el hurto o el crimen de injurias personales [...] así como aquellos delitos públicos en los que no se impone la pena de muerte; delitos gravísimos son los delitos públicos en los que se impone la pena de muerte”.

### 2.2.4. Leyes penales.

Ahora bien, la ley penal que contempla el crimen es una ley odiosa o de interpretación restrictiva, como otras leyes (tributarias, irritantes, correctivas) con las que le une su carácter extraordinario, oneroso o la añadidura de un vínculo o de un mal (la pena) que va más allá del que establece la ley divina (el juicio divino del pecado).

**Francisco Suárez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore:** “Muchos suelen enumerar varias especies de leyes odiosas, tres o cuatro principalmente. Se trata de la ley penal, la ley que impone un tributo o carga, la ley que invalida un acto que prohíbe directa o indirectamente o consecuentemente, la ley exorbitante respecto del derecho antiguo o el derecho común o que los deroga o limita o corrige”.

Teólogos y juristas diferencian la ley penal mixta y la ley meramente penal, de manera que solo la primera tiene el efecto (por identificarse su transgresión con el pecado) de obligar en conciencia. Esto tiene una repercusión técnica: en la ley penal mixta la pena se impone como efecto automático de la ley (*lata sententia*), mientras que en la ley meramente penal la pena se impone en virtud de la sentencia judicial (*ferenda sententia*). Sin embargo, juristas y teólogos admitieron mutaciones de la ley meramente penal en ley penal mixta por razones de interés político (la utilidad pública, el escándalo...) o por razón del agravamiento de la pena, que dependía de la ley del rey.

**Enrique de Villalobos, Suma de la teología moral y canónica:** “Dos maneras ay de leyes penales. Las vnas son meramente penales, que no prohiben nada, sino solo ponen pena [...] Otras leyes son mixtas, que prohiben, que la cosa se haga, y

ponen pena al que no la hiciere. **Primera conclusion.** La ley que es puramente penal, no obliga a culpa de si, quando no prohibe nada, sino solo pone la pena. [...] Y no obsta contra la conclusion, lo que dize Soto, y otros, que tienen lo contrario, esto es, que por ser pena, ha de mirar forçosamente a culpa porque la pena, y la culpa son relatiuos [...] **Tercera conclusion.** Las leyes humanas ciuiles mixtas, que son las que no solo ponen pena, sino tambien prohiben, que no se haga tal cosa, o mandan que se haga, obligan a culpa”.

Esta misma posibilidad de que la ley del rey mute la naturaleza del delito afecta también a la diferencia entre delitos públicos (que ofenden a Dios o al rey) y privados (que ofenden a un particular). Estos últimos, frecuentes en tiempos medievales (venganza de la sangre), van quedando reducidos a tipos como el adulterio, las injurias leves, el hurto famélico... Pero la ley puede atribuir el efecto típico del delito público, que es la acusación pública, al delito privado, transfigurándolo, cuando el rey lo considera conveniente.

### 2.2.5. Delitos públicos y privados.

Antonio Gómez, *Variae resolutiones*: “digo que algunos delitos son públicos y otros son delitos privados. Públicos son aquellos en los cuales la acusación pertenece a cualquier persona del pueblo. Lo que declaro proponiendo algunas reglas generales. La primera regla es que todo delito, que principalmente produce una ofensa a Dios, se considera público, y en él cualquier persona del pueblo puede acusar, lo que obedece a una doble razón: La primera, el hecho de que lo que produce una ofensa a Dios, se entiende que injuria a todos. La segunda, el hecho de que si no pudiera acusar cualquier persona del pueblo, tal delito permanecería impune, dado que ninguna persona privada ha sido ofendida. [...] La segunda regla es que todo delito en ofensa del príncipe es público [...] La tercera regla es que el delito cometido contra una persona privada y particular es público cuando la ley lo contempla así expresamente, y en otro caso es privado. Y en todos los casos en los que los delitos son públicos, puede regularmente acusar cualquiera del pueblo [...] Y son delitos públicos el crimen de lesa majestad, el homicidio, el adulterio, el crimen de falsedad, la violencia y otros crímenes y delitos [...] Delitos privados son aquellos por los cuales solo puede acusar aquel que sufrió la injuria u ofensa, y no cualquier persona del pueblo, tanto si su acción es civil como si es criminal, como sucede en el crimen de injurias, el hurto y similares delitos”.

### 2.2.6. Casuismo, descriptividad y fragmentariedad de la ley y la obligación criminal.

La tipificación de los delitos es casuística, conceptualmente descriptiva (no definitoria, lo que explica la confusión entre términos técnicos como, por ejemplo, el hurto y el robo), articulada en función de muy diversos condicionamientos circunstanciales o cualitativos. Además es fragmentaria normativamente, combinando regulaciones generales y especiales. Deben tenerse en cuenta también, en su contenido y en la forma de colmar lagunas, las características de los sistemas jurídicos del *ius proprium*: así, en la corona de Castilla, el derecho regio moderno se antepone a la tradición jurídica medieval, mientras que en el reino de Navarra y en la corona de Aragón derecho regio moderno y tradición jurídica medieval se solapan. Las penas están condicionadas por las circunstancias o cualidades (personales, modales, espaciotemporales, instrumentales, etc.) del delito.

El hurto y el robo en la ley moderna:

Enrique Álvarez Cora, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, 2012:

Corona de Castilla.

*Nueva Recopilación.*

*Ladrones ... y encubrimiento, receptación y participación.*

Comutación de azotes o de penas en delitos calificados y graves en los que pueda diferirse la ejecución de la justicia, salvo ladrones, vagamundos y holgazanes menores de veinte años, mujeres vagamundas y ladronas, y esclavos, por — [vergüenza publica + 4 años ... 6 años de galeras *si mayor de veinte años ... con diecisiete años*] *la primera vez* / [100 azotes + galeras perpetuas] *la segunda vez.*

*Si hurto en la corte.* — [100 azotes + 8 ... 10 años de galeras *si mayor de veinte años ... con diecisiete años*] *la primera vez* / [200 azotes + galeras perpetuas] *la segunda vez.*

Comutación de penas arbitrarias que han de ser corporales por vergüenza publica y galeras en tiempo según calidad del caso y del delito, aunque haya apartamiento de parte.

+ *Fuero Real.*

*Robo.*

*Si ladrón no conocido o encartado.* — Duplo + 100 maravedíes al rey.

*Si ladrón conocido o encartado.* — Pena de muerte + duplo.

*Hurto.*

Novenas, al dueño dos partes y siete partes al rey > [pérdida de bienes y corte de orejas *si valor inferior a 40 maravedíes* / corte de orejas y puño *si valor superior a 40 maravedíes*] + pena de muerte *si reincidente.*

*Consejo, receptación y encubrimiento de hurto.* Pena del hurto.

+ *Partidas.*

*Robo* (entre hurto y fuerza en cosa mueble, de los enemigos de la fe en tiempo de guerra, de otra persona en yermo o en poblado, y de casas o naves en peligro so pretexto de ayuda).

*Hasta un año.* — Restitución + triple del valor.

*Cumplido un año.* — Restitución + frutos.

*Si siervo sin mandato ni ratificación del señor.*

— *Si la cosa entró en pro del señor.* — Restitución;

— *si la cosa no entró en pro del señor.* — Servitradición / enmienda según albedrío judicial.

*Hurto* (toma manifiesta o encubierta, de cosa mueble ajena con intención de ganar su señorío, posesión o uso, o uso extratérmino del objeto del préstamo, depósito o prenda) *y consejo-esfuerzo o inducción con receptación ejecutado el robo por el hijo o el siervo.*

[(Restitución / estimación al día de la demanda) + daños y menoscabos] + [cuádruple *si hurto manifiesto* / duplo *si hurto encubierto*] + duplo *si consejo-ayuda* + azotes u otra vergüenza por escarmiento público del juez excluida muerte y mutilación.

*Si ladrón conocido y manifiesto de caminos, corsario, forzador de casa, hurtador en iglesia o lugar religioso o de cosa santa o sagrada, u oficial del rey o del concejo en el ejercicio de su oficio hasta pasados cinco años, y ayuda, consejo o encubrimiento.* — Pena de muerte.

*Si en hospedaje.*

— Pena del hurto *si hurta el hostelero*;

— [duplo / (duplo / desamparo) *si siervo*] para el hostelero *si hurta hombre bajo soldada del hostelero*;

— [restitución / estimación de la cosa] para el hostelero *si hurta un extraño y el hostelero recibe en guarda la cosa*.

*Si en almojarifadgo u otra guarda.* — Pecho de la cosa.

*Si de la cosa prendada.*

— [Pecho de la cosa + (restitución / pago de la deuda)] *si hurto del deudor al acreedor pignoraticio*;

— compensación de la deuda con el pecho de la cosa *si hurto por extraño de la prenda excluidas las litisexpensas*.

*Si falsificación de moneda regia.* — Cuádruple + destierro insular + condena a labores del rey *si menestral*.

*Si de pilares, cantos u otro material de labor.*

— Duplo *si puesta en labor propia*;

— [restitución / tantumdem] *si no puesta en labor propia*.

*Si de hijos o siervos ajenos, o compraventa de hombre libre.*

— Aherrojamiento y condena perpetua a labores del rey *si hidalgo*;

— pena de muerte *si no hidalgo*;

— pena de muerte por bestias bravas *si siervo*.

Exención si tahúr acogido a sabiendas, hurto doméstico, menor de diez años y medio, loco o desmemoriado.

## Reino de Navarra.

### *Hurto.*

*Si hurto nocturno, o hurto diurno con escala de casa o apertura con violencia, llave maestra o ganzúa, de puerta u otra cosa cerrada, con armas, o sin armas por valor mínimo de 300 ducados, y ayuda o consentimiento del criado de la casa.*

— Pena de muerte según circunstancias, calidad y cantidad del hurto *al autor, y al criado que ayuda o consiente*;

— [100 azotes + destierro perpetuo] *a la criada que ayuda o consiente*;

— [100 azotes + 2 años de galeras] *al escondido en la casa en tentativa de hurto*.

*Si hurto por valor inferior a 300 ducados.* — 200 azotes + [4 años de galeras *la primera vez* / 10 años de galeras *la segunda vez*].

*Si hurto en lugar bendito o sagrado.* — Pena de muerte según circunstancias, calidad y cantidad del hurto.

Imposibilidad de indulto.

Reino de Aragón.

*Robo o hurto, y negación o venta de la cosa prendada.*

[Restitución de la cosa robada o hurtada, solidariamente en caso de delincuentes copartícipes + pena corporal] > [reparación del daño / pérdida de la herencia] por los herederos intestados o testados del ladrón.

Responsabilidad de los padres por el robo o hurto del hijo salvo casado, clérigo o caballero + no excusación por mandato.

*Si alzamiento de mercaderes.* — Nulidad de enajenaciones, transportes y contratos + inhabilitación y privación de oficio.

*Ladrones... y conmutación de penas.*

{[Marca + azotes + destierro perpetuo con conminación si se quebranta (de mutilación de orejas *si hurto parvo* / de muerte natural *si hurto magno*) excluida si el hurto solo es probado por conjeturas o indicios] *si ladrones mayores de catorce años* + [conmutación por galeras de la pena del ladrón una vez conmutada la mutilación de orejas por la marca en las espaldas con las armas y sello de Aragón / conmutación por galeras, exclusivamente en el caso de ladrones, de la pena de muerte natural, con voluntad del condenado y placet de la parte interesada y del procurador astricto con licencia del presidente de la Audiencia]} ... [azotes / galeras incommutables sin orden expresa del rey / destierro / pena de muerte natural] a arbitrio del juez según la calidad del delito y de las personas.

Principado de Cataluña.

*Ladrones, asaltadores de caminos, incendiadores de casas y otras propiedades, matadores de bestias mayores o menores, asesinos, talladores y destructores maliciosos de viñas y árboles (delitos atroces).*

Penas incommponibles conforme a las leyes de la tierra o del derecho común.

*Hurto.*

Azotes, *la primera vez* en las espaldas con señal y armas de la ciudad, villa o lugar + incapacitación para testimonio.

*Si reincidencia.* — Pena aumentada según la calidad del hurto y la costumbre de delinquir.

Reino de Valencia.

*Ladrocínio o hurto, y consentimiento.*

Infamia de [mutilación de la oreja derecha ... azotes y exilio *la primera vez* / mutilación del pie o mayor pena por el juez según la gravedad del maleficio y la cantidad de la cosa robada ... mutilación de orejas, azotes y exilio *la segunda vez* / pena de muerte por horca ... mutilación de pie o mayor pena por conocimiento de la corte y de los prohombres según la calidad de la persona y la gravedad del hurto inclusive hasta muerte *la tercera vez*] + restitución de la cosa robada + exclusión de derecho de restitución de la cosa hurtada encomendada + [cuádruple *si hurto manifesto* / duplo *si hurto no manifesto*] + incapacitación para testimonio.

*Si receptación consciente.* — La pena del hurto ... [20 maravedies + restitución del maleficio manifesto y probado en 20 días ante la corte > (azotes por la villa + destierro local por un año)].

**Robo.**

Condena por el valor que jure el actor conforme a tasación judicial que evite desmesura *si hay confesión, el maleficio es manifiesto y público o está probado* + infamia + incapacitación para testimonio + exclusión de derecho de restitución de la cosa robada encomendada.

Ahora bien, la clasificación de los géneros y especies de delitos o crímenes, así como su definición o *dicitur*, y sus formas de comisión (*committitur*) se encuentran desarrollados en la doctrina jurídica.

Francisco de Pradilla, Svma de las leyes penales:

“Todos los delitos”: Delito y crimen de la herejía. — Crimen y delito de la blasfemia. — Crimen y delito *laesa maiestatis*. — Maledicencia y blasfemia del rey. — Estupro o fuerza de virgen. — Delito y sacrilegio de fuerza de monja. — Delito de raptó. — Pecado y delito de incesto. — Delito de adulterio. — Crimen y delito de lenocinio y alcahuetería. — Pecado y crimen nefando de sodomía y contra natura. — Delito de bigamia. — Amancebamiento. — Delitos de adivinación, hechicería, brujería y encantamiento. — Delito de homicidio. — Delito de parricidio. — Delito de envenenamiento. — Homicidio a traición o con alevosía. — Asesinato. — Delito de suicidio. — Delito de falsedad. — Falso testimonio. — Delito y crimen de moneda falsa. — Medidas y pesos falsos. — Delito de fingimiento de parto. — Delito de usurpación o muda de término. — Exposición de hijos. — Hurto y ladrón. — Delito y crimen de simonía. — Delito y crimen de usura. — Crimen y delito de perjurio. — Crimen de sacrilegio. — Delito de incendio de iglesias, casa, montes y mieses. — Delito de plagio. — Delito de ladrones de ganados. — Delito de sedición. — Delito de salteamiento y ladrones en campos y yermos. — Fuerza pública (con armas) o privada (sin armas), hurto con violencia y quebrantamiento de casa. — Delito de cárcel privada. — Impedimento de sepultura y violación de sepulcro. — Injuria real o verbal y libelo infamatorio. — Matrimonio clandestino. — Delito de juego. — Delito de usurpación de bienes de la república (peculado y residuo).

“Casos en que por derecho particularmente del Reyno, ay puesta determinada, y cierta pena a los que delinquieren en ellos”: Duelo. — Exacción ilícita. — Estelionato. — Usurpación de jurisdicción. — Entrada nocturna en casa ajena con escalas. — Espionaje. — Tala de árbol ajeno. — Suministro de armas o provisiones a enemigos. — Falsedad de nombre. — Quebrantamiento de cárceles y prisiones. — Encubrimiento. — Complicidad. — Prostitución y lesbianismo. — Cohecho, soborno, colusión y corrupción. — Negligencia en la administración de justicia. — Caza y pesca ilícitas. — Calumnia. — Perturbación extrajudicial de la posesión. — Quebrantamiento del asilo eclesiástico. — Prevaricación.

**2.2.7. Pena legal ordinaria y pena arbitraria extraordinaria.**

La justicia punitiva pertenece al rey, quien la ejerce mediante la ley que sus jueces están obligados a aplicar, pero cuando las circunstancias o cualidades delictivas lo aconsejan, el juez, habilitado en la subrogación en el poder regio (ministerio de la ley), puede mitigar o aumentar (o cualificar) la pena (o su forma de ejecución, como en el arrastramiento y el descuartizamiento que se añaden a la horca en los homicidios cualificados). La pena prevista en la ley es la pena ordinaria; la pena que nace del arbitrio judicial es la pena extraordinaria.

Joos Damhouder, *Praxis rerum criminalium*: “Hay penas que son ordinarias y otras son extraordinarias. Entendemos por pena ordinaria la que las leyes

constituidas por los príncipes establecen, o bien la que es introducida con certeza por una longeva costumbre patria [...] Puede denominarse pena extraordinaria a aquella que el juez, no en virtud de la ley de la constitución del príncipe, ni en virtud de una no olvidada costumbre, sino en virtud del propio arbitrio, infiere e impone [...] Conviene explicar que el juez, al disponerse a pronunciar una sentencia, debe aplicar las penas ordinarias establecidas por las leyes, y no puede, según su arbitrio, disminuirlas, variarlas, aumentarlas o infringirlas sin una evidente y máxima razón de urgencia. Pero existen razones evidentes para aumentar o disminuir el rigor de las constituciones. Así si el delito fue cometido con ignorancia, imprudencia, por caso fortuito, con ebriedad, locura, pasión frenética, en defensa necesaria del cuerpo, por inducción o persuasión de otro, o en una ocasión similar. Así si el crimen fue pensado con premeditación y reflexión. Una razón frecuente para el aumento de la pena de las constituciones legales es la frecuente iteración del delito, o la comisión de una pluralidad de delitos. O bien cuando se trata del autor que encabeza la perpetración de una multitud de crímenes o a muchos criminales con persuasiones o amenazas. En el establecimiento de penas extraordinarias (que decimos depender del arbitrio de los jueces) conviene que el juez las determine no por mor de la religión de su espíritu y conciencia, sino por mor de lo que Pedro o Pablo comuniquen, aleguen y prueben ante el juez”.

#### 2.2.8. Costumbre de delinquir y mala fama.

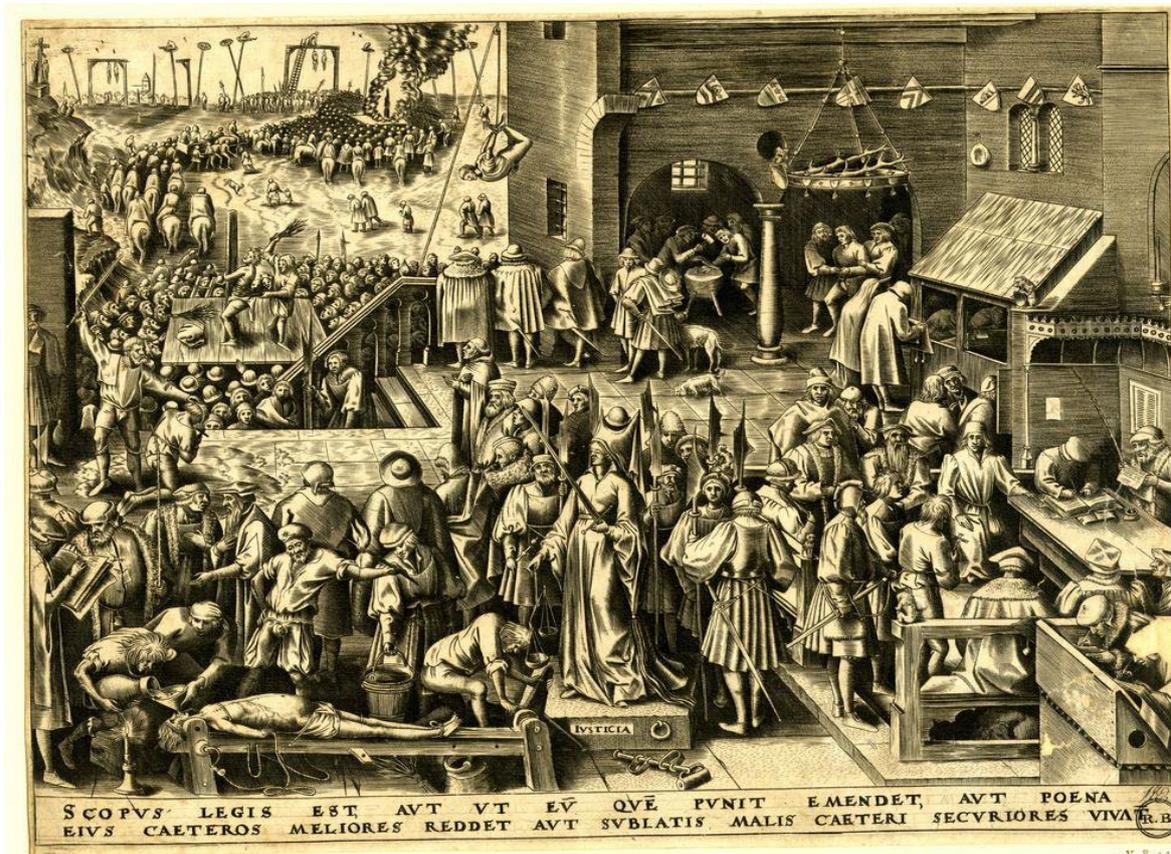
En el crimen, por su gravedad dolosa, la causa de la reiteración y reincidencia es particularmente relevante a la hora de aumentar la pena o cualificar su ejecución. Es significativa que la razón objetiva que está en la base de la iteración del crimen tenga un reflejo subjetivo en la mala fama del sujeto criminal, una *mala fama* que funciona como presupuesto de seguridad (presunción). Sin embargo, la subjetividad de la mala fama excita la represión judicial desde la constatación del asentamiento del mal (costumbre) sin visos (pecado pendiente de sanación no presumible) de corrección ni arrepentimiento. Así, aunque costumbre delictiva y mala fama puedan corresponderse, la costumbre delictiva no rige como presunción (por mala fama) sino como prueba, en cuanto actos objetivos (dos crímenes o bien sentencias condenatorias) de una iteración criminal que atrae el agravamiento de la pena, al margen de que subjetivamente el comportamiento pueda transfigurarse en el futuro, por sanación (tres años), en una buena fama.

**Lorenzo Matheu y Sanz, Tractatus de re criminali: “Es una fundamental y justísima razón que de la frecuencia de los delitos resulta una costumbre prava, que convierte en natural una malicia descubierta como premeditada que se comprueba en la perseverancia delictiva y concluye en una perniciosa incorregibilidad, sin esperanza de corrección ni de arrepentimiento”.**

#### 2.2.9. Represión y ejemplaridad de la pena.

La justicia punitiva, representada con los ojos vendados (neutralidad, equilibrio contencioso, castigo público), preside, en el enjuiciamiento de los crímenes que merecen pena corporal, los actos procesales de la aplicación del tormento (la toca, la garrucha) y la ejecución de penas aflictivas e infamantes (la vivicombustión, la flagelación pública, la horca), establecidas en las condenas de los pleitos criminales.

Pieter Brueghel el Viejo, *La justicia*, 1559.



Las condenas criminales incluyen, para la mayor ejemplariedad y eficacia de la represión, la forma de ejecución de las penas y la cláusula de quebrantamiento.

Ejecutoria de 7 de marzo de 1503: “Y haciendo y librando en el dicho negocio lo que de derecho se debía hacer, hallaron que por la culpa que por el dicho proceso parecía tener el dicho Fernán Sánchez en lo que hizo y cometió contra la dicha Francisca de Barrasa, y que le debían condenar y condenaron, a que fuese sacado el dicho Fernán Sánchez de la cárcel donde estaba preso, caballero encima de un asno, con una soga a la garganta, y con pregón y pregonero fuese llevado por las plazas y lugares acostumbrados de la dicha cibdad, y le fuesen dados cien azotes, y fuese al rollo o picota de la dicha cibdad y allí le fuese enclavada la mano derecha a donde esté una hora cumplida, y más le condenaron a pena de destierro y le desterraron de la dicha cibdad de Granada y su tierra e jurisdicción por un año cumplido primero siguiente, y mandaron que lo saliese a cumplir luego y ejecutada en él esta dicha sentencia, y salido no lo quebrantase, so pena que, por la primera vez, le fuese doblado y, por la segunda, muriese por ello, y más le condenaron en todas las costas en el dicho pleito por parte de la dicha Francisca de Barrasa derechamente hechas, la tasación de las quales en sí reservaron, y por su sentencia definitiva juzgando, así lo pronunciaron y mandaron”.

### 2.2.10. Necesidad y proporcionalidad de la pena.

En el siglo XVIII, el reformismo ilustrado acentuará la idea del humanitarismo mitigador de las penas, insistiendo en su necesidad y proporcionalidad, o bien en interpretaciones jurídicas que ya tenían tradición altomoderna (por ejemplo, la limitación de la confiscación de bienes preservando las expectativas hereditarias, o el rechazo hacia penas consuetudinarias o exquisitas) y abogando por una represión punitiva fundamentada en la utilidad pública (orden y tranquilidad nacional contra el daño social) y relativizadora del influjo confesional.

**Manuel de Lardizábal, Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España:** “Disputan los Jurisconsultos sobre la proporción que debe guardarse en la imposición de las penas. Comunmente dicen, que la geométrica, a distinción de los contratos, en los cuales debe guardarse la aritmética. [...] Pero prescindiendo de esta disputa, cuya decisión no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es, que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, a cuya regulación contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito [...] Esta igualdad es la que llamamos proporción entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de toda buena legislación criminal, la cual, faltándole esta proporción, se destruirá por sí misma, a manera de un vasto edificio, en el cual los pesos menores se cargasen sobre las más fuertes columnas, y los más enormes sobre las más débiles. [...] Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine a cometer un delito, tenga algún interés en no consumarlo, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan más atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad a otra. Esto solo puede conseguirse por medio de una graduación de las penas proporcionadas a los progresos que se hagan en la prosecución del delito, a las circunstancias más, o menos graves, y a la mayor o menor atrocidad. [...] Otra de las qualidades que hemos dicho debe tener la pena para ser útil, es ser necesaria. [...] Y de aquí resulta, que estas deben ser, como se ha dicho, lo menos rigurosas que sea posible, atendidas las circunstancias, porque en quanto excediesen en esta parte, dexarian de ser ya necesarias [...] no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, que deben ser inexorables en imponerlas”.

### 2.3. El idealismo jurídico.

#### 2.3.1. Acción externa, delito, moral civil pública y humanitarismo.

En el siglo XVIII, conforme a los ideales ilustrados, a la distinción, agudizada, entre pecado y crimen, se añade el concepto de vicio, que hace referencia a la preservación de la moral social y las buenas costumbres. En esta época se critica la tendencia a usar los conceptos de pecado, vicio, delito y crimen como sinónimos. También se tecnifica el concepto de imputabilidad, que evita la bifurcación (en capacidad y voluntad) del dolo.

**Rudolph Engau, Elementa Iuris Criminalis Germanico-Carolini:** “De la forma en que los doctores han utilizado como sinónimos los conceptos de pecados, vicios, delitos, crímenes ha nacido una gran oscuridad, para evitar la cual séame lícito denominar pecado solo a lo que es contrario a las leyes divinas; vicio, a lo que lesiona los preceptos de la honestidad y el decoro; delito, al hecho contrario a la ley humana

amenazado por esta con una pena; y por último crimen, al delito cuyo autor es imputable”.

El crimen se separa radicalmente del pecado (acción interna o externa contra la ley divina), porque se detecta exclusivamente en el fuero externo (acción externa), de modo que el atentado a la religión solo se contempla como una forma de perturbación del orden público (delito de religión). Precisamente la paz y la moral pública (en la línea del concepto de vicio) se convierte en el objetivo que debe preservar la ley penal junto a los clásicos delitos de los particulares, y así se tipifican los delitos contra el orden público, la tranquilidad y seguridad pública, la salud pública, la honestidad pública, la fe pública, la policía pública y el comercio público (en el Plan de Código Criminal de Lardizábal de 1787). El crimen se comprende como una acción condicionada objetivamente externa e internamente por el individuo (carácter y sensibilidad, deliberación y conocimiento, estímulos) y la sociedad (usos y costumbres sociales, espacio y tiempo, lugar), con múltiples factores (reincidencia, instrumentos criminales), y necesitado de una comprensión multidisciplinar (filosofía, moral, política, literatura, ciencias naturales). De esta explicación compleja y condicionada de la naturaleza del crimen deriva la idea de la proporcionalidad de las penas y de la mitigación de la severidad de las leyes penales.

**Manuel de Lardizábal, Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España: “Todos los delitos, que pueden cometerse, se reducen a cuatro clases: contra la religión, contra las costumbres, contra la tranquilidad, y contra la seguridad pública, o privada. [...] Toda acción contraria a la ley divina, sea interna, sea externa, es pecado. Ningún acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, y las acciones externas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares. [...] Pero también es verdad, que además del daño hecho al orden público y a los particulares, deben concurrir y tenerse presentes otras circunstancias [...] Estas son la deliberación y conocimiento del delincuente, el mal ejemplo que causa el delito, los impulsos o causas que estimulan a delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo e instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delincuente y del ofendido, las cuales circunstancias juntas con el daño hecho a la sociedad o a los particulares, constituyen la verdadera medida y naturaleza de los delitos. [...] Pero después que el estudio de la filosofía, de la moral, de la política, de las letras humanas, y de las ciencias naturales, habiendo ilustrado más los entendimientos, suavizó también, y moderó las costumbres: después que dio a conocer todo el precio de la vida y de la libertad del hombre, y se substituyó esta a la esclavitud, igualmente que la humanidad y la dulzura a la severidad y al rigor, no podía ocultarse ya la indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas a la naturaleza de los delitos, a la mayor sensibilidad de los hombres y al diverso carácter, usos y costumbres que habían adquirido las naciones. [...] Cuando digo, que solo las acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares, son delitos, y que solo ellas están sujetas a la censura de las leyes humanas, estoy muy distante de excluir de esta clase las acciones externas perturbativas de la religión, porque esta es el vínculo más fuerte y el más firme apoyo de la sociedad”.**

### 2.3.2. Delitos y faltas.

La fusión de los conceptos de delito y crimen, contra el modelo penal francés, se acompaña en los códigos penales de la separación entre los delitos y las faltas: mientras el término delito se refiere a las conductas que merecen penas aflictivas o correccionales, la falta se refiere a la infracción que merece una pena leve.

**Código penal de 1848, artículo 6.º: “Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas aflictivas. / Se reputan delitos menos graves los que la ley reprime con penas correccionales. / Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves”.**

**Alejandro Groizard, El Código penal de 1870: “dos modelos se ofrecían a los autores de nuestra ley penal: el código francés, con sus tres categorías de crímenes, delitos y contravenciones, dando el primero de estos nombres a las infracciones que castigaba con penas aflictivas o infamantes; el segundo, a los que reprimía con penas correccionales; y el tercero, a los que correspondían penas de policía; y el código austríaco que los dividía en dos grupos, a saber: en delitos y graves infracciones de policía. No sin vacilar decidiéronse por este último. Aplaudimos la elección. Desde luego la división trimembre anunciada, tenía contra sí y tiene el haber sido, con fundado motivo, generalmente impugnada como contraria a las leyes de la lógica y a todo procedimiento racional y científico, por hacer depender la naturaleza de los actos punibles, de la imposición de las penas con que se castigan, cuando en sentido inverso, la intensidad y la extensión de estas debe determinarse por la índole y circunstancias de aquellos; pues que el delito es la causa y la pena la consecuencia”.**

### 2.3.3. La constitucionalidad del delito.

En el siglo XIX, la Constitución surge como la norma fundamental que reconoce la soberanía nacional y regula los derechos y las libertades individuales y la organización del Estado. Su jerarquía normativa avanza lentamente a partir de la oscilación entre rigidez y flexibilidad, el reconocimiento del principio de legalidad (en principio de las disposiciones reglamentarias) y la declaración expresa de la primacía de rango (o mediante el establecimiento de un tribunal constitucional). Esta jerarquía normativa afecta a la necesidad de la acomodación constitucional del derecho penal, que coexiste con la legitimación política de leyes excepcionales en función de la gravedad y peligrosidad social de nuevos delitos.

**Constitución de 1812, art. 247: “Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley”.**

**Constitución de 1812, art. 305: “Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”.**

**Constitución “non nata” de 1856, art. 11: “No se podrá imponer la pena capital por delitos meramente políticos”.**

**Constitución de 1869, art. 2.º: “Ningún español ni extranjero podrá ser detenido ni preso sino por causa de delito”.**

#### 2.3.4. Dogmática de la imputación y la responsabilidad delictiva.

En el siglo XIX, los códigos penales españoles no disocian, frente al modelo penal francés, el delito y el crimen. El concepto del crimen va a perder así su esencia de malignidad precisamente en la medida en la que el concepto de imputabilidad, como el de culpabilidad, superan al dolo, incluyéndolo, e integrando su representación del ánimo o la intención prava, tan propia de la conexión con el pecado, en una estructura técnica de la acción delictiva; delito y crimen tienden a funcionar, en consecuencia, a menudo, como términos sinónimos. Esta estructura técnica supera el casuismo y desarrolla una teoría general del derecho penal mediante una construcción científica, lógica, sistemática, conceptualmente articulada en géneros y especies, con definiciones y no solamente descripciones típicas, al servicio de un ejercicio racional de la prevención y la represión por parte del poder público. La propia técnica jurídica se separa de la filosofía y la moral, generando una propia filosofía jurídico-penal.

Alejandro Groizard, *El Código penal de 1870*: “El casuismo antiguo desaparece por completo; anuncianlo desde luego los códigos modernos con sus primeras palabras. Los actos dignos de penalidad, que antes aparecían, sin conexión ni analogía, sin proporción ni sistema, aquí y allí castigados, ahora se reúnen, forman un todo, constituyen un género, cuyas condiciones generales, cuya naturaleza propia es el primer cuidado del legislador declarar y describir. ¿Cómo desconocer la bondad de esta evolución jurídica? Ella indica, por sí sola, que la fuerza ha muerto y la ciencia preside la construcción de la ley penal. Una definición del delito al frente de un cuerpo legal es el anuncio de todo un sistema racional; es un reconocimiento por parte del poder público de la limitación de sus facultades; es la confesión arrancada a sus labios por la ciencia, de que no es árbitro de erigir su capricho en ley. [...] El delito puede ser considerado de dos modos: bajo un punto de vista filosófico y moral o bajo un punto de vista práctico; como una noción jurídica o como un mal real, especie de perturbación social que al poder público incumbe prevenir y castigar. [...] Del delito pueden darse tantas definiciones doctrinales cuantas son las escuelas que discuten sobre el origen del derecho de castigar. [...] Preguntad a los que hacen descansar la legitimidad de la ley penal en un pacto primitivo, anterior a la sociedad, y luego ratificado a favor de la misma del derecho de defensa, que en toda plenitud pertenecía a los individuos en el estado extra-social; o en una cesión de esos mismos derechos individuales y primitivos en compensación de las ventajas que de la sociedad reportan, y no podrá menos de responderos que es delito *todo acto que ataca a los asociados y hace necesaria su defensa por la sociedad*. Preguntad a los que estiman que la razón de la justicia penal está en la defensa que en virtud de un derecho propio, no delegado, corresponde a la sociedad para reprimir todo acto que lleve la perturbación al estado jurídico, cuya conservación le está encomendada, y os dirán que es delito *toda acción que interesa castigar para la conservación de la sociedad*. Preguntad a los que hacen de la utilidad el criterio de todas nuestras acciones y la base de la justicia humana, y os contestarán necesariamente que es delito *todo acto cuyo castigo interesa al mayor número*. Preguntad a la escuela puramente espiritualista, y ella, que deduce el derecho de castigar de la idea absoluta de justicia, de esa necesidad moral que el hombre siente dentro de sí propio de aprobar lo bueno y condenar lo malo, de remunerar el bien y de hacer expiar el mal, se verá obligada a exclamar que es delito *toda violación de un deber, todo acto contrario a la noción pura de justicia*. Preguntad, por último, a la escuela ecléctica, popularizada por Rossi, Broglié, Guizot, Remusat, Ortolan, Pacheco, Gómez de la Serna y tantos otros jurisconsultos contemporáneos, y haciendo surgir el derecho de

castigar de la combinación de una gran idea y de un gran sentimiento, de la idea de la justicia moral y del sentimiento de la utilidad social, veréis cómo el mejor medio que encuentra para satisfacer vuestras interrogaciones es el de resumir magistralmente todo su sistema en una definición y decirnos que es delito *la infracción de un deber para con la sociedad o los individuos, requerible de suyo y útil a la conservación del orden político; de un deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino por la sanción penal, y cuya infracción puede ser estimada por la justicia humana*".

Manuel Azcutia, La ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870:

## SÍNTESIS GENERAL.

DELITOS Y FALTAS.	}	Acciones voluntarias consumadas.....	} Penadas por la ley.
		— frustradas.....	
		— intentadas.....	
		— voluntarias graves.....	
		— ménos graves.....	
		— leves.....	
		Omisiones voluntarias.....	
Acciones voluntarias punibles, no penadas por la ley.			
Conspiracion.....	} Para la ejecucion de estos actos.		
Proposicion.....			

EXENCION DE RESPONSABILIDAD.	}	Por imbecilidad.
		Por demencia.
		Por edad.
		Por defensa propia ó derechos propios, en agresion ilegítima, sin provocacion y con necesidad racional del medio empleado para ella.
		Por defensa de la persona ó derechos de ascendientes, descendientes, cónyuges ó hermanos con iguales condiciones.
		Por defensa de la persona ó derechos de un extraño, verificada dentro de la ley.
		Por evitar un mal cierto y mayor.
		Por fuerza irresistible.
		Por miedo insuperable á igual ó mayor mal.
		Por cumplimiento de un deber.
		Por ejercicio legítimo de un derecho, oficio ó cargo.
		Por obediencia debida.
Por causa legítima é insuperable, en el caso de omision punible.		

CIRCUNSTANCIAS  
ATENUANTES.

- Edad menor de 18 años.
- Falta de intencion con relacion al mal causado.
- Provocacion inmediata.
- Vindicacion próxima de ofensa propia grave.
- Vindicacion próxima de igual ofensa al cónyuge, ascendiente, descendiente ó hermano, afin, adoptivo ó natural.
- Embriaguez habitual.
- Arrebato y obcecacion.
- Cualquiera otra de igual entidad y análoga, y tambien las eximentes, cuando no llenan todos los requisitos necesarios.

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

- Alevosía.
- Mediacion de precio, promesa ó recompensa.
- Inundacion, ó incendio, ó veneno, como medio; ó varamiento de nave, ó descarrilamiento de locomotora, ó cualquiera otro artificio ocasionado á grande estrago.
- Aumento deliberado y sin necesidad del mal propio del delito.
- Premeditacion conocida.
- Disfraç, astucia ó fraude.
- Abuso de superioridad.
- Abuso de confianza.
- Abuso de carácter público.
- Empleo de medios que al mal del delito añadan la ignominia.
- Aprovechamiento de incendio, naufragio ú otra calamidad ó desgracia.
- Auxilio de gente armada.
- Auxilio de personas que traten de asegurar la impunidad.
- La noche.....
- El despoblado. } Buscados de propósito.
- Desprecio ú ofensa de autoridad.
- Castigo anterior por delito de igual ó mayor pena.
- Castigo anterior por dos ó más delitos de los que tienen señalada por la ley pena menor.
- Reincidencia.
- Lugar de la ejecucion, por la consideracion ó respeto que merezca.
- Ofensa ó desprecio de dignidad, sexo ó edad.
- Escalamiento.
- Rompimiento de pared, techo ó pavimento.
- Fractura de puertas ó ventanas.
- Vagancia.

CIRCUNSTANCIAS MIXTAS.

Parentesco legítimo, natural, adoptivo ó de afinidad entre cónyuges, ascendientes, descendientes ó hermanos.  
 Empleo de la imprenta, litografía, fotografía ú otro medio análogo de publicidad para el delito.

RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

De autores..... {  
 Por participacion directa en la ejecucion del hecho.  
 Por fuerza ó induccion á otro para que lo verifique.  
 Por cooperacion con un acto, sin el cual no se hubiera efectuado.  
 De cómplices.... {  
 Por cooperacion no inmediata ni directa.  
 Por intervencion posterior en el hecho punible, con aprovechamiento propio ó auxilio á los delincuentes para que aprovechen sus efectos.  
 De encubridores. {  
 Por ocultacion ó inutilizacion del cuerpo, efectos ó instrumentos del delito.  
 Por ocultacion ó albergue del culpable, si éste lo es de traicion, regicidio, parricidio, asesinato ó reo conocidamente habitual de otro delito, ó con abuso de funciones públicas por parte del encubridor.  
 Por proporcionar en iguales condiciones la fuga del culpable.

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Directa..... {  
 Del autor.  
 Del cómplice.  
 Del encubridor.  
 Subsidiaria..... {  
 Por el imbécil..... }  
 Por el loco..... } De los curadores, guardadores ó tutores.  
 Por el menor de 9 años... }  
 Por el menor de 13 sin discernimiento..... }  
 Por sus discípulos..... }  
 Por sus huéspedes..... } De los posaderos, taberneros, amos y maestros.  
 Por sus oficiales..... }  
 Por sus aprendices..... }  
 Por sus dependientes..... }  
 Por sus criados..... }

RESPONSABILIDAD CIVIL.

Subsidiaria..... } De la persona en cuyo favor se delinque, pre-  
caviéndole algún mal.  
De la que hubiese producido el miedo, causa  
del delito.

La responsabilidad civil lleva en sí estas condiciones:

Restitucion de la cosa misma, si es posible, objeto del delito.

Reparacion del daño causado.

Indemnizacion de perjuicios.

La restitucion obliga á un tercer poseedor, ménos en el caso de que la cosa, por los requisitos legales de su adquisicion, sea ir-reivindicable.

En cualquiera otra ocasion, le queda á salvo su derecho para repetir contra aquel, de quien con legítima validez la recibió.

El importe de la reparacion lo regula el tribunal, apreciando tambien en lo posible:

La entidad del daño causado.

El precio de la cosa.

El de afeccion del agraviado.

La indemnizacion de perjuicios, sujeta á igual regulacion, comprende:

Los que se refieren al perjudicado.

Los que, por razon del delito, se hubieren irrogado á su familia.

Los, en igual concepto, causados á un tercero.

La accion, en los tres casos, contra los herederos de la persona responsable se trasmite á los que lo sean del ofendido.

Si las personas responsables son dos ó más, el tribunal señala la cuota que corresponde á cada una.

Los autores, cómplices y encubridores, cada uno dentro de su clase, responden solidariamente entre sí, por las suyas respectivas, y subsidiariamente por los demás responsables insolventes.

La responsabilidad subsidiaria se hace efectiva por el orden natural siguiente:

Autores.

Cómplices.

Encubridores.

Cualquiera de estos que pague tiene á salvo su derecho para repetir contra el otro ú otros que no pagan, por lo que á cada cual de ellos corresponda.

El resarcimiento obliga tambien, en proporcion de lo adquirido, á cualquiera otro partícipe por título lucrativo de los efectos del delito.

**2.3.5. Código, sistemática y terminología de los géneros y especies delictivos.**

En los códigos penales la sistemática conceptual sustituye a la casuística recopilada, pero la especificación de conductas punibles no deja de ser muy compleja dentro de los géneros y las especies delictivas. Esta especificación puede ser de menor o mayor claridad, según la técnica codificadora se encuentre más o menos depurada.

Código penal de 1822	Código penal de 1848/1850
	<b>1. Delitos contra la religión (tentativa, profanación, escarnio público, turbación de culto, apostasía, exhumación de cadáveres humanos). ¶7, 18l</b>
<b>1. Conspiración (directa y de hecho) y traición contra la Constitución, las Cortes y el rey. ¶3a</b>	<b>2. Delitos contra la seguridad exterior del Estado.</b> <i>a)</i> Traición (tentativa, conspiración o proposición). <i>b)</i> Compromiso de la paz o independencia del Estado (tentativa, provocación). <i>c)</i> Contra el derecho de gentes (monarca y representantes extranjeros, piratería). ¶9
<b>2. Delitos contra las Cortes (arrogación, consejo, auxilio).</b> <b>3. Delitos electorales (no celebración, cohecho, soborno). ¶3c</b>	
<b>4. Delitos de rebelión, subversión o sedición, tumulto o conmoción popular, parcialidad y reunión prohibida.</b> <i>a)</i> Rebelión (armamento ilegal de tropas contra el rey y la nación). <i>b)</i> Subversión o sedición (turbación violenta del orden público) de al menos 40 personas (propagación, provocación). <i>c)</i> Motines o tumultos (contra las autoridades) de al menos 40 personas, asonadas (movimiento ilegal) de al menos 4 personas y conmociones populares. <i>d)</i> Parcialidades y reuniones prohibidas (conciertos armados, corporaciones y	<b>3. Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público.</b> <i>a)</i> Lesa majestad (tentativa, conspiración y proposición, homicidio consumado o frustrado, invasión violenta). ¶1 <i>b)</i> Rebelión (contra el Gobierno con o sin alzamiento público) y sedición (alzamiento público contra la ley o la autoridad) (conspiración o proposición, seducción de tropas, no resistencia). <i>c)</i> atentado o resistencia violenta y desacato (calumnia, injuria, insulto) contra la autoridad (evasión de cárcel) y desorden o

<p>federaciones sin licencia gubernativa, reuniones secretas contra la ley).</p> <p><b>5. Delitos de resistencia o desobediencia (excitación, provocación), atentado, (amenaza, violencia), usurpación o impedimento contra la autoridad pública.</b></p> <p><b>6. Delitos de negativa al Estado sin causa justa de servicios públicos debidos, fraude e impago de contribuciones públicas.</b></p>	<p>turbación grave del orden público (falsedad y armas en acto electoral) . <b>¶3, ¶11, 12</b></p> <p><i>d)</i> Asociaciones ilícitas.</p> <p><i>da)</i> Sociedades secretas (afiliación o mando, con objeto de delito de lesa majestad, rebelión o sedición).</p> <p><i>db)</i> Otras asociaciones ilícitas de más de veinte personas.</p>
<p><b>7. Delitos contra la religión católica (propagación doctrinal, posesión y distribución o venta de libros, apostasía, blasfemia, ultraje, robo o hurto de objetos de culto, calificación eclesiástica herética, superstición). ¶1, ¶15ab, b</b></p> <p><b>8. Delitos contra la libertad individual (abuso de autoridad, pena extrajudicial, allanamiento domiciliario, arresto indebido, detención arbitraria). ¶14a, c</b></p> <p><b>9. Delitos contra el derecho de gentes (monarcas y ministros, extranjeros residentes o transeúntes). ¶2c</b></p> <p><b>10. Delitos en cuadrilla (robo o hurto, incendio voluntario, ruina o destrucción voluntaria de bienes o efectos públicos). ¶15aa</b></p> <p><b>11. Delitos de prisión (asalto, tolerancia, fuga). ¶3c</b></p> <p><b>12. Delitos de armas prohibidas (fabricación, suministro, uso). ¶3c, ¶6, 15ab</b></p> <p><b>13. Delitos contra la salud pública (ejercicio ilegal y curanderos, venta nociva o adulterada, venenosa o abortiva, e impericia de botica, propagación de enfermedad contagiosa). ¶5</b></p>	

<p><b>14. Delitos contra la fe pública.</b></p> <p><i>a)</i> Delitos de falsedad.</p> <p><i>aa)</i> Falsificación de moneda (orden, inteligencia previa).</p> <p><i>ab)</i> Falsificación de sellos y documentos públicos (orden, uso, soborno, complicidad).</p> <p><i>ac)</i> Falsificación de sellos y documentos privados (soborno, utilización con perjuicio de tercero, inscripción falsa de huéspedes, censo falso).</p> <p><i>ad)</i> Falsedad de pesos, medidas y efectos (venta).</p> <p><i>ae)</i> Acusación o denuncia falsa, falso testimonio y perjurio (soborno).</p> <p><i>b)</i> Violación de secreto y apertura de correspondencia (soborno). <b>¶8d</b></p> <p><i>c)</i> Sustracción o destrucción maliciosa de documentos o efectos custodiados en depósitos públicos, y apertura de testamento cerrado y quebrantamiento de sello (complicidad, culpa, violencia).</p> <p><i>d)</i> Suposición de títulos o facultades civiles, militares o eclesiásticas (auxilio).</p>	<p><b>4. Delitos de falsedad.</b></p> <p><i>a)</i> Falsificación de sellos, marcas y contraseñas.</p> <p><i>b)</i> Falsificación de moneda (fabricación, introducción o expedición).</p> <p><i>c)</i> Falsificación de billetes de banco, documentos de crédito del Estado y papel sellado (introducción o expedición).</p> <p><i>d)</i> Falsificación de documentos.</p> <p><i>da)</i> Falsificación y ocultación perjudicial de documentos públicos u oficiales y de comercio.</p> <p><i>db)</i> Falsificación de documentos privados para perjuicio de tercero.</p> <p><i>dc)</i> Falsificación de pasaportes y certificados (realización, expedición, libramiento, uso).</p> <p><i>dd)</i> Fabricación, posesión o uso de instrumentos de falsificación.</p> <p><i>e)</i> Falso testimonio y acusación o denuncia calumniosa (cohecho).</p> <p><i>f)</i> Usurpación de función, calidad y nombre supuesto.</p>
	<p><b>5. Delitos contra la salud pública (elaboración, despacho y tráfico sin autorización de sustancias nocivas). ¶13</b></p> <p><b>6. Vagancia y mendicidad (armas). ¶12</b></p> <p><b>7. Juegos y rifas (dueños de casas de juego, estafa con fraude). ¶20d</b></p>
<p><b>15. Delitos de los funcionarios y empleados públicos.</b></p> <p><i>a)</i> Delitos de los funcionarios públicos.</p> <p><i>aa)</i> Prevaricación (retardo a sabiendas u omisión de obligación).</p>	<p><b>8. Delitos de los empleados públicos.</b></p> <p><i>a)</i> Prevaricación (dejación o retardo malicioso).</p> <p><i>b)</i> Infidelidad en la custodia de presos.</p> <p><i>c)</i> Infidelidad en la custodia de documentos.</p> <p><i>d)</i> Violación de secretos. <b>¶14b</b></p>

<p><i>ab)</i> Soborno, cohecho y regalo (admisión).  <i>ac)</i> Extravío, usurpación y malversación de caudales y efectos públicos.  <i>ad)</i> Extorsión y estafa (uso de fuerza o vejaciones, adheala ilegítima, auxilio a sabiendas).  <i>ae)</i> Negociación u obligación incompatible con el destino (apropiación, comercio, obligación pecuniaria).  <i>af)</i> Incumplimiento o demora en la ejecución de leyes, órdenes superiores o actos de justicia; desobediencia e insubordinación (concierto, abandono de destino).  <i>ag)</i> Seducción o sollicitación a mujer encausada, conducta vergonzosa o embriaguez repetida y vicio en juegos prohibidos, comisión de violencia ilegítima, abuso de poder y malos modales.  <i>ah)</i> Anticipación, prolongación o ejercicio indebido de funciones.  <i>ai)</i> Omisión de persecución a delincuentes, negación o retardo de justicia o remedio legal del funcionario público.</p> <p><i>b)</i> Fuerza e ilegalidad de jueces y tribunales.</p> <p><i>c)</i> Delitos de asentistas, proveedores y empleados públicos (alteración de pesos o medidas legales, usurpación con perjuicio de la hacienda pública).</p> <p><i>d)</i> Tolerancia o descuido del superior respecto de los delitos o culpas de funcionarios y empleados públicos.</p>	<p><i>e)</i> Resistencia y desobediencia abierta o grave.  <i>f)</i> Denegación de auxilio y abandono de destino.  <i>g)</i> Nombramiento ilegal (proposición).  <i>h)</i> Abusos contra particulares (imposición arbitraria de pena, detención ilegal, incomunicación o prisión incorrecta, allanamiento abusivo e ilegal de domicilio, vejación o apremio injusto, sollicitación a mujer pendiente de resolución).  <i>i)</i> Usurpación de atribuciones.  <i>j)</i> Prolongación o anticipación indebida de funciones públicas.  <i>k)</i> Cohecho.  <i>l)</i> Malversación de caudales públicos (sustracción, consentimiento, aplicación a uso propio o ajeno).  <i>m)</i> Fraude (concierto, interés directo o indirecto, maquinación para alterar el precio de las cosas) y exacción ilegal.  <i>n)</i> Negociación directa o indirecta prohibida a los empleados públicos.</p> <p><b>9. Delitos de abuso de los eclesiásticos (censura de disposición jurídica pública, rehúse a requerimiento judicial, delitos análogos a los cometidos por los empleados públicos).</b></p>
<p><b>16. Delitos contra las buenas costumbres.</b></p> <p><i>a)</i> Palabras y acciones deshonestas en sitios públicos (escándalo, desnudo absoluto y de propósito a la vista).  <i>b)</i> Publicación y distribución de escritos y manufacturas deshonestas.  <i>c)</i> Contribución a sabiendas o ejercicio habitual de la prostitución y corrupción de jóvenes menores de veinte años e impúberes (seducción, corrupción, complicidad o negligencia parental).</p>	

<p><i>d)</i> Bigamia (autorización, cooperación, concurrencia de testigos, matrimonio con profesión de fe). <b>¶13b</b></p> <p><i>e)</i> Matrimonio clandestino (autorización, cooperación, concurrencia de testigos, matrimonio de menores de edad). <b>¶13b</b></p> <p><i>f)</i> Desacato notable e injurias graves o malos tratos de los hijos contra los padres o de los menores de edad contra los tutores o curadores (ausencia de casa, reincidencia).</p> <p><i>g)</i> Desacato uxorio, malos tratos maritales y escándalo matrimonial mutuo, repetido y público (reincidencia).</p> <p><b>17. Delitos de abuso de la libertad de imprenta: impresos subversivos, incitadores a la desobediencia, contrarios a las buenas costumbres o a la religión católica y libelos infamatorios (impresión, distribución, ocultación, fijación sin licencia de discurso impreso).</b></p>	
<p><b>18. Delitos contra las personas.</b></p> <p><i>a)</i> Homicidio (voluntario e involuntario, premeditado, en riña, parricidio o conyugicidio por adulterio sorprendido, en legítima defensa y resultado de heridas), disparo voluntario de arma de fuego y asesinato (con promesa, asechanza, alevosía o traición y sobre seguridad, envenenamiento, explosión o ruina, con crueldad o con finalidad delictiva).</p> <p><i>b)</i> Ocultación ilegítima de cadáver.</p> <p><i>c)</i> Parricidio (conyugicidio) e infanticidio (24 horas sin exposición reservada).</p> <p><i>d)</i> Envenenamiento a sabiendas.</p> <p><i>e)</i> Castración voluntaria (violencia, consentimiento).</p> <p><i>f)</i> Aborto voluntario con o sin consentimiento de la mujer y efectivo realizado por la mujer (buena fama y encubrimiento de la fragilidad, realización médica o de matrona).</p> <p><i>g)</i> Incendio voluntario con fin de muerte o daño.</p> <p><i>h)</i> Herida, golpe o maltrato de obra premeditado o involuntario y ultraje (parentesco, soborno, en latrocinio).</p>	<p><b>10. Delitos contra las personas.</b></p> <p><i>a)</i> Parricidio y homicidio (auxilio al suicidio, muerte o lesiones graves en riña o por adulterio flagrante).</p> <p><i>b)</i> Infanticidio materno del menor de tres días.</p> <p><i>c)</i> Aborto de propósito con o sin consentimiento de la mujer, violento sin propósito y realizado por la mujer (realización de facultativo).</p> <p><i>d)</i> Lesiones corporales graves o menos graves (castración, mutilación, herida, golpe, maltrato de obra, en riña).</p> <p><i>e)</i> Duelo (concierto, muerte o lesiones, incitación efectiva, descrédito público por rechazo, padrinazgo, provocación por interés pecuniario u objeto inmoral).</p> <p><b>11. Delitos contra la honestidad.</b></p> <p><i>a)</i> Adulterio (amancebamiento).</p> <p><i>b)</i> Violación, abuso deshonesto y ofensa al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo.</p> <p><i>c)</i> Estupro (abuso deshonesto, engaño) de doncella mayor de doce y menor de</p>

<p> <i>í)</i> Riña y pelea (provocación, auxilio).  <i>í)</i> Rapto y abuso deshonesto (mujer casada, mujer pública, mujer menor de edad, impúberes).  <i>é)</i> Fuerza (contra la libertad individual, en escrituras jurídicas, apresamiento ilegítimo) y violencia o abuso ilegítimo.  <i>í)</i> Despojo de cadáver o quebrantamiento de sepulcro para robo o deshonra. <b>71</b>  <i>í)</i> Adulterio (consentimiento, separación o abandono, amancebamiento) y estupro alevoso (engaño, privación del uso de razón, abuso).  <i>í)</i> Exposición, ocultación fraudulenta y cambio de niños menores de siete años e impúberes (parto fingido). <b>13a, 14b</b>  <i>í)</i> Denegación de socorro sin perjuicio propio.  <i>í)</i> Amenazas en la persona, honra o propiedad. <b>14d</b> </p>	<p> veintitrés años, y corrupción de menores habitual y con abuso de confianza.  <i>d)</i> Rapto de mujer (de doncella menor de doce años contra su voluntad y mayor de doce y menor de veintitrés con su anuencia, negativa a dar razón del paradero). </p>
<p> <b>19. Delitos contra la honra y la fama.</b>  <i>a)</i> Calumnia pública o privada, libelo infamatorio (conservación de copia) e injuria real o verbal, grave o leve (escándalo).  <i>b)</i> Revelación voluntaria de secreto y apertura ilegal de carta cerrada con perjuicio en el honor y la fama. <b>14e</b> </p>	<p> <b>12. Delitos contra el honor: calumnia e injuria grave o leve (escritura, publicidad, alegorías, negación de explicación satisfactoria).</b> </p>
	<p> <b>13. Delitos contra al estado civil de las personas.</b>  <i>a)</i> Suposición de parto (sustitución de niño, ocultación o exposición de hijo legítimo, cooperación de facultativo) y usurpación del estado civil. <b>18m</b>  <i>b)</i> Celebración de matrimonio ilegal (bigamia, impedimento, consentimiento parental, año cumplido de luto, autorización eclesiástica). <b>16d, e</b>  <b>14. Delitos contra la libertad y seguridad.</b>  <i>a)</i> Detención ilegal. <b>8</b> </p>

	<p><i>b)</i> Sustracción y abandono de menores de siete años (inducción al menor de edad mayor de siete años al abandono de la casa familiar). <b>¶18m</b></p> <p><i>c)</i> Allanamiento de morada sin consentimiento (evitación de mal grave, servicio humanitario o justo). <b>¶8</b></p> <p><i>d)</i> Amenaza y coacción (impedimento ilegítimo violento, toma violenta de propiedad del deudor). <b>¶18ñ, ¶20h</b></p> <p><i>e)</i> Descubrimiento y revelación de secretos (industria). <b>¶19b</b></p>
<p><b>20. Delitos contra la propiedad.</b></p> <p><i>a)</i> Robo (auxilio, encubrimiento) con fuerza o violencia en las personas y en las cosas (camino público, nocturnidad, coautoría, armas, escalamiento, pobreza, ruina).</p> <p><i>b)</i> Hurto fraudulento (cuantía, cohabitación, mercado público, nocturnidad, coautoría, pobreza, ruina).</p> <p><i>c)</i> Quiebra fraudulenta (complicidad).</p> <p><i>d)</i> Estafa (sin robo o falsedad) y engaño o trampa (ejercicio habitual, rifa ilícita, abuso de debilidad). <b>¶7</b></p> <p><i>e)</i> Abuso de confianza para apropiación o administración fraudulenta.</p> <p><i>f)</i> Falsificación o perjuicio de obra o industria ajena.</p> <p><i>g)</i> Incendio (con intención de hacer daño o con negligencia) y otros daños (destrucción o menoscabo de edificios, embarcaciones, documentos, materiales, árboles y animales).</p> <p><i>h)</i> Fuerza en las cosas y despojo violento. <b>¶14d</b></p> <p><i>i)</i> Destrucción, sustracción y alteración de señales.</p>	<p><b>15. Delitos contra la propiedad.</b></p> <p><i>a)</i> Robo.</p> <p><i>aa)</i> Robo o defraudación con violencia o intimidación en las personas (tentativa, muerte, mutilación, violación, despoblado y en cuadrilla). <b>¶10</b></p> <p><i>ab)</i> Robo con fuerza en las cosas (en iglesia o lugar habitado, armas). <b>¶7, 12</b></p> <p><i>b)</i> Hurto (negación de restitución, posesión o fabricación de instrumentos de ejecución, objetos de culto). <b>¶7</b></p> <p><i>c)</i> Usurpación (destrucción, alteración).</p> <p><i>d)</i> Defraudación.</p> <p><i>da)</i> Alzamiento de bienes en perjuicio de acreedores, quiebra por insolvencia fraudulenta o culpable, e insolvencia por ocultación o enajenación maliciosa de bienes.</p> <p><i>db)</i> Estafa (calidad o cantidad, cualidad fingida, apropiación, abuso de firma, suerte segura en juego, sustracción o inutilización de expediente, propiedad literaria e industrial).</p> <p><i>e)</i> Maquinación para alterar el precio de las cosas (artificio en subasta pública, coligación efectiva, falsos rumores).</p> <p><i>f)</i> Préstamo sobre prenda (licencia, libros contables).</p>

	<p>g) Incendio (edificio, buque, lugar habitado) y estrago (sumersión, explosión) (preparación).</p> <p>h) Daño (cuantía, incendio o destrucción de documentos).</p>
	<b>16. Imprudencia temeraria.</b>

### 2.3.6. *Nulla poena sine lege.*

En los códigos penales rige el principio *nulla poena sine lege* (el código penal fija unas reglas para la aplicación de las penas), pero la interpretación judicial impide excluir un margen de discrecionalidad, además del reconocimiento de la doctrina legal del Tribunal Supremo, junto a la ley, como fundamento del recurso de casación, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Desaparece la pena extraordinaria y el efecto penal *lata sententia*.

**Código penal de 1870, art. 22: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración”.**

**Código penal de 1870, art. 99: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme”.**

**Código penal de 1870, art. 100, párrafo primero: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.**

### 2.3.7. El establecimiento penitenciario.

Para los delitos, en los códigos penales contemporáneos, se imponen las penas aflictivas de privación de libertad (cadena, reclusión, relegación, extrañamiento, presidio, prisión, confinamiento), en sus diversas modalidades de temporalidad, con tendencia a la restricción de la perpetuidad, así como las penas correccionales (arresto, destierro). Cobra de este modo una relevancia fundamental el derecho penitenciario.

**Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del reino aprobado por real orden de 5 de septiembre de 1844: “Habiendo carecido hasta ahora los establecimientos penales de los reglamentos interiores prevenidos en la ordenanza general del ramo, cada comandante de presidio ha seguido la marcha que según sus deseos, conocimientos y mayor o menor capacidad o celo ha juzgado conveniente, resultando de aquí la confusión y desorden que lleva consigo la falta de método y de unidad en los trabajos. Para evitar en adelante estos inconvenientes, y a fin de que se pueda partir de bases seguras y uniformes, se observarán las disposiciones siguientes:**

**Los establecimientos presidiales se compondrán desde luego de penados de primera, segunda y tercera clase, pero en brigadas distintas y aun separadas, si el local lo permite, numeradas por su orden y clasificación. La sección de jóvenes**

penados, sea cual fuere su número, permanecerá constantemente en paraje que evite todo roce con las otras, y no se juntará con los de mayor edad más que en las horas indispensables de labor en los talleres, y siempre vigilada por los maestros. Los rematados de África se tendrán con entera separación hasta que se determine su transporte.

A la entrada del confinado en un establecimiento precederá el más escrupuloso reconocimiento en su persona y ropa; se le conducirá después a la mayoría; se le filiara y abrirá su asiento en el libro de entrada; se le destinará a brigada de su clase, y con papeleta firmada por el mayor será entregado al capataz de aquella, a quien dicho documento servirá de justificante en la confrontación de listas de revistas de comisario.

Tan luego como el penado se presente al capataz de la brigada a que fuere destinado, dispondrá este que se le afeite y corte el pelo y patillas, y lo conducirá al almacén de ropa, en el que exhibiendo la papeleta del mayor y dejando un recibo firmado, se le entregarán el petate y menaje que corresponda, así como las prendas de vestuario, que en el acto hará vestir al penado, recogiendo de este las que lleve que merezcan guardarse para cuando cumpla o se presente persona de su familia o confianza a recogerlas: se exceptúan solamente las camisas, cuyo uso se consentirá al confinado hasta que destruidas sean reemplazadas por el establecimiento.

Si llevase el penado algún dinero, se depositará en la caja de ahorros del presidio o general de la provincia, dándole el conducente resguardo, puesto que ningún presidiario ha de conservar en su poder más cantidad que la de cuatro reales vellón, que es el máximo que con cortas excepciones se gradúa puede corresponderle en mano cada semana por producto de sus trabajos.

El día de su entrada se le considerará como descanso, no aplicándole a objeto alguno; pero se le enseñará por un cabo de escuadra o brigada a doblar y colocar su ropa en la mochila, a envolver y colgar el petate en su estaca, y a colocar el morral, fiambra y sombrero; explicándole con afabilidad el modo de conservar sus efectos y de tenerlos limpios, el número de la brigada a que pertenece, el suyo individual en ella, y que de su buen comportamiento resultará el mayor o menor aprecio que ha de grangearse de sus jefes, así como los alivios consiguientes.

Por la tarde antes de la lista, y con papeleta firmada precisamente del comandante o del mayor, el cabo de cuartel en su brigada lo conducirá a la fragua, en la que se le aplicará la prisión correspondiente.

Al siguiente día podrá ya destinársele al trabajo o taller que el comandante ordene.

La aplicación de hierros será en la forma siguiente:

A los sentenciados hasta dos años, grillete con ramal corto a la rodilla de dos eslabones ligeros: hasta cuatro años, de cuatro eslabones, también ligeros, a la cintura; lo mismo a los de seis y ocho años, con la diferencia de ser doble gruesos, y aparcados en cadena los de África. [...]

El alivio o disminución de esta pena ha de ser precisamente gradual, descendiendo de una clase a otra hasta su total alivio.

Podrán aplicarse y se aplicarán cadenas por castigo indistintamente, si por mal comportamiento, genio díscolo, pendenciarío u otras causas lo merecieren los penados, sea cual fuere la clase a que pertenezcan. [...]

Se comprenden en los antecedentes artículos todos los penados sin distinción, puesto que la clase y categoría a que pudieron pertenecer en la sociedad desaparecen tan luego como se hacen acreedores a pena corporal: sin embargo, los eclesiásticos que por sus condenas conserven el uso de su ministerio, usarán de su ropa y serán destinados a la enfermería para que continúen sus ejercicios. [...]

*Sección de jóvenes.* / Se destinarán a ella cuantos tengan ingreso en los establecimientos, menores de diez y ocho años [...] Se les precisará a asistir diariamente a la escuela de primera educación en la forma que se expresará. / Permanecerán en esta sección hasta la edad de veinte años; cumplidos estos, pasarán a brigada, pero sin dejar por ello de asistir a su respectivo obrador y escuela. [...]

*Disposiciones generales.* / Queda prohibido que penado alguno hable con personas libres, incluso su familia; que usen otra ropa que la del presidio, ni reciban otros alimentos que los de la casa.

La disposición anterior podrá alterarse en el caso que algún penado dé tales pruebas de arrepentimiento y corrección, que el comandante le crea digno de permitirle que hable con su familia los domingos por la tarde, después de haber asistido a la plática religiosa. [...]

Toda sección que salga del cuartel ha de ir formada de a dos o a cuatro, según la fuerza [...] Han de marchar unidos, sin distancias, con el mayor silencio, y no se permitirá se les aproximen mujeres ni chiquillos, aunque sean sus hijos, ni se interponen con ellos.

Los petates han de sacarse a ventilación los días pares del año en que el tiempo lo permita, y cuando no, dos veces a la semana. [...]

La rasura y corte de pelo se hará desde que se concluye de comer el rancho de mediodía hasta la hora de volver a los trabajos.

*Reglamento para un día común dentro del establecimiento.*

Para que desaparezcan de los establecimientos penales las costumbres y maneras carcelarias que generalmente llevan los desgraciados que van a ellos, y el repugnante medio que para llamada a silencio se acostumbra de dar en las puertas golpes con una vara acompañándolos con la voz de *alza*, que si bien sirve a los confinados de advertencia para suspender los trabajos, es también la de que los mismos se valen para sus amotinamientos, habrá en cada presidio una caja para que a los toques que el comandante señale, y que hará fijar en una tablilla, se ejecuten diariamente todos los movimientos sin ruido, confusión ni entorpecimiento. [...]

Al toque de diana, que al amanecer en todo tiempo ordenará el capataz de guardia interior, se levantarán todos los confinados sin excepción, abrirán las puertas y ventanas de los dormitorios, y a medio vestir saldrán a lavarse a los pilones o cubetas que al efecto habrá en el patio [...]

Otro toque indicará la formación para pasar lista y revista de aseo, que se efectuará en los dormitorios [...]

A la hora que según la estación tenga dispuesto el comandante principien los trabajos, se dará el toque; al oírlo los cabos de vara de turno, llamados de cuartel, presentarán en el patio y en formación los confinados que se hubieren nombrado la noche anterior para trabajos exteriores, guardia interior, cuarteros, rancheros, si por no haber cocina económica fuesen diarios, los de limpieza y ocupados en talleres. [...] Otro toque designará la marcha a sus respectivos destinos [...] Todos los movimientos han de hacerse con el mayor orden y silencio. [...]

A la hora señalada por el comandante se hará la señal de escuela; saldrán los jóvenes y adultos en aprendizaje [...] En el establecimiento en que el local para escuela no tenga capacidad suficiente, se dispondrá que los jóvenes concurren por la mañana y los adultos por la tarde [...] A unos y otros se les inclinará a no estar ociosos, ocupándolos en algo útil, y proporcionándoles lo necesario al efecto [...]

Pasadas las horas señaladas de escuela se hará la señal de retirada, y en el mismo orden y silencio que entraron se dirigirán a sus puntos y obradores [...] A las once y media en todo tiempo las secciones trabajadoras se retirarán al cuartel: al llegar la última se hará la señal que lo indique para que lo verifiquen los obradores, y

formados los confinados por brigadas en el sitio que hayan de comer los ranchos, se distribuirá el pan y comerán: finalizado, entrarán a descansar en los dormitorios hasta la hora de volver a los trabajos, lo cual harán del mismo modo que lo ejecutaron por la mañana, verificándose la limpieza en cuanto salgan. [...]

Media hora antes de ponerse el sol se replegarán al cuartel las secciones que estén fuera; y como al medio día, al presentarse la última, se hará la señal para que se retiren de los talleres: los maestros cuidarán de que estos queden limpios todas las tardes y barridos por los aprendices. [...]

Todos ya dentro del establecimiento, se dará la señal de lista, formarán las brigadas en el patio y se pasará: después del parte, de la orden y de nombrado el servicio para el día siguiente, hará cada una círculo a su frente, y un cabo colocado en el centro llevará el rosario, que todos rezarán: terminado, vueltos a su formación y rotas filas se comerán los ranchos; mientras tanto los cabos de policía o limpieza harán encender los faroles en todo el cuartel.

Desde este momento hasta la hora en que el comandante tenga dispuesto el toque de retreta, se les permitirá estar a discreción y hablar entre sí. Oído dicho toque, acudirá cada uno a su petate con silencio y orden, lo desplegará y hará su cama. Un cuarto de hora después, tiempo suficiente para que estén acostados, se tocará la señal de silencio, desde la cual ninguno se moverá de su sitio, como no sea para ir al común o zambullos, prefiriéndose estos, aunque los comunes estén inmediatos, para evitar se separen de la vista de las imaginarias y cabos de cuartel.

*Servicio y vigilancia nocturna.* [...]

*Domingos y días festivos.* [...]

*Advertencias.* / El principal objeto de un buen jefe es tener constantemente entretenidos a estos desgraciados, único medio de acostumbrarlos a la obediencia y a deponer sus vicios, pues estando ocupados no piensan en ellos, e insensiblemente se habitúan al trabajo.

La venta y cambio de ropa entre sí es un delito que debe castigarse sin disimulo.

La venta del pan con más motivo: este se corrige haciendo que a la hora del rancho se presenten con él, y que el que no le traiga no coma [...]

Los hay también padres de familia indigentes que economizan la mitad para dárselo a sus hijos: no debe permitirse, porque a la larga se debilitan y enferman.

*Reglamento sobre el suministro de ranchos, pan y utensilios de leña y aceite.* [...]

*Rancho, pan y utensilios que por día corresponden a cada confinado.* [...]

*Reglamento sobre escuelas.* [...]

*Reglamento sobre enfermerías.* [...]

*Reglamento sobre pluses.* [...] Artículo 1.º A todo penado que se emplee fuera del establecimiento, como no sea para objetos del servicio del mismo, se le retribuirá por la autoridad, corporación o particular que lo ocupe con 1 real diario [...] Art. 2.º A los que se dediquen a talleres dentro de los mismos presidios se les abonará por ahora lo que señale la junta económica por cada pieza que elaboren en los respectivos obradores. [...] Art. 6.º Cuanto ganen, tanto los que se ocupen en trabajos exteriores como los dedicados a talleres, se dividirá en cuatro partes iguales, de las que dos ingresarán en el fondo económico, una de les entregará en mano, y la restante pasará a la caja de ahorros, para que al cumplimiento de sus condenas los unos tengan con que trasladarse al punto que elijan para su residencia, y los otros medios para establecerse. [...]

*Reglamento sobre destacamentos de confinados.* / Artículo 1.º Reducidos los presidios del reino a los establecidos en Barcelona, Burgos, Badajoz, Coruña,

Cartagena, Ceuta, Granada, Madrid, Sevilla, Toledo, Valencia, Valladolid y Zaragoza, saldrán de estos los destacamentos que deban hoy quedar y los que S. M. tenga a bien conceder en adelante. [...]

*Reglamento de contabilidad de los presidios del reino. [...]*

### 2.3.8. Prevención y libertad individual.

Asimismo, se excluye la naturaleza jurídica de pena de la detención o la prisión preventiva. Pero en la detención preventiva late la noción de la medida de seguridad, vinculada a la peligrosidad social. Subyace aquí el problema de los derechos y libertades públicas constitucionales de los ciudadanos, y concretamente el problema de la protección de la libertad individual, que se entiende en el liberalismo español no tanto relacionada con la libertad natural (iusnaturalismo racionalista de raíz protestante), sino con la seguridad individual (que debe acomodarse a la protección también del orden o la seguridad públicos), y en particular con la evitación de las detenciones, arrestos y traslados irregulares o arbitrarios (en conexión con el derecho de “habeas corpus”).

Amancio Alcorta, *Las garantías constitucionales*: “Si se descompone la detención en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción; una medida de seguridad pues un primer crimen puede llevar a cometer otro, y en ciertos casos, sobre todo en los de infraganti delito, la presencia del agente, permaneciendo libre en el lugar del delito, causaría perturbaciones; una garantía de la ejecución del juicio, pues podría escapar por la fuga al castigo, así como a las reparaciones civiles; un medio de instrucción, porque por una parte la justicia toma una parte de sus pruebas en los interrogatorios y confrontaciones del inculpado, y por otra parte importa no dejarle el poder de hacer desaparecer los rastros del crimen, sobornar los testigos, concertarse con sus cómplices. El derecho es, pues, incontestable: la sociedad sea en el interés de su seguridad, sea en el interés de su justicia, puede aplicar la detención preventiva: obra en virtud del principio de conservación, que es en general la ley de sus actos. Pero si el derecho no ofrece duda ¿no debe tener un límite? [...] Es la necesidad que la ha establecido. ¿Cuál es su título, en efecto? Como medida de seguridad, es el peligro social; como garantía de la ejecución del juicio, es el peligro de una justicia desarmada; como medio de instrucción, es el peligro de un procedimiento importante. Así, es la urgencia, es el peligro de las circunstancias, es la necesidad de las cosas que la ha instituido”.

Constitución de 1869, art. 3.º: “Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la Autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. / Toda detención se dejará sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el defendido al Juez competente. La providencia que se dictare, se notificará al interesado dentro del mismo plazo”.

### 3. LOS LÍMITES DEL CRIMEN: EL SUICIDIO.

Victoria Sandoval Parra, *El crimen de suicidio en la Edad Moderna. Tratamiento institucional en la literatura moral y jurídica europea*, Madrid, 2017, y “El suicidio en la práctica judicial moderna”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, 25, 2018:

El mejor ejemplo de los límites del crimen está en el suicidio, que es un crimen de la mayor atrocidad y de la mayor dimensión teológico-jurídica, en el que confluyen las prescripciones del derecho divino, natural, positivo eclesiástico y humano.

Sin embargo, al mismo tiempo el crimen de suicidio presenta factores de obsolescencia de la pena (horca del cadáver) así como de relativización de su imputabilidad (en la diferencia entre el régimen jurídico del suicidio por conciencia del crimen o miedo de la pena frente al del suicidio por tedio vital) relevante (más que por criterio moral) por razón pragmática de la eficacia de la administración de justicia. Por lo demás, plantea una situación en la que la eficacia punitiva civil queda frustrada y atrae una obligación penal no ceñida a la responsabilidad individual. Estos factores dan lugar a que pueda apreciarse en la práctica jurídica una interpretación judicial que no se reduce exclusivamente a los criterios de la ley ni al contenido estricto de los conceptos desarrollados por la doctrina.

El suicidio es un caso en el que también se aprecia cómo el proceso de descriminalización depende de cambios axiológicos y por lo demás no llega a ser absoluto (penalización del auxilio al suicidio).

**Baltasar Gómez de Amescua, Tractatus de potestate in se ipsum. “Los que se matan pecan contra la esperanza, y por eso vulgarmente son conocidos como desesperados. [...] Peca también el que se mata a sí mismo directamente contra la caridad. [...] Peca incluso contra la prudencia, porque para precaverse de un mal menor elige estultamente un mal mayor. [...] Peca también quien se mata contra la justicia [...] respecto de Dios [...] y respecto del prójimo, porque es propio de la naturaleza humana conservarse y procurar el parentesco [...] y en cuanto el prójimo es parte de la república [...] Matarse es contrario a la propia naturaleza, y por lo tanto naturalmente ilícito. [...] Es por tanto regla general que nadie puede conscientemente causarse la muerte y que esta muerte bajo ninguna circunstancia puede ser lícita”.**

**Ejecutoria del pleito litigado por el fiscal del rey con Diego López de Uceda, como padre de Juan López de Uceda, su hijo, difunto, vecinos de Talavera de la Reina (Toledo), sobre posible suicidio de este último (1589-1591) (Archivo de la Real Chancillería de Valladolid, Registro de ejecutorias, caja 1696, n.º 28): “sepades que pleito pasó e se trató en la nuestra Corte e Chancillería que está e reside en la villa de Valladolid ante los nuestros alcaldes del crimen, el cual vino ante ellos en grado de la apelación de la anterior sentencia del alcalde mayor de la villa de Talavera y será entre el licenciado don Gregorio de Tovar el vuestro fiscal acusador e de la otra parte Diego López de Uceda como padre de Juan López de Uceda su hijo vecino de la villa de Talavera, reo acusado de la otra sobre razón que parece que en la dicha villa de Talavera a 30 del mes de agosto de 1589 años Pedro de Villacorta **alcalde mayor de la dicha villa e su tierra, habiendo sido informado que Juan López de Uceda vecino de la dicha villa de Talavera era ahorcado e muerto naturalmente e para averiguar la verdad fue a la casa de Diego Alonso vecino de la dicha villa de Talavera** donde se informó estaba ahorcado el dicho Juan López, e así entró en las dichas casas y en ellas halló al dicho Juan López de que estaba ahorcado de una ventanilla de reja baja con una soga a la garganta asida a la dicha ventanilla e el dicho Juan López sentado sobre el suelo, sobre lo cual dijo hacía cabeza de proceso para averiguar la verdad de lo susodicho sobre lo cual por el dicho alcalde mayor se recibió cierta **información de testigos** e al dicho Juan López se le pusieron ciertas guardas y al averiguar la verdad el dicho día hizo en la casa de Juan Duque de Estrada donde vivía el dicho Juan López de Uceda el **secuestro y embargo de sus****

**bienes del tenor siguiente [...] y en las dichas averiguaciones e diligencias prosiguió el dicho alcalde mayor e recibió cierta información acerca de los malos tratamientos que tenía en el cuerpo el dicho Juan López**

En la fase procesal de información sumaria se investiga el suicidio, crimen atroz contrario al derecho divino (atentado contra el cuerpo como templo del Espíritu Santo), natural (atentado contra la conservación de la propia vida) y positivo, canónico y secular, porque atenta a la caridad (virtud del amor a Dios) contra el propio sujeto que lo comete y contra la justicia (arrogación de autojusticia en la condena y en la ejecución). El suicidio es un crimen de homicidio cualificado, cometido con un ánimo doloso maligno infamante que provoca la pérdida del cuerpo y del alma dando lugar a la desesperanza o el alejamiento definitivo de Dios; por eso el suicidio es una inclinación satánica. Aunque el dolo se presume en el acto criminal, al estar cualificado debe probarse la premeditación.

El alcalde mayor realiza personalmente diligencias, como es su deber (sobre todo en delitos graves), examinando (inspección ocular) el cuerpo del delito (el cadáver del presunto suicida) y la forma de comisión (circunstancias instrumentales del delito en el ahorcamiento: ventana, soga, suelo; y modales: postura y señales del cuerpo), y procede al interrogatorio de testigos (que ha de ser bajo juramento y en secreto, con ratificación de su declaración posteriormente, en juicio plenario), a la consulta de peritos (que informan sobre los daños corporales del presunto suicida), así como a la adopción de medidas cautelares como el embargo y el depósito judicial o secuestro de bienes (el cual se impone en delitos que, como el suicidio, aparejan pena de confiscación, para evitar la venta u ocultación de bienes, y para garantizar el pago de las costas procesales).

**e de pedimento del procurador general de la dicha villa, el dicho alcalde mayor mandó enterrar el cuerpo del dicho Juan López de Uceda en un hoyo de la otra parte del río Tajo entre tanto que se averiguase la verdad e recibió más información de lo susodicho [...]**

Ya en fase de juicio plenario, el alcalde mayor acepta la petición de la querrela del procurador fiscal en orden a la sepultura profana del cadáver. Hay aquí un desajuste técnico provocado por la urgencia del sepelio: se diría que el alcalde mayor adelanta la pena propia del suicidio, la denegación de la sepultura eclesiástica, en función del dolo presumido (cuando, sin embargo, la cualificación propia del suicidio aún no está probada).

Juan Pérez de Ribadeneira en nombre del dicho Diego López de Uceda como padre del dicho Juan López de Uceda ante los dichos nuestros alcaldes presentes dijo que **respondiendo a una querrela e acusación** dada por Gaspar Íñigo promotor nombrado por la justicia en que decía haberse ahorcado el dicho Juan López de Uceda, e por ello había incurrido **en perdimiento de todos sus bienes e que se adjudicasen a la camara del cardenal arzobispo de Toledo según se contenía en su acusación [...]** decía que de justicia **el dicho alcalde mayor le debía denegar lo que pedía e dar por libre al dicho Juan López e a sus bienes** por lo siguiente:

La contestación de la querrela niega la existencia de suicidio y por lo tanto se opone a la pena de confiscación de bienes pedida en la querrela.

Lo primero por lo general e porque [...] negaba haberse ahorcado el dicho Juan López ni tal se podía presumir del por ser como **era fiel e católico cristiano e que acudía a las cosas del servicio de Dios nuestro Señor e se confesaba e comulgaba como era obligado e algunas veces entre año y en especial a ocho días antes poco más o menos que se**

pareciese muerto en no constando como no constaba que el mismo se ahorcase ni testigo que le viese ahorcar la presunción estaba en su favor; e porque a ello no impide el haber sido hallado con una sogá al cuello porque aquello no era probanza convincente pues había podido ser que otro le ahorcase mayormente teniendo como tenía el dicho Juan López enemigos que le habían podido matar violentamente; e aquello se dejaba o entender porque el dicho Juan López había aparecido muerto al pie de una ventana muy baja sentado en el suelo e la sogá no tenía lazada e los muslos tenía acardenalados a manera de que alguna persona había hecho fuerza sobre ellos apretándole las manos para matarle, de suerte que parecía imposible él mismo ahorcado ni jamás se había hallado ahorcado de aquella manera. Y de lo que había parecido haberse quebrado otra sogá en las dichas casas había podido ser astucia de las personas que se habían hallado en la dicha muerte para que se entendiese que el dicho Juan López le había hecho; e porque caso negado que el susodicho se hubiera ahorcado, sería estando fuera de juicio como en realidad de verdad lo estaba e sin memoria de algunos días antes; e al tiempo que decían le habían hallado muerto porque hacía muchas locuras e disparates e no respondía a propósito con mención de desatinado e furioso [...]

De acuerdo con la doctrina jurídica y el estilo procesal, la condena efectiva del suicidio se produce cuando se comete “conscientia criminis vel metu poenae”, pero es mucho más problemática cuando el suicidio se produce “taedio vitae vel impatientia vel dolore”. La existencia de esta causa de suicidio forma parte de los argumentos de la defensa, que acumula sin embargo distintos razonamientos:

1) la buena fama del reo, en particular sobre su práctica católica: confesión y comunión más allá del deber anual, y además poco tiempo antes del presunto suicidio (parece incompatible un acto diabólico con un acto de fe, cuando el acto de fe muy bien ha podido ser una preparación para la muerte);

2) la presunción está a favor del reo si no se prueba el ahorcamiento ni hay testigos del mismo, precisamente porque en el homicidio cualificado hay que probar la cualificación, en particular la premeditación tanto si la muerte se ha producido como si no (el conato de suicidio merece pena ordinaria si consiste en acto próximo y extraordinaria si consiste en acto remoto);

3) se plantea la alternativa, analizando la postura forzada del cuerpo del delito y la fuerza que habría que imprimir a las ataduras de la sogá, de un homicidio en coautoría (quizá por la dificultad de manejar cuerpo del delito y circunstancias) del que el reo fue la víctima, dada la existencia de enemigos del mismo, y en este sentido se reinterpretan las circunstancias delictivas y se apunta la idea de que los homicidas pudieron simular el escenario del suicidio;

y 4) finalmente, en la hipótesis de un suicidio, se defiende la existencia de un suicidio por tedio vital, impaciencia o dolor. Pero en la práctica judicial no se utilizan estos términos tan evanescentes y psicológicamente complejos, sino que se traducen en causas de incapacidad de dolo y sobre todo en una causa que lo es de incapacidad absoluta de dolo (o al menos, si no de exención, al menos de mitigación de la pena): la locura o demencia o furor, que no obstante no se describe como una enfermedad sino de manera más ambigua (locuras y disparates), quizá porque esta descripción admite con más facilidad la existencia de intervalos lúcidos (lo que resulta más propio de la situación del reo, en el que la locura no ha sido evidentemente continua, que es como se presume la enajenación mental).

e por el dicho alcalde mayor se hicieron otras **diligencias e averiguaciones** e recibió cierta **información de testigos**,

La ejecutoria, que está resumiendo el pleito, vuelve a hacer referencia a la información sumaria secreta.

e por una **petición de acusación** que el dicho Gaspar Íñigo ante el dicho alcalde mayor presentó dijo que **acusaba criminalmente** a Juan López de Uceda, difunto,

Se explica ahora la petición que incluye la acción criminal (acusación): conocíamos la pena pedida, y ahora se explica la acusación sustantiva respecto del crimen cometido.

e premisas las solemnidades del difunto decía que el susodicho, pospuesto el temor de Dios nuestro Señor y en gravísimo daño de su conciencia e alma, habiendo algunos días **imaginado el orden que podía tener para pagar sus deudas e para cumplir sus obligaciones que tenía cerca de la mayordomía de Juan Duque de Estrada; e no pareciéndole que sería remedio para ello, olvidado de Dios nuestro Señor e desamparado de su poderosa mano había determinado ahorcarse y él mismo dar la muerte para concluir con todo;** e para el mismo efecto un día que se contaron treinta días del mes de agosto del dicho año había ido a las casas que decían de Diego Alonso que había en la calle de Santa Leocadia lindero de casas de Diego de Orozco en las cuales el susodicho había vivido el año pasado, e **herrando la puerta principal de la dicha casa tras sí se había quedado en ella a solas con dos sogas gordas de esparto, la una vieja e la otra nueva, que para aquel efecto había comprado, y echando la soga vieja a una viga se la había atado al pescuezo e había permitido nuestro Señor por entonces usar de misericordia con él quebrándola aunque era gorda e fuerte; e obstinado e endurecido el susodicho se había ido a una ventana baja de reja de la dicha casa e doblando la otra soga nueva que allí tenía él, había metido por entre ella la reja de la dicha ventana e se la había puesto al pescuezo, la cual había apretado él mismo con sus propias manos tanto que sentado en el suelo por no poner su negocio en ventura se había ahogado e ahorcado él mismo quedando ahorcado e muerto naturalmente según había sido hallado** e visto por el dicho alcalde mayor e por todos los vecinos de la dicha villa con dolor grande y espanto de cuantos le miraban, de ver **un hecho tan atroz del demonio**, por lo cual había sido mandado depositar y enterrar al campo donde al presente estaba y en lo así habido y en su haber hizo fuerza de haber incurrido en perdimiento del alma y en otras penas en perdimiento de sus bienes por leyes e pragmáticas de estos reinos; por lo cual pidió al dicho alcalde mayor que ante todas cosas declarase el dicho Juan López de Uceda **haberse ahorcado a sí mismo voluntariamente e lo condenase a él e a cualquiera persona que pretendiese derecho a sus bienes aplicándolos e adjudicándolos a la cámara del dicho cardenal [...]**

La acusación sabe que, para imponer la pena de confiscación de bienes, lo propio sería probar que el suicidio se ha cometido por conciencia del crimen (un crimen que apareja pena corporal o de muerte) o miedo de la pena (corporal o de muerte, por un crimen anterior). La ley de las Partidas limitaba la pena al suicidio del acusado por un delito. En la doctrina jurídica se explica que esta causa del suicidio es más fácil de probar cuando consta que el reo teme su detención por la justicia, que daría lugar con toda probabilidad a un pleito, a una condena y a la imposición de pena. El refuerzo del dolo se acentúa todavía más si el reo ha sido detenido, porque entonces la condena es aún más probable, y por lo tanto su miedo a la pena más plausible; y todavía se acentúa más si el reo que se suicida ha sido acusado (litispendencia), y todavía más si el reo es ya convicto y confeso (prueba plena), y

todavía más si condenado en sentencia definitiva y pendiente de ejecución. De hecho, la admisión judicial de las acciones procesales de los herederos en orden a probar la inocencia del suicida suelen depender de la fortaleza de la presunción de su dolo según el momento pre-procesal o procesal: en nuestro pleito el padre (heredero ascendiente) puede defender al hijo porque ni siquiera había sido detenido cuando se suicidó.

En esta interpretación que entiende que solo es punible el suicidio con estas causas parece prevalecer, más que la represión de cualquier suicidio, la idea de que hay que evitar en particular el suicidio que frustra la administración de justicia (como el suicidio cometido por el reo encarcelado): el ánimo en el reo de evitar someterse al pleito o someterse a la pena parece entonces un criterio objetivo que evita las dificultades de valorar las razones psicológicas complejas (próximas a la incapacidad de dolo, por trastorno mental) que sería necesario tener en cuenta en otro tipo de suicidio (por tedio vital). Esto es muy llamativo, porque la atrocidad del suicidio, como crimen y pecado mortal que impide la salvación eterna, no debería incluir matices, pero la justicia secular parece consciente de las dificultades técnicas del juicio sobre un crimen que responde fundamentalmente al fuero interno (que solo Dios puede desentrañar a fondo) y que añade la dificultad de no tener un reo (cuando este se ha suicidado) sobre el que hacer recaer la pena (una dificultad que explica también el hecho de que la costumbre de ahorcamiento del cadáver haya quedado desplazada como un acto que ya no puede cumplir con el fin represivo de la pena aparte de resultar incivilizado).

Ahora bien, la acusación tiene que probar que el reo temía su responsabilidad criminal (conciencia del crimen al menos, ya que no había sido detenido y por lo tanto el miedo de la pena estaría más lejano), y trata de hacerlo, a falta de un crimen efectivo cometido por el presunto suicida, basándose en su responsabilidad por deudas. Esta es una interpretación muy amplia de la acusación, porque no hay una sola diligencia judicial por responsabilidad civil del suicida que permita averiguar en qué delito incurriría o qué pena habría de sufrir frente a sus acreedores. Esta es una argumentación débil para un suicidio que quiera fundamentarse en la conciencia del crimen o el miedo de la pena.

Sin embargo, la acusación se refuerza en la descripción de los hechos, porque, según su explicación, no solo ha habido un suicidio, sino un conato de suicidio seguido de un suicidio consumado. Y esto es muy interesante porque permite a la acusación conseguir algo fundamental: la prueba de la premeditación del suicidio como homicidio cualificado. Si hubo un conato de suicidio primero y un suicidio consumado después, la obstinación del suicida no confirma solamente un dolo presumido en el homicidio simple, sino que prueba la premeditación requerida para el homicidio cualificado. Además, está implícita una conducta perversa, porque el primer acto de suicidio ha quedado en conato por un hecho externo (no ha sido desistimiento ni arrepentimiento), en el que puede entenderse presente una oportunidad de origen divino (como en el ahorcamiento público del que hay que liberar al reo cuando un accidente frustra la muerte), una especie de ayuda divina que el reo despreció al volver a autoejecutarse: téngase en cuenta que la insistencia en este momento de intervención divina tiene una intención técnica, porque interrumpe el tiempo entre el conato de suicidio y el suicidio consumado (sin esta interrupción no cabría la posibilidad de apreciar sino un crimen de suicidio continuado). Para la acusación, si ya el conato de suicidio sería punible (recordemos de nuevo que el conato de suicidio merece pena ordinaria si consiste en acto próximo y extraordinaria si consiste en acto remoto, lo que debe valorar el examen pericial y judicial del cuerpo del delito en las circunstancias delictivas concretas), con cuánta mayor razón sería punible el suicidio que remata. Como dice la acusación, hay una insistencia criminal demoníaca. La acusación, por lo tanto, acusa de suicidio y pide pena de confiscación de bienes basándose en la prueba de esta voluntad criminal (premeditación).

Martín Blazquez por virtud del poder que tiene de Gaspar Íñigo fiscal nombrado en esta causa asistió a **proseguir al dicho inventario que se hizo en la forma siguiente**: Ante mí Juan de Morales **escribano** este dicho día mes e año susodicho e estando en la casa de Juan Duque de Estrada donde están los bienes del dicho Juan López e Diego de Angulo alguacil mayor de esta villa e Pedro Martínez Cerezo e Juan Pérez de Ribadeneira, se prosiguió en la forma e manera siguiente el inventario: [...]

Los bienes embargados se describen en inventario hecho por el escribano y se depositan en persona llana y abonada

Después de lo cual el dicho pleito fue **concluso** [...] por el dicho licenciado Pérez de Lara **alcalde mayor y en consecuencia declaró el dicho Juan López de Uceda haberse muerto a sí mismo ahorcándose desesperado de la misericordia de Dios nuestro Señor, e por el dicho delito sirve en él haberse quedado confiscados los bienes** [...] dicha sentencia fue dada e pronunciada por el dicho alcalde mayor en la dicha villa de Talavera en el mes de diciembre de 1589 años, e fue notificada a las dichas partes [...]

El alcalde mayor da por concluso el pleito y pronuncia sentencia condenatoria por suicidio con pena de confiscación de bienes. La ley recopilada de Enrique III solo excluía la pena de confiscación en detrimento de herederos descendientes, lo cual no es el caso.

por parte del dicho Diego López de Uceda fue apelado [...] y porque **el juez eclesiástico que había conocido en la dicha relación sobre dar eclesiástica sepultura al cuerpo del dicho Juan López** [...] De todo lo cual así nos fue mandado dar traslado a la otra parte [...] Por todo lo cual nos pidió e suplicó confirmásemos la dicha sentencia contra el dicho Juan López de Uceda [...]

Se interpone recurso de apelación contra la sentencia del alcalde mayor. Se conoce entonces la resolución de la jurisdicción eclesiástica favorable a la sepultura en sagrado; no sabemos sus motivos, porque el derecho canónico no hacía distingos entre causas del suicidio, pero quizá haya tenido importancia la buena fama como católico del fallecido. Lo que parece claro es que hay una descoordinación entre justicia real y eclesiástica. La pena canónica de la denegación de sepultura eclesiástica al suicida (por pecado mortal) parece haberse aplicado en este pleito por el juez secular (el alcalde mayor) y de forma anticipada a la sentencia, de acuerdo con la querrela interpuesta por el procurador fiscal, y quizá apoyándose en la aplicación en esta tesitura de la costumbre local (que podría sugerir también la posibilidad de un sepelio más íntimo, como si lo principal fuera tomar una decisión que atiende a motivos de salud pública sin perjuicio de una decisión sustantiva definitiva posterior). Sin embargo, el hecho de que conste ahora resolución de un juez eclesiástico favorable a la sepultura en sagrado neutraliza aquella diligencia judicial, como reconoce, en la vista, la Audiencia y Chancillería.

En el pleito que entre el licenciado don Gregorio de Tovar fiscal del rey nuestro señor **en esta su Corte y Chancillería** acusador de la una parte, e Diego López de Uceda como padre de Juan López de Uceda su hijo vecino de la villa de Talavera acusado de la otra, fallamos atentos los autos e méritos del proceso del dicho pleito que el licenciado Pérez de Lara alcalde mayor de la villa de Talavera que de este pleito conoció en la sentencia definitiva que en él dio e pronunció de que por parte del dicho Diego López de Uceda fue apelado, **debemos de revocar e revocamos su juicio e sentencia del dicho alcalde mayor e la damos por ninguna de ningún valor y efecto**, e haciendo justicia en la causa debemos de

absolver e absolvemos al dicho Diego López de Uceda, e su hijo, e los damos por libres e quitos de todo lo contra ellos acusado, pedido, e demandado por el dicho fiscal, e por esta nuestra sentencia definitiva así lo pronunciamos e mandamos con costas en Valladolid a cuatro días del mes de mayo de 1591 años, e fue notificada a las dichas partes [...]

El recurso de apelación es resuelto por la Chancillería revocando la sentencia del alcalde mayor. Probablemente no ha dado por probada la causa legal (miedo de la pena, o bien conciencia del crimen al menos) necesaria para una sentencia condenatoria, y se ha entendido que existe un crimen continuado (no un conato y una posterior consumación) con enajenación mental.

de ella por parte del dicho licenciado don Gregorio de Tovar, nuestro fiscal, **suplicado** [...] porque el delito estaba plenamente probado con muchos testigos e otras pruebas concluyentes, e porque demás de serlo así era cosa notoria haber el sobre dicho Juan López ahorcado desesperando de la misericordia de Dios y **el decir era melancólico e falto de juicio e las otras cosas que por la dicha parte contraria se alegaban, era todo falso e probado todo con testigos dadivados e criados** del dicho Juan López, los cuales después que habían dicho, sus dichos se habían publicado habían dicho falsamente, e porque se lo habían pagado e inducido; por todo lo cual nos suplico revocásemos la dicha sentencia e confirmásemos la dicha sentencia del juez [...] e por nuestros alcaldes fue mandado dar traslado a la otra parte y el dicho pleito fue concluso, **e las partes recibidas a prueba en forma con cierto término dentro del cual por ninguna de las dichas partes no fueron hecha probanza alguna y el dicho pleito fue concluso e visto** por los dichos **nuestros alcaldes dieron e pronunciaron en él sentencia definitiva en grado de revista** del tenor siguiente: [...] **la sentencia definitiva en este dicho pleito e causada e pronunciada por nos los alcaldes del rey nuestro señor en esta su Corte y Chancillería fue y es buena, justa e derechamente dada e pronunciada**, e sin embargo de las razones contra ella dichas e alegadas la debemos de confirmar y confirmamos e por esta nuestra sentencia definitiva en grado de revista así lo pronunciamos e mandamos constar en Valladolid a 28 días del mes de julio de 1591 año. El licenciado Diego del Canal, el licenciado Arévalo Sedeno, el licenciado Rodrigo de Santillana.”

Interpuesto recurso de súplica (en el que se cuestiona la fiabilidad de los testigos y la interpretación del tedio vital o melancolía como incapacidad de dolo), tras el procedimiento de revista (sin práctica de nuevas pruebas) la Chancillería confirma la sentencia de vista.

#### 4. CUESTIONES CRIMINALES HISTÓRICAS EN SU PROBLEMÁTICA ACTUAL.

##### 4.1. El crimen de herejía bajo el Santo Oficio de la Inquisición.

###### Francisco Rizzi, Auto de fe de 1680 en Madrid.



María Victoria Caballero Gómez, “El Auto de Fe de 1680. Un lienzo para Francisco Rizzi”, *Revista de la Inquisición*, 3, 1994:

El 30 de junio de 1680, fiesta de San Pablo, se celebra en la Plaza Mayor de Madrid, lugar elegido por sugerencia de Carlos II, el último de los cuatro autos de fe celebrados en el siglo XVII, con el objeto de descongestionar las cárceles inquisitoriales por entonces repletas de reclusos. Se crean para su organización comisiones presididas por miembros del Consejo de la Suprema (fábrica del teatro, formación de la compañía de los soldados de la fe, llamamiento a familiares, preparación de estandartes y arquillas para sentencias, adornos y asientos, publicación del auto y procesiones, alojamiento y vestuario de reos con corozas, sambenitos, velas y distintivos, manual procedimental, refresco de asistentes, invitaciones, etc.) y se despacha orden a los tribunales inquisitoriales con reos para relajación con el objeto de su traslado con seguridad a la corte. El pregón se celebró el 30 de mayo, fiesta de la Asunción. La procesión dará comienzo entre las cinco y las seis de la mañana con el estandarte, el pregonero (familiar y notario del Santo Oficio) y el escuadrón de la fe; a las siete sale la procesión de los reos, acompañados de sacerdotes, desde las cárceles del Tribunal de Corte.

El auto comienza en el momento en el que el inquisidor general se viste de pontifical y baja a tomar juramento al rey. A continuación se dice el introito de la misa, se recita el juramento del pueblo (al que el público responde amén), se pronuncia el sermón, se toca la campanilla para la lectura de las sentencias y se requiere la comparecencia de los reos, en lo que llegarán las cuatro de la tarde. Tras la lectura los reos van siendo sacados y el corregidor

y sus tenientes los colocan en fila encabezada por las estatutas en efigie y rematada por los relajados en persona, para ser trasladados al brasero de la Puerta de Fuencarral. Siguen leyéndose las sentencias de reos de delitos sospechosos de herejía, hasta las nueve de la noche, y acabadas las absoluciones de levi o de vehementi se les conduce a las cárceles del tribunal. Al día siguiente se rezará un responso en el cementerio por los ajusticiados y arrepentidos. El martes 3 de julio a media mañana se sacará de las cárceles, en desfile público, a los que han de ser azotados o están condenados a vergüenza pública. El miércoles 4 de julio se conduce a los penitenciados a cumplir sentencias en la cárcel de la penitencia.

El momento reflejado en el lienzo de Rizzi es aquel en el que el rey ha jurado ya ante el inquisidor general, se ha dicho la misa, ha jurado el pueblo, ha terminado el sermón y los relajados comienzan a entrar en las jaulas para escuchar sus sentencias. Los sitios ocupados por las autoridades civiles y eclesiásticas se corresponden con el protocolo utilizado en las corridas de toros.

En el primer piso y centro de la imagen está el balcón real, con el rey (y el enano Luisillo) a la izquierda, la reina en el centro y la reina madre a la derecha. A un lado, las señoras de honor; al otro, el balcón del mayordomo mayor y gentilhombres de cámara; en el segundo, tercer y cuarto piso (cerrado el que cae encima de los reyes), altos oficios y nobles y grandes de España (el quinto piso queda oculto por los toldos). Debajo del balcón real está el inquisidor general revestido de pontifical, y a su izquierda el confesor del rey.

Los reos ascienden al tablado por la escalera de la derecha. Son custodiados por la guardia de los soldados de la fe y acompañados por religiosos y familiares del Santo Oficio. En las gradas superiores están los relajados y en las inferiores los penitenciados abjurados de levi y de vehementi. También se observan las estatutas de los reos sentenciados en efigie.

Por la escalera de la izquierda acceden los Consejos: en las gradas de la izquierda está el Consejo de la Inquisición y a la derecha los Consejos Reales de Castilla y Aragón, y al pie de la grada el fiscal de Toledo con el estandarte de la fe.

En el centro se localiza el corredor donde se leen las sentencias. A la derecha están los alcaides, y a la izquierda quienes pronuncian el sermón y leen las sentencias, así como los reos escuchando en sus jaulas.

### **Proyección de Carl Dreyer, La pasión de Juana de Arco.**

#### **4.2. La pena de muerte.**

En 1775 Carlos III limitó a la horca la forma de ejecución de la pena de muerte. En el código de 1822 todavía se contempla para más de treinta supuestos, y aun así hubo informes (como el de la Audiencia de Valencia) que le reprocharon su excesiva economía en este sentido. Un decreto de 1832 de Fernando VII sustituyó la pena de horca por la pena de garrote, una forma de ejecución más rápida y menos infamante; en el caso de los sometidos a la jurisdicción castrense, se aplicaba el fusilamiento. En el código de 1848 está prevista para delitos políticos, y hasta en diez supuestos como pena única (traición, piratería, lesa majestad, rebelión, homicidio, robo en despoblado o en cuadrilla, secuestro, incendio de edificios habitados...). En el código de 1870 la pena de muerte desaparece como pena única, y se restringe el número de delitos que se sancionan con ella; la I República suspende su aplicación. En 1900 se suprimió la publicidad de la pena de muerte, a consecuencia de la acción del diputado murciano Pulido, que trasladó al Parlamento el clima de histerismo

colectivo que envolvió a la ciudad de Murcia cuando fue agarrada la responsable del llamado “crimen de la Perla murciana” (la agraciada mujer que regenta la posada con su viejo marido mantiene una relación extraconyugal y los adúlteros deciden envenenar con un café a este, pero una criada bebe también entretanto y muere: respaldo popular a la bella mujer envenenadora, de la que se decía recibía un mal trato de su marido y a la que se veía como una joven indefensa, con el apoyo de las autoridades civiles y eclesiásticas), la última ejecución pública que se celebró en España, si bien la clandestinidad en las ejecuciones hizo posible, paradójicamente, el mantenimiento de la pena capital. La pena de muerte queda abolida completamente en el código de 1932, aunque se restablecerá por ley en 1934 para los delitos de terrorismo cometidos con explosivo y con resultado de muerte.

**Francisco de Goya, Por una navaja.**



**Coloquio: abolicionistas frente a partidarios de la pena de muerte.**

1.º ¿Hay un principio de civilización que pueda excluir la pena de muerte?  
¿Qué valor tiene el argumento de que la muerte es una pena implícita en la ley de la naturaleza?

2.º ¿Puede oponerse a la pena de muerte el principio de la inviolabilidad de la vida humana, la ley natural o la ley divina?

3.º ¿Una costumbre ilustrada, social o histórica puede legitimar la aceptación o la exclusión de la pena de muerte? ¿Qué efectos positivos o negativos puede provocar la pena de muerte sobre la costumbre social?

4.º ¿Favorece la pena de muerte el orden social? ¿El orden social puede legitimarla?

5.º ¿Es lícito que la autoridad se arrogue el derecho de matar? ¿Podría argumentarse que si la autoridad carece del derecho a imponer la pena de muerte

debería carecer de derecho para imponer cualquier otra pena? ¿Por qué podría tener derecho a imponer otras penas aflictivas y no la de muerte?

6.º ¿Tiene la sociedad un derecho de conservación o de legítima defensa que legitime la pena de muerte?

7.º ¿Puede excluirse la pena de muerte en función del principio de que es preferible la liberación de un culpable que la condena irreversible de un inocente, o es preferible la condena excepcional a muerte de un inocente si en general la pena capital resulta eficaz para proteger a un mayor número de víctimas frente a verdaderos culpables?

8.º ¿Qué validez tiene el argumento de que la pena de muerte impide la corrección del delincuente? ¿Podría admitirse la pena capital por razón de la constatada imposibilidad de corrección del delincuente, sobre todo cuando es incompatible con la protección efectiva de las víctimas?

9.º La pena de muerte, ¿no es proporcional ni divisible en función de la gravedad y circunstancias del delito, ni en función de la forma en que vive su padecimiento cada uno de los reos, o por el contrario es proporcional con los delitos atroces?

10.º ¿Puede aceptarse la utilidad de la pena de muerte ante la inutilidad de las demás penas para combatir la delincuencia? ¿Influye la pena de muerte en la comisión de delitos atroces o en la frecuencia de los delitos?

11.º ¿Es ejemplar la pena de muerte o su ejecución constituye un espectáculo socialmente degradante? ¿Tiene sentido la ejecución no pública de la pena de muerte, perdido su efecto de intimidación y ejemplaridad?

12.º ¿Hay alternativas con eficacia similar a la pena de muerte que tengan mayor eficacia correctiva y provoquen menor degradación que el establecimiento penitenciario?

## 5. CUESTIONES CRIMINALES ACTUALES EN SU PROBLEMÁTICA HISTÓRICA.

### 5.1. Los crímenes políticos: sedición y rebelión.

Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez, Comentarios al Código penal: “El método seguido en nuestro código en la clasificación de estos delitos, que podemos llamar de Estado, revela claramente que se han comprendido y apreciado en su redacción estas diferencias, como en ningún otro código moderno; y la ley sería un modelo si no calificara los delitos políticos de actos de rebelión y sedición, no porque estén así mal calificados, sino porque estas palabras son de una acepción vaga e indeterminada en el uso común, en el lenguaje jurídico y aun en el de la ciencia. Al hablar de una conmoción popular o de una perturbación pública, cualquiera que sea su objeto, la rebelión y la sedición se confunden con la conspiración, la insurrección, el motín, la asonada, el tumulto. Lo mismo llamamos insurrección a un movimiento que tiene por objeto cambiar el gobierno del país, que al alboroto de un pueblo para oponerse al pago de contribuciones, para impedir la publicación de una ley o para eximirse del servicio militar. El alto gobierno en sus circulares, la legislación en el lenguaje del derecho, las autoridades en el lenguaje oficial, el vulgo en sus conversaciones, los filósofos y los publicistas en sus libros, usan indistintamente de estas denominaciones, que para un buen hablante no significan siempre una misma cosa, pero que tienen todas una acepción común y general, en la cual convienen para este caso. Y en efecto, se puede conspirar para cometer un delito político, como para perpetrar un delito de traición u otro crimen;

puede verificarse una insurrección, provocarse un alzamiento contra el gobierno, y alborotar las poblaciones para favorecer los planes del extranjero en una guerra nacional, como en las luchas de partido; y el uso de estas voces, que no tienen siempre una acepción científica, fija e invariable, ofrece inconvenientes graves en un código. Verdad es que una parte de estos inconvenientes se salva definiendo la rebelión y sedición, como hace nuestra ley, porque de este modo se fija su verdadero sentido; pero estas definiciones tienen mucho de arbitrarias, y hubiéramos preferido una redacción más general”.

## 5.2. La marginación social: los crímenes de germanía.

### Miguel de Cervantes, *Rinconete y Cortadillo*.

Enrique Álvarez Cora, “Las Cortes y la política criminal de Felipe II en Castilla”, *e-SLegal History Review*, 17, 2014:

La confirmación de que Felipe II tuvo una mirada muy certera, muy bien asesorada, derivada de un inteligente y escrupuloso estudio sobre el problema del hampa, se encuentra en la célebre novela de Miguel de Cervantes, *Rinconete y Cortadillo*. A sólo cinco años de la muerte del rey, se publica este retrato de la sociedad de los criminales, los barrios bajos de la ciudad de Sevilla, en una travesía de personajes que reúnen los caracteres y actúan cumpliendo con los patrones criminales que las leyes habían combatido. Así pues, y como ahora se comprobará, las leyes penales de Felipe II responden a una completa regulación de un objeto —hampa, lumpen, canalla, delincuencia organizada— sin fisuras, lagunas o huecos. Cuando se lee la novela de Cervantes, se asiste a una suerte de perfecta glosa de la ley; o bien, separándose de la ley, a un retrato pleno, redondo, de figuras y ambiente, cuyas aristas y colores pueden encontrarse entonces, uno por uno, en las leyes penales. Como si Cervantes hubiera recogido estas leyes antimafia para la elaboración de su teatro, o como si sus claves fueran tan elementales, tan archisabidas, tan evidentes, que ley y novela tuvieran que coincidir forzosamente en su recolección.

Pedro Rincón y Diego Cortado viven una zambullida en el hampa cuya narración comienza como un trayecto del campo a la ciudad —tránsito a la delincuencia organizada, que ha de ser urbana—, desde los campos de Alcudia a Sevilla, y en el ínterin una paulatina inmersión en la *ciencia villanesca*. Rincón y Cortado no tienen más de diecisiete años, esto es, la edad fronteriza para la pasión de las galeras, que, por otra parte y culpa de sus pecados, atisban en el horizonte.

**“[...] un día de los calurosos del verano se hallaron en ella acaso dos muchachos de hasta edad de catorce a quince años; el uno ni el otro no pasaban de diez y siete [...].**

**Hecho esto, se fueron a ver la ciudad, y admiróles la grandeza y sumptuosidad de su mayor iglesia, el gran concurso de gentes del río, porque era en tiempo de cargazón de flota y había en él seis galeras, cuya vista les hizo suspirar, y aun temer el día que sus culpas les habían de traer a morar en ellas de por vida.**

No obstante, Rincón ya ha padecido como ladrón penas menores, así las de azotes y destierro; también Cortado ha corrido aventuras de ladrón, y por una ciudad, ámbito en el que hay que saber buscar los mejores caladeros, que son las zonas más concurridas, y por donde acechan el corregidor y el alcalde con sus corchetes.

Vino el que tenía a cargo el dinero tras mí; prendiéronme; tuve poco favor; aunque, viendo aquellos señores mi poca edad, se contentaron con que arrimasen al aldabilla y me mosqueasen las espaldas por un rato y con que saliese desterrado por cuatro años de la Corte.

Dejé mi pueblo, vine a Toledo a ejercitar mi oficio, y en él he hecho maravillas; porque no pende relicario de toca ni hay faldriquera tan escondida que mis dedos no visiten ni mis tiseras no corten, aunque le estén guardando con ojos de Argos.

Avisóles su adalid de los puestos donde habían de acudir; por las mañanas, a la Carnicería y a la plaza de San Salvador; los días de pescado, a la Pescadería y a la Costanilla; todas las tardes, al río; los jueves, a la Feria.

Bien es verdad que habrá ocho días que una espía doble dio noticia de mi habilidad al Corregidor, el cual, aficionado a mis buenas partes, quisiera verme [...].

[...] y la centinela le dijo como al cabo de la calle había asomado el alcalde de la justicia, y que delante dél venían el Tordillo y el Cernícalo, corchetes neutrales. [...] Nunca ha disparado arcabuz a deshora, ni trueno repentino, espantó así a banda de descuidadas palomas como puso en alboroto y espanto a toda aquella recogida compañía y buena gente la nueva de la venida del alcalde de la justicia.

Esta pareja de jovenzuelos ladrones (o “de mala entrada”, o “murcios”) son vagabundos, y como huérfanos, y en su peregrinaje portan naipes (aun falsos) y frecuentan, con dedicación al juego y sus trampas, mesones y ventas; y también saben apañárselas con la reventa de lo robado.

— Mi tierra, señor caballeros —respondió el preguntado—, no la sé, ni para dónde camino, tampoco.

[...] porque mi tierra no es mía, pues no tengo en ella más que un padre que no me tiene por hijo y una madrastra que me trata como alnado; el camino que llevo es a la ventura, y allí le daría fin donde hallase quien me diese lo necesario para pasar esta miserable vida.

Y cuando dijo al arriero que les había oído decir que los naipes que traían eran falsos, se pelaba las barbas y quisiera ir a la venta tras ellos a cobrar su hacienda, porque decía que era grandísima afrenta y caso de menos valer que dos muchachos hubiesen engañado a un hombrazo tan grande como él.

Venían en él envueltos y guardados unos naipes de figura ovada, porque de ejercitarlos se les habían gastado las puntas, y porque durasen más se las cercenaron y los dejaron de aquel talle. [...] Tomé de mis alhajas las que pude y las que me parecieron más necesarias, y entre ellas saqué estos naipes [...] con los cuales he ganado mi vida por los mesones y ventas que hay desde Madrid aquí, jugando a la veintiuna [...].

Habíanse despedido antes que el salto hiciesen de los que hasta allí los habían sustentado, y otro día vendieron las camisas en el malbaratillo que se hace fuera de la puerta del Arenal, y dellas hicieron veinte reales.

Rincón y Cortado son carne de cañón del lumpen, y así se afilian, llegados a Sevilla, a la canalla que lidera Monipodio. La doctrina de Monipodio recomienda el encubrimiento de origen y una suerte de nuevo bautismo en la chusma, y el examen —con plan de perfeccionamiento (nuevos trucos) y conocimientos auxiliares (la no delación)— al aprendizaje que se integra en el gremio.

[...] y así, torno a decir que es provechoso documento callar la patria, encubrir los padres y mudar los propios nombres [...] — Pues de aquí adelante —respondió

Monipodio— quiero y es mi voluntad que vos, Rincón, os llaméis Rinconete, y vos, Cortado, Cortadillo, que son nombres que asientan como de molde a vuestra edad y a nuestras ordenanzas [...].

— Está bien —replicó Monipodio...; pero quería yo que también le tuviédeses para sufrir, si fuere menester, media docena de ansias sin desplegar los labios y sin decir ‘esta boca es mía’.

— Yo —respondió Rinconete— sé un poquito de floreo de Vilhán; entiéndeseme el retén; tengo buena vista para el humillo; juego bien de la sola, de las cuatro y de las ocho; no se me va por pies el raspadillo, verrugeta y el colmillo; entróme por la boca de lobo como por mi casa, y atreveríame a hacer un tercio de chanza mejor que un tercio de Nápoles, y a dar un astillazo al más pintado mejor que dos reales prestados. / — Principios son —dijo Monipodio—; pero todas éstas son flores de cantueso viejas, y tan usadas, que no hay principiante que no las sepa [...] pero andaré el tiempo, y vernos hemos: que asentando sobre ese fundamento media docena de liciones, yo espero en Dios que habéis de salir oficial famoso, y aun quizá maestro.

Monipodio, claro, es el principal a quien se debe obediencia, y el mayor por razón de mérito de una “cofradía” u organización criminal perfectamente jerarquizada —pero sociedad, en la que tienen voto todos los socios— y de funcionamiento reglado, con libro contable de actividades, tarifas y plan de trabajo, monopolizadora u otorgadora de licencia de todo hurto —amén de otras actividades— más con reparto de beneficios.

— Si no se paga —respondió el mozo—, a lo menos regístranse ante el señor Monipodio, que es su padre, su maestro y su amparo; y así, les aconsejo que vengan conmigo a darle obediencia, o si no, no se atrevan a hurtar sin su señal, que les costará caro.

— ¡Y cómo que es calificado, hábil y suficiente! —respondió el mozo—. Eslo tanto, que en cuatro años que ha que tiene el cargo de ser nuestro mayor y padre no han padecido sino cuatro en el *finibusterrae*, y obra de treinta enrevesados y de sesenta y dos en gurapas.

— ¿Es vuesa merced, por ventura, ladrón? / — Sí, respondió él—, para servir a Dios y a las buenas gentes, aunque no de los muy cursados; que todavía estoy en el año del noviciado.

Digo que sola esta razón me convence, me obliga, me persuade y me fuerza a que desde luego asentéis por cofrades mayores y que se os sobrelleve el año del noviciado. / — Yo soy dese parecer —dijo uno de los bravos. / Y a una voz lo confirmaron todos los presentes, que toda la plática habían estado escuchando, y pidieron a Monipodio que desde luego les concediese y permitiese gozar de las inmunidades de su cofradía, porque su presencia agradable y su buena plática lo merecía todo. [...] De común consentimiento aprobaron todos la hidalguía de los dos modernos y la sentencia y parecer de su mayoral [...].

Tenemos más: que rezamos nuestro rosario, repartido en toda la semana, y muchos de nosotros no hurtamos el día del viernes, ni tenemos conversación con mujer que se llame María el día del sábado; [...] advirtiéndoles que las estimasen en mucho [las inmunidades de su cofradía], porque eran no pagar media nata del primer hurto que hiciesen; no hacer oficios menores en todo aquel año, conviene a saber: no llevar recaudo de ningún hermano mayor a la cárcel, ni a la casa, de parte de sus contribuyentes; piar el turco puro; hacer banquete cuando, como y adonde quisieren, sin pedir licencia a su mayoral; entrar a la parte desde luego con lo que entrujasen

los hermanos mayores, como uno dellos, y otras cosas que ellos tuvieron por merced señaladísima, y los demás, con palabras muy comedidas, las agradecieron mucho.

Memoria de las cuchilladas que se han de dar esta semana. [...] Al bodegonero de la Alfalfa, doce palos de mayor cuantía a escudo cada uno. Están dados a buena cuenta ocho. El término, seis días. Secutor, Maniferro.

Memorial de agravios comunes, conviene a saber: redomazos, untos de miera, clavazón de sambenitos y cuernos, matracas, espantos, alborotos y cuchilladas fingidas, publicación de nibelos, etcétera.

— En eso de restituir no hay que hablar —respondió el mozo—, porque es cosa imposible, por las muchas partes en que se divide lo hurtado, llevando cada uno de los ministros y contrayentes la suya; y así, el primer hurtador no puede restituir nada [...]

— Lo que se ha de hacer —respondió Monipodio— es que todos se vayan a sus puestos, y nadie se mude hasta el domingo, que nos juntaremos en este mismo lugar y se repartirá todo lo que hubiere caído, sin agraviar a nadie.

Frente al hurto libre, es *uso* de esta tierra —de la ciudad— la delincuencia organizada.

— Yo pensé —dijo Cortado— que el hurtar era oficio libre, horro de pecho y alcabala [...] pero pues es así, y en cada tierra hay su uso, guardemos nosotros el ésta, que por ser la más principal del mundo será el más acertado de todo él.

Y entre los huéspedes de la casa criminal hay peritos de especial industria, como los “avispones”, en los que se advierte la trama colectiva y compartimentada de los actos delictivos, y la participación de miembros *liberados* de aparente buena vida y fama.

Rinconete, que de suyo era curioso, pidiendo primero perdón y licencia, preguntó a Monipodio que de qué servían en la cofradía dos personajes tan canos, tan graves y apersonados. A lo cual respondió Monipodio que aquéllos, en su germanía y manera de hablar, se llamaban *abispones*, y que servían de andar de día y por toda la ciudad abispando en qué casas se podía dar tiento de noche, y en seguir los que sacaban dinero de la Contratación, o Casa de la Moneda, para ver dónde lo llevaban, y aun dónde lo ponían; y en sabiéndolo, tanteaban la groseza del muro de la tal casa y diseñaban el lugar más conveniente para hacer los guzpátaros —que son agujeros— para facilitar la entrada. En resolución, dijo que era la gente de más o de tanto provecho que había en su hermandad, y que de todo aquello que por su industria se hurtaba llevaban el quinto, como su Majestad de los tesoros; y que, con todo esto, eran hombres de mucha verdad, y muy honrados, y de buena vida y fama, temerosos de Dios y de sus conciencias, que cada día oían misa con extraña devoción. / — Y hay dellos tan comedidos, especialmente estos dos que de aquí se van agora, que se contentan con mucho menos de lo que por nuestros aranceles les toca. Otros dos hay que son palanquines, los cuales, como por momentos mudan casas, saben las entradas y salidas de todas las de la ciudad, y cuáles pueden ser de provecho y cuáles no.

Monipodio guarda además estipendios para el pago de servicios a “bienhechores”, colaboradores más o menos directos de las actividades delictivas: corruptos procuradores, alguaciles —particularmente el de vagabundos—, verdugos, socorredores, escribanos que ayudan a la “hermandad”.

— El alguacil de los vagabundos viene encaminado a esta casa, pero no trae consigo gurullada. / — Nadie se alborote —dijo Monipodio—, que es amigo y nunca viene por nuestro daño. Sosiéguese, que yo le saldré a hablar. [...] — ¡No hay levas conmigo! —dijo Monipodio—. ¡La bolsa ha de parecer, porque la pide el alguacil, que es amigo y nos hace mil placeres al año! [...] Más disimula este buen alguacil en un día que nosotros le podemos ni solemos dar en ciento.

[...] porque tenemos de costumbre de hacer decir cada año ciertas misas por las ánimas de nuestros difuntos y bienhechores, sacando el estupendo para la limosna de quien las dice de alguna parte de lo que se garbea, y estas tales misas, así dichas como pagadas, dicen que aprovechan a las tales ánimas por vía de naufragio; y caen debajo de nuestros bienhechores: el procurador que nos defiende, el guro que nos avisa, el verdugo que nos tiene lástima, el que, cuando uno de nosotros va huyendo por la calle y detrás le van dando voces: ‘¡Al ladrón, al ladrón! ¡Deténganle, deténganle!’, uno se pone en medio y se opone al raudal de los que le siguen, diciendo: ‘¡Déjenle al cuitado, que harta malaventura lleva! ¡Allá se lo haya; castíguele su pecado!’ Son también bienhechoras nuestras las socorridas que de su sudor nos socorren, así en la trena como en las guras; y también lo son nuestros padres y madres, que nos echan al mundo, y el escribano, que si anda de buena no hay delito que sea culpa ni culpa a quien se dé mucha pena; y por todos estos que he dicho hace nuestra hermandad cada año su adversario con la mayor popa y solemnidad que podemos.

De la casa de Monipodio forman parte prostitutas, y rufianes o *respectos* (a la par, ladrones y jugadores) que las maltratan cuando caen en ira y después arrepentidos las consuelan. Rincón y Cortado portan armas blancas cortas, así como Monipodio y sus subalternos portan pistoletes y espadas prohibidas.

Al volver que volvió Monipodio, entraron con él dos mozas, afeitados los rostros, llenos de color los labios y de albayalde los pechos, cubiertas con medios mantos de anascote, llenas de desenfado y desvergüenza: señales claras por donde, en viéndolas Rinconete y Cortadillo, conocieron que eran de la casa llana, y no se engañaron en nada [...].

— ¡La justicia de Dios y del Rey venga sobre aquel ladrón desuellacaras, sobre aquel cobarde bajamanero, sobre aquel picaron lendroso, que le he quitado más veces de la horca que tiene pelos en las barbas! ¡Desdichada de mí! ¡Mirad por quién he perdido y gastado mi mocedad y la flor de mis años, sino por un bellaco desalmado, facinoroso e incorregible! / — Sosiégate, Cariharta —dijo a esta sazón Monipodio—, que aquí estoy yo, que te haré justicia. Cuéntanos tu agravio, que más estarás tú en contarle que yo en hacerte vengada; dime si has habido algo con tu respecto, que si así es y quieres venganza, no has menester más que boquear. [...] Y alzándose al instante las faldas hasta la rodilla, y aun un poco más, las descubrió llenas de cardenales. / — Desta manera — prosiguió— me ha parado aquel ingrato del Repolido [...] No, por cierto, no lo hizo más sino porque estando jugando y perdiendo, me envió a pedir con Cabrillas, su trainel, treinta reales, y no le envié más de veinticuatro, que el trabajo y afán con que yo los había ganado ruego yo a los cielos que vayan en descuento de mis pecados. Y en pago desta cortesía y buena obra, creyendo él que yo le sisaba algo de la cuentea que él allá en su imaginación había hecho de lo que yo podía tener, esta mañana me sacó al campo, detrás de la güerta del Rey y allí, entre unos olivares, me desnudó, y con la petrina, sin excusar ni recoger los hierros, que en malos grillos y hierros le vea yo, me dio tantos azotes, que me dejó por muerta. [...] — Porque quiero —dijo— que sepas, hermana Cariharta,

si no lo sabes, que a lo que se quiere bien se castiga; y cuando estos bellacones nos dan, y azotan, y acocean, entonces nos adoran; si no, confiésame una verdad, por tu vida: después que te hubo Repolido castigado y brumado, ¿no te hizo alguna caricia? / — ¿Cómo una? —respondió la llorona—. Cien mil me hizo, y diera él un dedo de la mano por que me fuera con él a su posada [...].

[...] el uno tenía una media espada, y el otro, un cuchillo de cachas amarillas, que los suelen llamar vaqueros.

Llegaron también de los postreros dos bravos y bizarros mozos, de bigotes largos, sombreros de grande falda, cuellos a la valona, medias de color, ligas de gran balumba, espadas de más de marca, sendos pistoletos cada uno en lugar de dagas, y sus broqueles pendientes de la pretina [...] Llegóse en esto la sazón y punto en que bajó el señor Monipodio [...] el sombrero era de los de la hampa, campanudo de copa y tendido de falda; atravesábale un tahalí por espalda y pechos, a do colgaba una espada ancha y corta, a modo de las del perrillo [...];

Serían los del almuerzo hasta catorce, y ninguno dellos dejó de sacar su cuchillo de cachas amarillas, si no fue Rinconete, que sacó su media espada.

Rinconete —”aunque muchacho, de muy buen entendimiento, y tenía un buen natural”— capta cómo la sociedad criminal es paralela y subterránea respecto de la sociedad legal, en la ciudad de Sevilla:

**Finalmente, exageraba cuán descuidada justicia había en aquella tan famosa ciudad de Sevilla, pues casi al descubierto vivía en ella gente tan perniciosa y tan contraria a la misma naturaleza, y propuso en sí de aconsejar a su compañero no durasen mucho en aquella vida tan perdida y tan mala, tan inquieta, y tan libre y disoluta”.**

La novela, en este punto, va más allá que la ley, porque al concluir sentencia y define desconsoladamente el presupuesto del que las leyes sin duda partían: el quiste del crimen organizado en el seno de la sociedad urbana.

### **5.3. El sexo, la edad y la criminalidad: aborto, estupro e infanticidio.**

La tradición jurídica medieval que permanece durante los siglos de la modernidad ha sido definida como patriarcal, cuando lo cierto es que la moral católica insiste constantemente durante los siglos XVI y XVII en la igualdad (jurídica) entre el hombre y la mujer, y de hecho esta igualdad solo se pone en discusión en el seno de la compañía matrimonial por razón de una distribución de funciones (externa para el marido e interna para la mujer) de la que se deriva un prejuicio educativo (criticado, sin cuestionar el sistema jurídico, en el siglo XVIII).

Los tópicos sobre la naturaleza femenina, de origen medieval, son contradictorios y se mueven entre considerar que la mujer es deficitaria de dolo o excesiva en dolo. Mientras en el cuento de *El conde Lucanor* de don Juan Manuel (siglo XIV) aparece una mujer simple (la mujer desobediente que aprende a servir al marido en la mesa tras ver cómo este maltrata a los animales que no le hacen caso), en el *Libro de los exemplos por ABC* de Clemente Sánchez de Vercial (siglo XIII) aparece la mujer malvada (la mujer adúltera, que comete un delito femenino por antonomasia claramente infamante, y al ser expulsada de su casa simula tirarse a un pozo forzando el escándalo del marido ahora arrepentido de acusarla a pesar de tener motivo). Lo mismo sucede en la Edad Moderna. Mientras Baltasar Gracián dice que la capacidad de la más sabia mujer no pasa de la de un hombre cuerdo de catorce años, las

mujeres en las comedias de Lope de Vega son capaces de engañar al varón más astuto y toman la iniciativa en relación con sus propios intereses.

El cuerpo femenino y su capacidad de engendrar vida se convierte sin embargo en una razón discriminatoria (obstétrica). El tradicional año de luto que pesa sobre la viuda tiene su sentido en la evitación de la *commixtio sanguinis*, que afecta a derechos hereditarios de todos los hijos. La crianza y educación de los hijos en el matrimonio cede el protagonismo externo al marido que así, cuando debe conceder licencia para que la mujer casada tenga capacidad comercial o procesal, lo hace en función de la *fragilitas, imbecillitas* o *infirmitas sexus*, esto es, una posición de debilidad que se contrapesa con la protección brindada por el sistema jurídico a los bienes propios (dotales y parafernales) uxorios (de forma paralela a como se protege a los hijos no emancipados mediante la *restitutio in integrum*).

En el ámbito criminal también hay que calibrar la tensión entre igualdad natural (indiscriminación jurídica penal) y obstetricia (una razón física para la suspensión de la pena de muerte durante el embarazo, así como la pena de galeras solo la padece el varón).

De acuerdo con la igualdad jurídica penal, el sexo femenino no se valora en el régimen de la capacidad de dolo, sino en el de las circunstancias o cualidades delictivas. Pero incluso quienes defienden una mitigación punitiva por incapacidad femenina de dolo encuentran un límite en los crímenes atroces, si bien es entonces la cualificación (implícita en la atrocidad, como ocurre con la proditoriedad) parece imponer la cualidad delictiva sobre la capacidad de dolo.

Cuando el protagonismo criminal corresponde a la mujer rigen los criterios ginecológico y tocológico de la virginidad y la procreación, con la que se relaciona la edad, el estado civil y el vínculo de sangre.

**Apunte de la causa empezada de oficio y seguida por Manuel Fontanilla, contra José Guerra ante el Sr. Teniente 3.º de la ciudad de Sevilla por suponerle estupro y suministración de abortivo a Josefa Fontanilla de que se suponen resultó en muerte. Sevilla, 1836 (Archivo Histórico del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, caja 4, legajo 2, doc. 38, registro n.º 37): “1836. Sevilla. Sala 2.ª. Relator. N. 40. Apunte de la causa empezada de oficio y seguida por Manuel Fontanilla contra José Guerra ante el Sr. Teniente 3.º de esta ciudad por suponerle estupro y subministración de abortivo a Josefa Fontanilla de que supone resultó su muerte.**

*Antecedentes.* / José de la Guerra encargado en la hostería calle Sardinias n.º 20 propia de don Juan Caudet sedujo la primer noche de carnaval del año de 1833 a Josefa Fontanilla la cual estaba sirviendo en el bodegón inmediato a dicha taberna con la que tenía comunicación y habiéndola reducido con amenazas y caricias la disfrutó a su placer y aunque esta iba a dormir todas las noches a casa de su madre esta citada noche del carnaval no pareció a ella hasta las seis de la mañana siguiente disculpándose con la madre de haber faltado aquella noche. Recelosa esta de la conducta de su hija la sacó del servicio del bodegón pero siguió sin embargo advirtiendo ciertas relaciones entre esta y el Guerra confirmándola más en su sospecha haberlos encontrado una noche que la mandó por agua a una fuente hablando en secreto. Guerra la regaló una sortija de metal con sus iniciales, le mandaba dineros y comestibles y la daba citas para verla. Meses después fue el Guerra a la botica de Santa Catalina y le pidió a don Ramón Balboa encargado en ella un abortivo expresando ser para una joven a quien había dejado embarazada el cual no quiso facilitárselo el dicho Balboa. Después de esto y a mediados del mes de

octubre del dicho año de 33 y dos días antes de su fallecimiento acaecido en el 18 del mismo mes arrojó un feto medio podrido, cuyo acaecimiento no pudo decir el facultativo que la asistía don Francisco Calero si provenía de bebidas subministradas al intento o si del cólera o medicamentos empleados para su curación. Este no obstante preguntó reservadamente al Guerra si le había dado a la enferma algún abortivo y de qué especie a cuya pregunta contestó el Guerra negativamente. El día en que la dieron el santo óleo declaró la paciente ante su madre, ante Josefa Antúnez y ante Gertrudis de Almoríñas el estupro cometido por el Guerra y que este le había dado una bebida dos días antes de caer mala habiendo sentido novedad en su cuerpo desde que le había tomado, entregó la sortija a su madre que expresó habérsela dado el Guerra y como al otro día falleció.

*Cargos.* / 1.º Se le hace de que habiendo llevado amistad ilícita con Josefa Fontanilla, y de sus resultas quedado embarazada, la facilitó una bebida con el fin de que abortase, y sin duda fue esta la que motivó la muerte de la Josefa.

Acerca de esto han declarado trece testigos sin generales excepto María del Coral de edad de once años.

De la deposición de la testigo Gertrudis de Mompián madre de la difunta estuprada, resulta que su hija no vino a dormir a su casa como diariamente acostumbraba la primera noche de carnaval en la que se supone haberla estuprado diciéndola haber pasado la noche en casa del Guerra por haberla tenido ocupada en lo que convino el Guerra.

La misma, Josefa Antúnez y Gertrudis de Almoríñas declaran que como dos días antes de morir la Josefa Fontanilla dijo en presencia de ellas haber disfrutado el Guerra con amenazas y halagos la noche del primer día de carnaval y haberla proporcionado una bebida abortiva dos días antes de caer mala desde cuyo momento se sintió indispuesta, que la dicha Josefa entregó a su madre una sortija de metal con las iniciales del Guerra expresando habérsela dado este en prueba de su amor y que la dicha pidió a su madre perdón de la falta que había cometido.

Las dos últimas que dijo la Josefa no habérselo revelado a su madre por miedo y por vergüenza y que vieron el feto arrojado y que estaba medio podrido.

La dicha Gertrudis de Mompián dice que sospechando de la conducta del Guerra y su hija siguió a esta una noche que la mandó por agua a la hospedería de Santiago en compañía de María del Coral y la encontró en la plazuela de Santa Catalina hablando con el Guerra sin duda porque este la había estado acechando, que los reprehendió con aspereza y que se llevó a su hija, que cuando notó asomar el feto llamó al médico don Francisco Calero, que oyó decir a Juana García que Domingo García la había manifestado que diciéndole al Guerra que se preparara había este respondido que todo estaba reducido a gastar cuatro o seis mil reales.

Evacuada la cita de la Coral la contestó añadiendo que como cuatro meses antes pasando una tarde por la taberna del Guerra la llamó y la dio una peseta para que se la entregase a la Josefa, que la encargó la dijese fuese allá sin que su madre lo entendiese lo que así verificó ella y la Josefa contestó que iría, que otro día que también pasaba por casa del tabernero la llamó y la dio aceitunas en un puchero para que se las llevase a la Josefa y a ella dos cuartos y que otra vez la mandó la Josefa a ver al tabernero unos días antes de caer mala y el referido la dijo que a la Josefa la esperaba en San Felipe encargando siempre que la madre no lo supiese.

Evacuada la cita de Juana García no la contestó añadiendo no tener noticia del trato ilícito del Guerra y la Josefa.

Evacuada la de Domingo García tampoco la contestó y dijo ignorar el trato ilícito del Guerra y la Josefa.

Francisca Carrasco expresó no saber cosa alguna acerca del Guerra y la Josefa.

María Queral dijo que varias ocasiones había visto pasar después de las ánimas a la Fontanilla y detrás al Guerra, y que de público se decía llevar trato ilícito.

Don Francisco Calero, que tratando de averiguar si en efecto se le había dado a la Fontanilla bebida para abortar, para darle las medicinas conducentes preguntó reservadamente al Guerra sobre ello el cual negó abiertamente haberla dado, que el feto a pesar de su descomposición parecía ser como de seis meses y que no sabe si el aborto procedió de bebida subministrada al intento o de las medicinas tomadas por el cólera que padeció o por esta enfermedad.

Lorenzo Mármol dijo que vio a Josefa Fontanilla varias veces ir a comprar carbón y que ignora lo demás.

Pedro Villanueva, José García y Antonio Hinojosa expresaron ignorar lo que se les preguntaba.

Evacuando la cita de doña María del Coral y don Francisco Calero se tomó 2.<sup>a</sup> declaración al reo el cual dijo no conocer a la Coral siendo falso cuanto ha dicho con respecto a él, y cierto lo que ha expresado don Francisco Calero.

Terminado el sumario se le tomó la confesión al reo y ofrecidos los autos a Manuel Fontanilla padre de la difunta Josefa (el cual en el sumario había pedido se le tuviese por parte) para formalizar su acusación, lo hizo pidiendo se le impusiesen al Guerra las más graves penas personales y pecuniarias en que había incurrido según la ley condenándolo en costas. De este escrito de acusación se dio traslado al reo y recibió la causa a prueba y evacuándolo pidió se le absolviera de cuanto se le imputaba en la acusación, se desembargaran sus bienes y cancelasen las fianzas prestadas con expresa condenación de costas y subsanación de daños y perjuicios alegando al efecto: que sin embargo de lo adecuada que está el sumario para gravar con él al inocente no ha resultado criminalidad alguna contra el Guerra pues hasta los testigos examinados en él a instancia de Manuel Fontanilla patentizaban la inocencia del Guerra. Que hasta de la existencia de los expresados delitos se debía dudar legalmente por no resultar de ninguna diligencia que los hubo y que no habiendo cuerpo de delito no debía procederse en la causa, que lo único que podía persuadir a su existencia era la deposición de la Mompián en la que está a la Josefa Antúnez y Gertrudis de Almoríñas las que no merecían fe alguna porque en el tiempo en que dice oyeron a la Josefa que fue en el del cólera no solamente los extraños como ellas sino hasta los padres huían de los enfermos. Que aun suponiendo ciertas las deposiciones de la Antúnez y la Almoríñas pudo bien la Josefa en el delirio de la enfermedad decir mil desatinos y entre ellos los que suponen haber oído; o cuando no culpan a un inocente como el Guerra para salvar a un culpado que tendrá menos medios de defensa. Que aun suponiendo cierta la existencia del delito no había fundamento para atribuírselo al Guerra pues no resulta del sumario por deposición de ningún testigo haber visto a la Fontanilla en casa del Guerra como era regular sucediese habiendo relaciones amorosas, ni nada acerca de bebida abortiva. Que hasta del dicho de las dos testigos buscadas por la Mompián en que aseguran que la Josefa estaba sirviendo al Guerra se deduce la falsedad de toda declaración siendo así que hasta los testigos examinados a instancia de la Fontanilla dicen servía a María Pérez en el bodegón y no en la taberna al Guerra, entre la cual y el bodegón no había comunicación grande, y que hasta la cita hecha por la Mompián acerca de que el Guerra había estado reducido todo a gastar cuatro o seis mil reales desmentida por los citados Juana García y Domingo García corroborada la falsedad de su calumniosa deposición los que no contentos con desmentirla aseguran no saber nada acerca del trato ilícito de la Fontanilla y el Guerra. Que la misma declaración de don Francisco Calero en que expresa no poder asegurar de qué provino el aborto destruye la existencia del delito. Que hasta la misma María del Coral testigo instruida por la

Mompíán para declarar cuya tacha es notoria por ser de 11 años escasos de edad incide en el error de que la Josefa servía al Guerra y que últimamente el cargo que se le pudiera hacer se desvanecía por sí solo en fuerza de las razones dichas.

En el término de prueba se practicaron las siguientes.

*Pruebas por partes del acusador.* / Presentó interrogatorio con dos preguntas útiles.

1.<sup>a</sup> Como es cierto y si por tal lo aseguran que José de la Guerra se presentó en la botica de Santa Catalina en el año de 1833 y cuyo mes señalarán si por casualidad lo recuerdan y pidió al encargado del despacho de la enunciada botica medicamentos para hacer abortar los cuales no se le entregaron.

Examinado a su tenor el único testigo don Ramón Balboa encargado en la botica de Santa Catalina dijo recordaba que como dos meses antes del cólera que se padeció en el año de 1833 llegó a ella José Guerra que tenía taberna en calle Sardinas y le suplicó le facilitase un abortivo para una joven a quien había dejado embarazada sin manifestarle quien fuese ella y que el testigo le manifestó que no se conocía medicina que tuviese semejante virtud y que aunque la hubiese tampoco se la franquearía y se retiró el Guerra.

2.<sup>a</sup> Si saben que la difunta menor Josefa Fontanilla observó siempre una conducta irreprehensible.

Por esta fueron examinados dos testigos sin generales que lo fueron Josefa Antúnez y María González las que la contestan.

*Pruebas por parte del reo.* / Entregados después al reo presentó también interrogatorio constante de 6 preguntas útiles.

1.<sup>a</sup> Si es cierto que Josefa Fontanilla no ha servido en ningún tiempo en clase de criada a don José de la Guerra sino que ha estado sirviendo a María Pérez en el bodegón inmediato a la taberna del Guerra expresando que aunque aquel se comunica con la taberna es independiente de ella.

Por esta fueron examinados 6 testigos sin generales que fueron Manuel de la Cruz, don Dionisio Gutiérrez, don Antonio Loredo, don Antonio Martínez, don José Gutiérrez y don José Aro y contestaron todos la certeza de la pregunta por su frecuente concurrencia a dicha taberna.

Repreguntado el 1.<sup>o</sup> por el abogado de la contraria parte que manifestase qué clase de independencia era la que había entre el bodegón y la casa del Guerra y si podía afirmar que el Guerra nunca iría allí. Contestó: que eran independientes el bodegón y la casa del Guerra en el tráfico; y que no podía asegurar si el Guerra se comunicaba con aquel establecimiento. Repreguntado de nuevo por el representante del reo si la comunicación de la taberna y bodega era absolutamente material y de ningún modo de relaciones de clase alguna con la dueña del bodegón María Pérez y su criada. Contestó: que no observó semejantes relaciones durante su frecuente ida a la taberna.

Repreguntado el 2.<sup>o</sup> testigo Gutiérrez por el dicho abogado con la misma hecha anteriormente. Contestó: que eran dos establecimientos separados y como vecinos se hablaban yendo el Guerra alguna que otra vez a despachar al bodegón a algunos marchantes porque el ama y la viuda se marchaban y lo dejaban abandonado.

2.<sup>a</sup> Si es cierto que la Josefa Fontanilla no se ha quedado a dormir noche alguna en casa del Guerra pues tanto ella como su ama María Pérez asistían de día al bodegón y a las 9 de la noche en el invierno y a las 10 en verano cerraban la puerta del establecimiento y se marchaban hasta el día siguiente en el cual volvían a abrir el bodegón, habiendo observado constantemente este método sin que la Fontanilla hubiese pernoctado noche alguna en la casa del Guerra.

Por esta fueron examinados los antedichos testigos.

El 1.º dijo que solo puede contestar a ella haber visto varias noches cerrar el bodegón la María Pérez y marcharse con la Fontanilla.

El 2.º: que por vivir enfrente le constaba la certeza de la pregunta y que muchas noches después de cerrado el bodegón se sentaba él con Guerra a la puerta de la calle y venían la madre y hermana de Josefa Fontanilla preguntando por esta que ya se había marchado con María Pérez, iba a buscarla al corral del banco donde vivía esta y no encontrándola volvía a la taberna a ver si habían venido y se quejaba la madre de que María Pérez distraía a la muchacha llevándola a su casa a deshoras de la noche. Repreguntado por el abogado de la contraria si puede afirmar que la Fontanilla no se quedó ni una sola noche en la taberna del Guerra. Dijo: que puede afirmarlo porque siempre estaban juntos y porque también una temporada estuvieron durmiendo juntos el Guerra y él y las que no fue así las veía marcharse a la Pérez y a la Fontanilla.

El 3.º la contestó diciendo que por su frecuente concurrencia a la dicha taberna y paso por la calle vio muchas noches que a la hora de cerrar lo hacía la María Pérez y se marchaba con la Fontanilla observando también que algunos días no despachaban en el bodegón porque no venían.

El 4.º y 5.º expresaron solo haber visto muchas noches cerrar el bodegón a la María Pérez y marcharse con la Fontanilla.

El 6.º que lo vio todas las noches y que ignora si ha dormido la Fontanilla noche alguna en casa del Guerra.

3.ª Si es cierto que en tiempo del cólera no se reunían las personas extrañas en las habitaciones de los coléricos y las familias abandonaban sus enfermos por temor del contagio.

Todos los dichos contestaron la certeza de la pregunta unos por haber padecido el cólera y haberlo experimentado y otros por haberlo visto.

4.ª Si es cierto que Josefa Fontanilla murió del cólera.

Todos la contestaron: el 1.º porque así lo supo. El 2.º porque una hermana de la Fontanilla fue a su casa por las lavativas que le sirvió a él en dicha enfermedad y dijo ser para su hermana Josefa. El 3.º y 4.º de oídas. El 5.º y 6.º porque las medidas suministradas a la Fontanilla eran relativas al cólera y que como a tal colérica se le socorrió por la visita.

5.ª Si también es cierto que don José de la Guerra no tuvo jamás amistad ilícita ni relaciones amorosas con la Josefa y que nunca ni en ningún sitio los vieron hablando solos ni acompañados, ni han visto a aquel seguir a esta por ningún sitio con intención de hablarla sin que la Fontanilla hubiese entrado sola en la taberna del Guerra ni este la hubiese hecho tomar bebida alguna de ninguna clase, ni le hubiese regalado sortijas ni dado directamente ni por medio de otra persona cantidad alguna de dinero.

Todos contestan que cuando concurrían a la taberna no notaron relaciones ni interés de ninguna especie entre el Guerra y la Fontanilla. Que en cuanto a sortijas y dinero lo ignoran excepto el último que asegura no haberlos dado el Guerra a la Fontanilla.

6.ª Si es cierto que María del Coral que en el referido año de 1833 apenas tenía once años vivía en la misma casa y en compañía de Gertrudis de Mompeán madre de la Fontanilla.

Todos contestaron ignorar su contenido.

Los testigos examinados se ratificaron sin novedad.

Conclusa la prueba se entregaron los autos a las partes por su orden (habiéndolo antes al Fiscal) las cuales alegaron lo que tuvieron por conveniente y

traída a la vista en 6 de junio, recayó sentencia en esta forma: En la ciudad de Sevilla 7 de junio de 1836 el Sr. D. Diego de Mendo juez 3.<sup>a</sup> de 1.<sup>a</sup> instancia de esta ciudad habiendo visto esta causa por ante mí el escribano dijo: que por lo que de ella resulta debía de condenar y condenaba a don José de la Guerra en 100 ducados de multa con la aplicación ordinaria, a que abone a don Manuel Fontanilla los alimentos y gasto de curativa que se invirtiere en la enfermedad de su hija Josefa y a que no pueda vivir en esta ciudad a no ser unido en vida maridable con su legítima mujer de cuyo efecto se pasará el oportuno oficio a la policía en el caso de que se confirme esta providencia para que se verifique su cumplimiento, y en todas las costas procesales apercibido a que si diese motivo a procedimiento de esta especie será tratado con mayor vigor notificándose y consultándose con el superior tribunal con los autos originales. De cuya providencia notificada el 8 apelaron acusador y reo, en tiempo y forma y admitida en ambos efectos se remitieron los autos originales al tribunal superior los cuales fueron ofrecidos y tomados por José Guerra. [...]

*Censura fiscal.* / El Fiscal de S. M. habiendo visto la causa seguida con el juzgado 3.<sup>o</sup> de esta ciudad contra José de Guerra por estupro, aborto, y muerte de Josefa Fontanilla, y en uso del traslado de los escritos en que expresando agravios las partes de Guerra y Manuel Fontanilla del auto definitivo por el que se condena a Guerra en cien ducados de resulta con otros pronunciamientos solicitan su revocación. Dice que no resultan justificados los cargos que se hacen a Guerra, y para los cuales había de imponérsele las penas correspondientes a los delitos que se persiguen: solamente aparecen contra él, ciertos indicios que no son bastantes para la imposición de una pena determinada; los cuales consisten en la declaración de la madre de la Fontanilla, en la de María del Coral García, el médico don Francisco Calero, y las de María Antúnez y Gertrudis Almoríñas, pero en ellas se descubren cierta contradicción, e inverosimilitud que hacen dudar de su producido, como sucede en la de la madre y la del médico, pues aquella asegura en la suya haber principiado a curar a su hija el médico Calero creyendo que sería de la enfermedad reinante, asegurando este, que su cura se había dirigido a la hemorragia interina que le había asegurado aquella experimentaba su hija, de modo que falta la conformidad de un hecho tan esencial. La declaración de la Coral tampoco produce prueba suficiente no solamente por su corta edad, sino también por lo insignificante de los hechos que refiere. ¿Y qué no podrá decirse de las respectivas a la de Antúnez y Almoríñas? Ellas mismas desmienten su relato, pues que no es de presumir que en las circunstancias de consternación en que se hallaba esta capital en la época de la ocurrencia de la Fontanilla con la enfermedad del cólera que se sufría se prestasen con tanta facilidad a visitar a una enferma que en su concepto era de la misma enfermedad, y que según la primera, murió a poco tiempo de haber hecho la declaración que refiere a su madre, y respecto a la segunda, a los dos o tres días hallándose tan tranquilas para oír la relación de la pariente: esto mismo y lo discorde del estado de esta, induce a presumir la idea que se han propuesto en la formación de la causa, y de no poder considerarse a Guerra autor de los delitos que se persiguen, hallándose este negativo en su perpetración y justificado en el plenario su conducta irreprochable, y su ninguna comunicación con la Fontanilla. Es verdad que a instancia del padre de esta ha declarado en dicho plenario don Ramón Balboa que se titula profesor de Farmacia en la botica de Santa Catalina, asegurando que hallándose encargado en ella, y como dos meses antes del cólera, había llegado a él José de Guerra suplicándole le facilitara un abortivo para una joven a quien había dejado embarazada; a lo que no accedió por las razones que refiere, cuya manifestación parece que debería producir alguna prueba contra Guerra, si desde luego no se tuviera presente que sin designarse una amistad particular con dicho

boticario, es increíble se le hubiese hecho una confesión tan franca y ajena de semejante caso, cuando en él se ocultan hasta las ideas más remotas de la complicidad en semejante hecho: pero aun resulta más, que declarando por segunda vez el médico Calero al folio 17 manifestó que la Fontanilla padeció del cólera, no pudiendo decir si por efecto de esta enfermedad y medicinas suministradas para su curación sería el aborto, o por la bebida que se dijo por la misma había tomado. Tal es el resultado de la causa, y por él no puede ser penado Guerra con el rigor de la ley, siendo suficiente por los indicios que contra el mismo aparecen, el pronunciamiento que contiene el definitivo apelado, aunque suprimiendo la parte del pago de gastos de curativa, atendiendo indudablemente que no la prosecución del delito ha impulsado a los padres de la joven difunta la provención de esta causa, sino llevados del interés, pues en otro caso habrían promovido diligencias que no ejecutaron, ni tenido la omisión en dar cuenta al juez, de su perpetración. Así que el Fiscal es de dictamen que suprimiéndose la citada parte del auto apelado, podrá confirmarse en los demás extremos que contiene el mismo.

Otrosí: dice: que por el que contiene el escrito de expresión de agravios del Manuel Fontanilla, se solicita una declaración a Guerra, ciertamente inconducente, pues aun cuando este confesase los hechos que se pretenden su producido, no haría prueba para considerarlo autor del delito que se persigue; y por lo tanto el evacuarse dicha diligencia, solo haría retardar la conclusión de esta causa que debe evitarse, y por lo tanto el Fiscal estima que debe desestimarse. Sevilla, 17 de agosto de 1836”.

Enrique Álvarez Cora, “La doctrina del homicidio en el siglo XVI”, en *Initium*, 20, 2015, y *Figuraciones del infanticidio (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 2018:

1) El estupro es un crimen que consiste en el acceso carnal violento padecido por una mujer virgen soltera. Si la mujer es casada, el crimen que rige es el rapto. Como normalmente el rapto implica la existencia de un desplazamiento de la víctima respecto del ámbito doméstico en orden a la violación, en contraposición el estupro se entiende un crimen característico del ámbito doméstico (donde existe una relación de dependencia), de modo que en el estupro se incluyen actos sexuales incestuosos o contra pupilos, así como aquellos realizados contra las criadas del servicio doméstico. Obviamente la soltería de la víctima implica que no puede haber estupro si quien lo comete es el marido.

Pero la esencia del estupro está en la violencia ejercida contra la virginidad y la fertilidad, lo que afecta a la niña infante o púber y en general a la mujer soltera si la virginidad es mantenida. Ahora bien, el tipo delictivo se extiende en virtud de la protección de la honestidad femenina, de modo que, aun de forma impropia, también se considera estupro el acceso carnal sufrido por la viuda de vida honesta. A la mujer virgen y la viuda honesta las Partidas añadían la mujer consagrada a Dios, en todos los casos con la pena del incesto, que a su vez remitía al adulterio, entre la pena de muerte y el destierro más la confiscación de la mitad de los bienes.

En congruencia con la extensión de la protección de la virginidad hacia la protección de la honestidad en general, se extiende también la violencia en la que el estupro consiste. El estupro es el acceso carnal que procede a la defloración virginal (violencia verdadera, voluntad anulada: violación, con la coacción de fuerza o armas), aunque no la exige consumada, y puede extenderse a los actos del delito continuado. Además, impropriamente, el estupro también abarca una violencia (interpretativa, voluntad viciada) que trastorna el consentimiento de la víctima mediante el engaño de la seducción. La seducción frecuentemente consiste, dada la condición de soltería de la mujer, en la promesa, al cabo

incumplida, de matrimonio. Esta promesa seductora puede explicar por lo tanto que, en realidad, el estupro se haya cometido con consentimiento de la víctima (estupro voluntario), confiada en la sanación matrimonial posterior. Y explica también que la celebración final del matrimonio convalide la ilicitud criminal del acto, apoyada la licitud en aquel consentimiento.

La presunción de dolo juega a favor por lo tanto de una ausencia de consentimiento de la mujer. Por supuesto, cabe probar que la mujer consintió el acceso carnal, incluso sin esperanza matrimonial, lo que excluye el estupro (otra cosa es la exclusión de dote o la desheredación de la mujer). Ahora bien, por el contrario, cuando la edad menor de la mujer virgen se extrema en la infancia y la pubertad (en la proximidad de los doce años o hasta los catorce) se refuerza la presunción de dolo en el crimen: se excluye la posibilidad del estupro voluntario, porque la violencia se presume ante la incapacidad de dolo, por razón de edad (no del sexo), de la víctima, y se recomienda un agravamiento de la pena respecto del crimen contra una víctima de mayor edad.

La combinación de la protección mayor de la minoría de edad, de la extensión de la forma de la violencia y de la honestidad de la víctima explica por último que en el estupro haya que incluir la sodomía pederasta, que en sí misma implica la atrocidad del pecado nefando.

2) El aborto es un crimen próximo al homicidio o bien un homicidio, si no un homicidio cualificado (así el envenenamiento) cuando afecta a un *homo in utero*, y puede asimilar la herida o el golpe cuando provoca la esterilidad. Lo que aproxima la esterilidad a la muerte del feto es la frustración de un *futurus homo*. Es la pro-creación del hombre lo que fundamenta la criminalidad. Ahora bien, la muerte necesita, para convertirse en homicidio, que ese futuro sea viable como presente, lo que significa que el hombre pre-exista. Para que haya hombre preexistente se requiere cuerpo y alma, de tal modo que el acto será homicida cuando haga perecer el cuerpo y al mismo tiempo perecer el alma. En definitiva, el hombre futuro ha de ser un cuerpo o feto animado (*nasciturus* del hombre) para que el aborto sea homicidio, de acuerdo con las Partidas (que imponían pena de muerte en tal caso, y eximían de pena a la mujer si sufrió violencia sin tener voluntad abortiva). La muerte causada al feto no animado (sin alma) no puede constituir homicidio (y merece pena de destierro en las Partidas). En definitiva, el aborto es homicida a partir de la infusión del alma en el feto, y no antes.

De acuerdo con el juicio médico y de los jurisperitos, el varón absorbe el alma a los treinta, treintaicinco o cuarenta días de la gestación, mientras que la hembra la recibe a los sesenta, ochenta o noventa días de la gestación; no hay un criterio definitivo y unánime. En realidad se traza una evolución según la cual el feto acoge en principio, antes del día cuadragésimo, un ánima nutritiva o vegetativa, como las plantas, posteriormente un ánima sensitiva, en su cualidad animal, y culminando el ánima sensitiva e intelectiva, característica del hombre; los guarismos anteriores a propósito de la infusión del alma se predicán del *anima rationalis*. Alcanzada la infusión del alma por el feto, existirá aborto cual homicidio aun cuando la víctima sea un póstumo monstruoso, a no ser que carezca de forma humana.

Como homicidio, el aborto merece la pena ordinaria de muerte para quien lo cometió, la madre o un tercero, siempre que se dé la cualidad esencial del homicidio, esto es, el propósito doloso.

Cuando no existe dolo pero el aborto se provoca de forma no casual, se impone una pena extraordinaria arbitraria por razón de culpa lata; por ejemplo, si se suministró una

pócima sortilega, un anticonceptivo, o aborta una menor de edad por persuasión de su madre, o se produce en riña o jugando o en trato carnal con la mujer encinta, pues hay entonces peligrosidad previsible; también puede valorarse si se quiso evitar la pérdida del honor (legítima defensa) derivada de un acto carnal deshonesto. La misma pena extraordinaria mitigada es merecida cuando la acción abortiva o esterilizadora no consigue su fin, y el feto prospera o no muere. Y también se prefiere la pena extraordinaria mitigada, o incluso la excusación de pena (depende del tiempo de embarazo y del grado de culpa por diligencia o negligencia), cuando el aborto fue cometido (suministro de medicinas, por ejemplo) procurando la salud o la vida de la madre.

Pero puede regir asimismo la cualificación del homicidio. Así, cuando la mujer grávida, o alguno de sus padres, comete el aborto del feto animado, puede considerarse la existencia de un crimen de parricidio; sin embargo, no es una tónica habitual, porque parece ser suficiente cualificación la subsunción del aborto en el homicidio: lo prueba el hecho de que la consideración de la cualificación exija una previa cualificación del homicidio que redunde en el aborto, por ejemplo cuando la madre, o sus padres, causan el aborto u ordenan su realización por precio (asesinato). La pena se agrava igualmente cuando se añade al aborto la muerte de la madre, causados ambos por un tercero (acaso ya cualificado entonces el homicidio, por ejemplo si se practicó con envenenamiento); parece entonces que la obligación criminal por culpa (aunque podrá probarse la diligencia e incluso la buena intención, si se trata por ejemplo en una intervención médica) tiende a desplazarse hacia el dolo, hasta el punto de entender que el caso imprevisto (homicidio casual precedido de acto ilícito) merece pena ordinaria.

Si el alma no está infusa en el feto, no hay aún hombre (futuro), luego no hay homicidio y debe imponerse una pena extraordinaria arbitraria, mitigada respecto de la pena del homicidio, valorando las cualidades o circunstancias del crimen (tanto fácticas como personales).

Sin embargo, cuando se desconoce con certidumbre si el feto tiene alma infusa, se impone la pena ordinaria, sin duda porque es preferible que no resulte impune un homicidio.

En el pleito de referencia puede advertirse la sombra del delito de amancebamiento, que surge del concubinato del varón casado cuando consta, en la relación con la mujer (no desposada ni casada), una estabilidad pública (“retenta ad libidinem”) en comunidad de mesa, lecho y habitación. Si no se trata de varón casado, la relación puede ser de barraganía (si la mujer no es desposada o casada, ni menor de edad) o un mero concubinato (fornicio no punible civilmente). El amancebamiento es la única relación extramatrimonial del marido (adulterio impropio) que se considera delictiva. En el pleito puede apreciarse cómo se indaga sobre si el presunto estuprador tenía una relación continua (una comunidad que no parece de mesa ni de habitación, pero que se discute pueda serlo, bien que ocasionalmente, de lecho) y el acusado está casado de forma que con la pena impuesta se le conmina a hacer vida conyugal (y no la que le induce a relaciones extramatrimoniales, amancebadas o no) con su mujer legítima, para evitar el destierro. A diferencia de la relación extramatrimonial del marido, el adulterio de la mujer desposada o casada es siempre punible por causa de la “commixtio sanguinis”.

**Pleito criminal de 31 de agosto de 1618 (Archivo Histórico Nacional, sección Nobleza, Osuna, c. 400, d. 73): “Confesión de Estefanía. En el lugar Casas Don Pedro jurisdicción de la villa de La Puebla de Alcocer en veinte y siete de junio de mil seiscientos diez y ocho años su merced don Pedro de Bustos alguacil mayor desta**

dicha villa de La Puebla y todo su vizcondado fue a la cárcel deste dicho lugar donde estaba presa Estefanía López hija de Pedro García Magariño vecino deste dicho lugar de la cual se tomó y recibió juramento según derecho y ella lo hizo y hecho se le preguntó lo siguiente. Preguntada como se llama y que edad tiene dijo que se llama Estefanía López y que es de veinte y cinco años poco más o menos. Preguntada diga y declare es verdad que esta confesante ha estado preñada y ha parido una criatura a luz y con días varón diga de quien estaba preñada y cuando lo parió dijo que confiesa que ha estado preñada nueve meses y que se empenó de Alonso Benítez saestre vecino deste lugar y que no la hubo doncella y quien la llevó su virginidad fue Diego Fernández ausente deste lugar mas que la barriga es del dicho Alonso Benítez porque ha más de un año que trata con esta confesante sin que aya tratado otra persona y que no ha habido tercero ni medianero más de ellos ambos y que parió de el lunes pasado veinte y cinco deste presente mes al ras de mediodía y que no sabe si lo parió vivo mas que luego que le parió le dio con una pizarra en el pescuezo y que no lloró ni oyó llorar a la dicha criatura mas que la verdad es que cuando nació la dicha criatura estaba esta declarante en pie y cayó la criatura en el suelo y luego como cayó lloró y por que no fuese sentida la dicha criatura le dio las heridas del pescuezo y dejó la dicha criatura en el suelo entre unas pajuelas y se salió al cuerpo de casa y allegó hasta un huerto que tiene en el camino de La Puebla y regó unas eras de legumbres que allí tenía y no volvió a casa hasta de allí a un poco y vino a su casa y se puso a hilar al torno y antes de ir al huerto y después de parida también hiló al torno y no entró a ver la criatura hasta la noche que vino la justicia deste lugar a hacer diligencias y esta confesante entró en el aposento con la dicha justicia y el niño estaba ya muerto. Preguntada diga y declare pues confiesa que le dio la herida del pescuezo declare quien le dio las demás dijo que confiesa que luego como parió le dio las demás heridas con la dicha piedra pizarra que tenía en la mano hasta que la mató. Preguntada diga y declare si su padre y hermana desta confesante o el dicho Alonso Benítez o otra persona alguna supieron de la dicha muerte y le dieron favor y ayuda o consejo para ello dijo que no. Preguntada diga y declare que por qué su padre desta confesante el dicho día lunes vino con ella y con María su hermana o si supo o entendió algo de la dicha parición dijo que su padre ni su hermana no saben cosa ninguna antes la dicha hermana le preguntaba si estaba preñada porque decía tenía la barriga y esta confesante siempre lo negó. Preguntada diga y declare pues la dicha criatura nació viva como no le echó agua del bautismo dijo que no cayó en ello de turbada que estaba. Preguntada diga declare qué hizo de las pares donde las echó y a quién las dio dijo que ella después que su hermana de casa las enterró en el corral en un hoyo que hizo. Preguntada diga y declare pues dice que su hermana estaba en casa cuando parió cómo pudo parir sin que la viese ni sintiéselo dijo que cuando le dio los dolores del parto su hermana estaba hilando al turno en el corral y su padre no estaba en casa que andaba por el lugar y la dijo a la dicha su hermana cómo estaba de dolor de tripas que le quería venir su mes y así entró en el aposento donde suele dormir y allí pario sin la que viese naide ni la sintiose y esta es la verdad para el juramento que tiene hecho y dijo no saber firmar. [...] En la villa de La Puebla de Alcocer jueves treinta y un días del mes de agosto de mil y seiscientos y diez y ocho años don Pedro de Bustos alguacil mayor de la dicha villa y Gonzalo Díaz y Antonio García alguaciles de la dicha villa en ejecución de la dicha sentencia hicieron atar y amarrar en dos caballos dos sogas largas y atarlas a una cera grande y en ella metieron a la dicha Estefanía López atadas las manos y la sacaron de la cárcel pública de la dicha villa amarrada a los dichos caballos y arrastrando por las calles públicas de esta villa con voz de pregonero que manifestaba su delito y fue traída a la plaza pública de esta dicha villa donde estaba hecha una horca de madera y después de haber

**habido otros requisitos Juan Pizarro verdugo ejecutor de la justicia la echó de ella y se puso encima de los hombros hasta que murió naturalmente y de ello doy fe y fueron testigos Juan de León y Juan Calderón y Francisco de Valverde y otras muchas personas. De ello doy fe Rodrigo de Campos escribano”.**

El infanticidio es un crimen de tipificación incierta, que puede abarcar distintas conductas criminales: normalmente, la muerte del recién nacido (neonaticidio), la muerte del infante (infanticidio) o del púber (puericidio) o en general de los hijos (libericidio o filicidio), cometidos por los padres (parricidio) o por un tercero (homicidio).

Sin excluir obviamente la participación de familiares y terceros, el crimen suele estar protagonizado, en el ámbito doméstico, por la madre, pero en la doctrina española este factor se aprecia, en términos realistas (sin entender que la mujer neonaticida conecte con la bruja, madre antinatural, como en el derecho anglosajón, ni que rija una presunción de inocencia en favor de una ley natural de la maternidad), solo en cuanto se acompañe de factores de capacidad de dolo (por ejemplo, el carácter mentecato de la madre que ahoga a su criatura durante el sueño compartido, en un tipo frecuente de muerte accidental, así como la minoría de edad de la parturienta, la existencia de persuasión o ayuda por un familiar, o la enajenación mental causada por trastornos físicos como las calenturas sufridas durante el embarazo) o circunstanciales del delito que afecten a la cualidad del dolo (ocultación del cadáver infantil, heridas causadas al recién nacido, el hecho de haberlo bautizado o no, las dudas sobre si el feto nació vivo o muerto), con influencia en la determinación de la pena ordinaria o extraordinaria respecto de la propia del homicidio.

Esta subsunción del infanticidio en el homicidio explica que a priori pueda encontrarse una razón añadida, para mitigar o eximir de pena, en el homicidio necesario por razón de la legítima defensa del honor (propio, del matrimonio o de la familia), aunque esta posibilidad se encuentra neutralizada por el hecho de que los actos que hayan provocado el embarazo sean deshonestos (adulterio) o por la circunstancia de que levantar su velo aparezca deshonor (estupro, máxime si voluntario).

La pulsión mitigadora de los factores anteriores (la incapacidad de dolo, la legítima defensa del honor o circunstancias delictivas atenuantes) explica quizá que el crimen de homicidio simple (con pena de horca) termine por imponerse, en el infanticidio, cuando parece que lo propio sería que el infanticidio estuviera cualificado respecto del aborto (homicidio) del feto con alma (lo que propiciaría tal vez un impulso al aborto) así como la aplicación del régimen de los homicidios cualificados: o bien el homicidio proditorio (con arrastramiento), por la condición infantil de la víctima, o bien el parricidio (con encubamiento), cuando el neonato es hijo del criminal, o bien el envenenamiento.

La tónica del homicidio simple se aprecia en el crimen de exposición de infante, en el que se oscila entre el ánimo de causar la muerte (homicidio *causam dans*, doloso) y la causa misericordiosa (culposa), que se deducen de las circunstancias que distinguen, por lo común, el abandono en una iglesia del abandono en descampado o con un riesgo claro de muerte. En este último supuesto el abandono es un instrumento del neonaticidio: se llega entonces al régimen del homicidio simple desde una cualificación entre dos hipótesis de distinta gravedad mayor y menor.

Ahora bien, el régimen del homicidio simple no excluye un agravamiento de la pena del infanticidio en determinadas circunstancias, así cuando se prueba la premeditación, el

criminal tiene mala fama, se comete el crimen de forma cruel o se constata la frecuencia delictiva (en general, además de la reiteración o la reincidencia).