

## LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS ATROCES EN EL DERECHO CASTELLANO DE LA EDAD MODERNA

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ  
Universidad de Jaén

### RESUMEN

El aforismo *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*, permitió ciertas especialidades procesales y sancionadoras en el derecho castellano en orden a la persecución de los delitos más graves. Conforme la monarquía fue asumiendo el *ius puniendi*, se fueron multiplicando las leyes especiales que permitían alteraciones en el tratamiento ordinario de estos delitos, y en la práctica los jueces utilizaban también abundantes excepciones procesales y sancionadoras para reprimirlos. El reo de un delito atroz no merecía las mismas garantías procesales que los demás, podía ser culpado por simples presunciones o indicios, y era sancionado con una pena agravada, ejecutada en público de forma particularmente severa, y que podía alcanzar a sus descendientes o familiares. De esta manera, la monarquía conseguía amedrentar a la población, ocultando la ineficacia de sus propias instituciones para ejercer un poder más certero, infalible y continuo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal medieval - Derecho castellano medieval - Delito - Pena - Delito atroz.

### ABSTRACT

The aphorism *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*, allowed in the Castilian Law some specialties in the proceedings and in the penalty in order to contain the hugest crimes. As far as the monarchy was taken the *ius puniendi* upon itself, increased particularities laws to modify the usual treatment of these crimes, and in the practice also the judges made use of many exceptions to contain them. The criminal who committed an atrocious crime hadn't the same warranties in law than the others. He could be found guilty by just guesswork and circumstantial evidences, and he was punished with a very hard punishment, that was executed publicly and could get at his descendent or relatives. In this way, the monarchy managed to scare the common people, hiding its own institution's ineffectiveness to exercise a more certain, infalible and continuous power.

**KEY WORDS:** Medieval criminal law – Medieval Castilian law – Offense – Penalty – Brutal crime.

## I. LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE ATROCIDAD

Pocos conceptos jurídicos del derecho penal histórico se presentan ante sus estudiosos de forma tan recurrente y a la vez indeterminada como el de la atrocidad. Tanto en la legislación como en la literatura jurídica penal o, incluso, en la jurisprudencia de la época, es fácil encontrarse con expresiones latinas como *crimen atrox*, *crimen atrocissimum*, *delicta atrocissima* o *delicta atrociora*, así como con sus correspondientes traducciones castellanas. La expresión justificaba por lo general la aplicación de un proceso extraordinario, especialmente rápido y sin algunas de las garantías procesales establecidas para el acusado, además de una sanción agravada y ejecutada en público de forma particularmente severa, con repercusiones punitivas que incluso podían alcanzar a los descendientes o familiares del reo. La calificación de un delito como atroz no era, en consecuencia, meramente retórica o moralmente reprobatoria, sino que traía consigo repercusiones jurídicas concretas y muy trascendentes en orden tanto a la pena como al proceso<sup>1</sup>. Precisamente por eso, y habida cuenta de la frecuencia con la que se utilizaba la expresión para calificar a muy diversos delitos, sobre todo a partir de la recepción del *ius commune* en Castilla en el siglo XIII, llama aún más la atención que no exista en todo ese tiempo una definición precisa del concepto, ni pronunciamiento alguno acerca de lo que la actual ciencia jurídica llamaría su naturaleza. Los autores que se han planteado esta misma cuestión antes que yo, coinciden en señalar que la imprecisión acerca del término fue una maniobra política y jurídica conscientemente utilizada para favorecer una mayor eficacia represiva del sistema penal<sup>2</sup>. No hubo ninguna disposición regia de carácter general que autorizase un tratamiento especial único para los delitos atroces, y todas las obras doctrinales o jurisprudenciales de la época obviaron paradójicamente un tema de tan trascendental importancia. Sin embargo, conforme la monarquía fue asumiendo progresivamente el *ius puniendi* o derecho a castigar a sus súbditos<sup>3</sup>, se fueron multi-

<sup>1</sup> Coincido en ello con CLAVERO, Bartolomé, *Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones*, en *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas* (Madrid, 1990), p. 76.

<sup>2</sup> Véanse TOMAS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI - XVII)* (Madrid, 1969), pp. 25 y ss.; HESPANHA, A., *Da iustitia á disciplina. Textos, poder e política no antigo regime*, en *AHDE*, 57 (1987), pp. 493 ss.; o ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII - XVIII)* (Salamanca, 1982), p. 307.

<sup>3</sup> La atribución en exclusiva a la monarquía moderna de este derecho a castigar o *ius puniendi*, que implicaba la superación de los sistemas penales de carácter local, no fue sino el cúlmen del largo proceso de desarrollo de los postulados del Derecho Común, tal y como expuso, entre otros, LÓPEZ - AMO MARÍN, Ángel, en *El derecho penal español de la Baja Edad Media*, en *AHDE*. 26 (1956), y se valió para ello del amplio

plicando las leyes especiales que permitían alteraciones en el tratamiento ordinario de los delitos atroces, y en la práctica los jueces utilizaron también abundantes excepciones procesales y sanciones muy agravadas para reprimir impunemente estos delitos, al amparo de un ambiguo principio doctrinal según el cual “*in atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*”.

Sobre el origen y autoría de este principio básico en el derecho penal histórico ni siquiera existe una postura unánime. Los pocos que se atrevieron a pronunciarse sobre el tema se la atribuyeron de forma muy genérica a Inocencio<sup>4</sup>, aunque al parecer fueron Baldo y Bártolo quienes le dieron una mayor difusión, permitiendo su consolidación en los distintos ordenamientos jurídicos formados a partir del *ius commune*<sup>5</sup>. La máxima fue ciertamente muy utilizada por los juristas bajomedievales y modernos, bien en la fórmula latina reproducida más arriba, bien usando otra según la cual “*propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi*”, e implicaba la posibilidad de transgredir el derecho en los delitos atroces o muy graves sin necesidad de un expreso pronunciamiento legal que lo permitiese. Precisamente atribuyendo su enseñanza a Baldo, y resumiendo las opiniones anteriores que conforme a ella pronunciaron autores castellanos de la talla de Covarrubias, Avilés, Menchaca, Diego Pérez, Gregorio López, Antonio Gómez, Burgos de Paz, Castillo de Bovadilla, Pedro Belluga o Salgado, en su obra *Tractatus de re criminali*, Matheu y Sanz se pronunciaba con las siguientes palabras: “*Quod de iure hoc ipsum procedat, pariter dubitandum non est, nam in criminis exceptis, atque gravioribus ius ipsum constitutum habet, quod leges transgrediantur, non solum quoad impositionem poenae, verum etiam quoad modum procedendi vulgarem*”<sup>6</sup>.

Esta genérica doctrina se tradujo al castellano con afirmaciones, absolutamente asumidas por el ordenamiento jurídico, según las cuales la atroci-

---

desarrollo doctrinal realizado por un buen número de teólogos y juristas, cuya labor fue resumida de forma brillante por HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo de, *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su patria y singularmente en el Derecho Penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, en *Obras* (Madrid, 1948), I.

<sup>4</sup> ÁLVAREZ GUERRERO, Alfonso, *Liber de administratione et executione iusticie* (Valencia, 1536), fol. 14v.; y CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos* (Amberes, 1704, edición facsímil en Madrid, 1978), I, Libro II, capítulo XXI, n. 137, pp. 682 - 683.

<sup>5</sup> En otra parte de su obra, el mismo CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), Tomo I, Libro II, capítulo X, n. 21, p. 314, relaciona también esta doctrina con el pensamiento de Baldo. Y así lo corroboran en la doctrina actual ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 2), p. 306, y CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 1), pp. 76 - 77.

<sup>6</sup> MATHEU Y SANZ, Lorenzo, *Tractatus de re criminali sibe controversiarum* (Lugduni, 1702), controversia XXV, n. 26, fol. 125.

dad o gravedad del delito legitimaban de pleno derecho la necesidad de menores exigencias probatorias y la ausencia de algunas garantías del proceso ordinario, así como la imposición de una serie de penas especialmente agravadas. Se trataba en todo caso de facilitar a los jueces una rápida declaración de culpabilidad y condena de estos delincuentes cualificados, eliminando para ello todos los trámites o requisitos jurídicos que pudiesen constituirse en una traba a este fin. El reo de un delito atroz era un reo que no merecía las mismas garantías procesales que los demás, que podía ser culpado por simples presunciones o indicios, en una situación intermedia entre la inocencia y la culpabilidad que sólo el arbitrio judicial decantaba, y que además debía expirar la culpa de manera tan atroz como hubiese sido el delito a los ojos de Dios y de la sociedad. La ambigüedad del concepto se erigió por este motivo en una poderosa arma en manos de la monarquía y de sus jueces delegados. La argucia jurídica para amedrentar y someter a la población era verdaderamente magistral. Cuando el poder público ya no podía aumentar más la presión agravando las penas, aún le quedaba la posibilidad de recurrir a esta doctrina para facilitar las condenas sin las garantías procesales mínimas, y además podía hacerlo en cualquier crimen o delito que a su juicio fuera considerado atroz. Por lo general, se entendía que eran atroces aquellos delitos que implicaban un atentado especialmente grave contra el orden religioso, político, familiar o económico. Pero la imprecisión conscientemente admitida sobre el concepto permitía que en la práctica fueran los jueces quienes determinasen el crimen susceptible de ser calificado como tal. Bajo tales premisas, la doctrina y la práctica judicial asumieron un papel esencial en la aplicación de esta particular teoría. Existían algunas leyes especiales contenidas en cuerpos jurídicos de importancia, como las Partidas o el Fuero Real, que sin ninguna duda tenían su justificación en ella y admitían excepciones procesales como la legitimación de acusadores o testigos inhábiles en determinados delitos por razón de su gravedad, la eliminación de determinados requisitos procedimentales, o la denegación de la apelación en casos especialmente atroces. En los periodos más álgidos del absolutismo político, la monarquía castellana también quiso imponer su autoridad a través de esta vía, dictando leyes especiales para la persecución y castigo de delitos atroces, como la sodomía, la falsificación de moneda, el bandidaje o el hurto. Pero lo cierto es que al margen de estas manifestaciones legislativas, el verdadero desarrollo de la teoría de la atrocidad se produjo en los tribunales, donde los jueces no dudaron en utilizarla para justificar situaciones excepcionales o alteraciones en el tratamiento procesal ordinario, siguiendo para ello la doctrina de los juristas contemporáneos.

Con lo dicho hasta aquí podemos hacernos una idea bastante aproximada de aquello en lo que consistía el término de atrocidad en el orden penal, aunque lo cierto es que todavía no hemos podido llegar a elaborar un con-

cepto jurídico preciso acerca del mismo. La cuestión no sólo es difícil por la ausencia de definiciones previas con las que contamos, sino también porque dicho concepto carece de todo lugar en nuestra actual ciencia jurídica penal, de la que podríamos tomar en cualquier caso sólo las pautas para situarlo en el pasado.

En la época de la codificación, la defensa de una serie de principios que finalmente se han impuesto en nuestra ciencia penal, coadyuvaron poco a poco a cercar y poner fin a esta doctrina. No hubo una corriente única dirigida contra ella, ya que carecía de regulación jurídica específica en el ordenamiento y se sostenía sobre todo en la mentalidad social y la práctica jurisprudencial. Pero el principal objetivo de las airadas críticas de los ilustrados fue precisamente el espíritu de severidad del derecho penal histórico, y la particular atrocidad con la que se manifestaba ante determinados delitos. Sus esfuerzos se concentraron en limitar las distintas manifestaciones objetivas de dicha severidad para conseguir la anhelada humanización del derecho penal, y así fueron acabando paulatinamente con la ambigua teoría de la atrocidad con distintos principios que en distinta medida le hacían merma<sup>7</sup>. Uno de los más importantes fue el principio de la igualdad jurídica, que impedía el trato desigual de cualquier tipo de reo ante los tribunales. También hay que tener en cuenta el principio de la unidad jurisdiccional, que omitía las especialidades procedimentales justificadas en la condición social del reo. Y finalmente dejaron su impronta frente a ella el muy trascendente principio de presunción de inocencia, el de proporcionalidad de las penas, o los que prohibían la aplicación del tormento, la infamia como una forma de sanción, la transmisión de penas a hijos o familiares, y la pena de la confiscación de bienes<sup>8</sup>. Todos estos principios hacían incompatible la contemplación de la teoría de la atrocidad en el llamado estado de derecho, aunque la arraigada asunción de la misma aún se dilucida en la mentalidad de algunos de los primeros diputados del Congreso al hilo de sus intervenciones. Ni siquiera, si quisiéramos utilizar nuestra actual terminología penal, heredada de la labor liberal e ilustrada decimonónica, podríamos dar una definición acertada del concepto que nos preocupa. La atrocidad no era una circunstancia agravante del delito, ni una especialidad procesal, ni una pena en sí misma. Era una realidad jurídica absolutamente original del de-

---

<sup>7</sup> Sobre la nueva ideología ilustrada que se plasmó en la codificación penal es necesario citar la clásica obra de BECCARIA, Cesare *De los delitos y de las penas* (Livorno, 1764). De ella existe un amplio catálogo de ediciones y traducciones, aunque yo sigo especialmente la Alianza Editorial, con un comentario de Voltaire, que se editó por primera vez en Madrid, en 1968.

<sup>8</sup> Puede consultarse la muy reciente monografía sobre el tema de MASFERRER DOMINGO, Aniceto, *Traición y reformismo en la codificación penal española* (Jaén, 2003).

recho histórico, de difícil definición o conceptualización, y que tenía que ver sobre todo con el arbitrio (que no la arbitrariedad) de los reyes y de los jueces. Tratando de establecer un parangón entre la clasificación de crímenes, delitos y contravenciones que trajo consigo el movimiento ilustrado, y la clásica distinción de la tradición romana, y posteriormente de todo el sistema del Derecho Común europeo, entre *delicta atrocissima*, *delicta gravia* y *delicta levia*, el profesor Masferrer afirma que la una tuvo sus orígenes o precedentes en la otra, con la única diferencia de que si la tripartición del *ius commune* se fundaba en el tipo de castigos que los delitos llevaban consigo, la Codificación aportó una nueva clasificación justificada en razón de los bienes jurídicos lesionados<sup>9</sup>.

De la misma manera, al estudiar algunos casos concretos del derecho criminal romano, como el parricidio, la injuria o el *abigeus* (hurto agravado), la profesora Montanos concluye que la atrocidad de los mismos se manifestaba particularmente a efectos sancionadores. La *iniuria atrox* era sancionada de forma mucho más severa que la *iniuria levis*, y los delitos cometidos *cum atrocitate* eran objeto de una especial penalidad, que por ejemplo en el caso del parricidio dio lugar a la creación de la pena del *culleus*, consistente en arrojar al reo al mar metido en un saco con un perro, un gato y una serpiente<sup>10</sup>. “Según Valerio Máximo, y otros, no sólo se contentaban los Romanos con castigar los delitos atroces con ultimo suplicio y pena capital, sino tal vez con derribar las casas de los tales delinquentes [...]; y tal vez denegándoles la sepultura, arrastrándolos por las calles, o precipitándolos de alguna roca, como hizieron à Tiberio, y a Gayo Graco, y por otras formas, y maneras severas y rigidas”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> MASFERRER DOMINGO, Aniceto, cit. (n. 8), p. 121: Respecto a la clasificación de los delitos, el movimiento ilustrado trajo consigo la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones. Son crímenes los que atentan en principio los derechos naturales, como la vida; delitos, aquellos derechos derivados del contrato social como la propiedad; y contravenciones, las que infringen disposiciones de policía. Tal clasificación en *crimes, délits y contraventions* se incorporó al Código francés de 1791, con el objeto de reflejar no sólo la diversa gravedad de las penas, sino también por la variedad procedimental [...]. Las raíces o precedentes de tal clasificación se remontan ya en la tradición romana y posteriormente en el Derecho común. Del *ius commune* procede la distinción entre *delicta atrocissima*, *delicta gravia et delicta levia*. Los primeros, denominados también *atrociora*, eran aquellos por los que se imponía la pena más grave que la simple muerte; *gravía* (o *atrocía*), los que tenían por consecuencia la pena de muerte natural o civil; y *levia*, los castigados con las demás penas.

<sup>10</sup> Véanse los estudios sobre el parricidio y sobre las circunstancias agravantes en el derecho histórico de MONTANOS FERRÍN, Emma, *Estudios de historia del derecho criminal* (Madrid, 1990), pp. 18 - 20, 82 - 83 y 84 - 85.

<sup>11</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), Tomo I, Libro II, capítulo II, n. 57, p. 236.

En palabras de Foucault, la atrocidad se podría definir siguiendo esta corriente como esa parte del crimen que el castigo vuelve suplicio para hacer que se manifieste a la luz del día: La atrocidad es ante todo una característica propia de algunos de los grandes crímenes: se refiere al número de leyes naturales o positivas, divinas o humanas que atacan a la manifestación escandalosa o por el contrario a la astucia secreta con que han sido cometidos, a la categoría y al estatuto de los que son sus autores y sus víctimas; el desorden que suponen o que acarrearán, el horror que suscitan [...]. El castigo, en la medida en que debe hacer que se manifieste a los ojos de cada cual el crimen con toda su severidad, debe asumir esta misma atrocidad, debe sacarla a la luz por medio de las confesiones, de los discursos, de los carteles que la hacen pública; debe reproducirla en las ceremonias que la aplican al cuerpo del culpable bajo la forma de humillación y del sufrimiento<sup>12</sup>. La atrocidad que se manifiesta a través de la pena cumplía, consecuentemente, un doble objetivo. Por un lado se trataba de comunicar e imprimir a la sanción la gravedad con la que la sociedad percibía el crimen; y, por otro, se trataba de expiar o redimir con ella suficientemente el delito. Siendo éstas las principales funciones de la atrocidad en el derecho penal histórico, aún quedaba sin embargo un tercer pilar que la sustentaba con una fuerza igual o incluso mayor. La atrocidad de un crimen era considerada también por los poderes absolutistas la violencia del reto lanzado al soberano<sup>13</sup>. Por eso, la comisión de un delito atroz despertaba inmediatamente en la monarquía la necesidad de reprimirlo y anularlo, imponiéndose de forma triunfal sobre el individuo o individuos que hubiesen osado afrontar de tal modo su poder. La mecánica del poder en los estados absolutos, más que ninguna extra-

---

<sup>12</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, París, 1975 (sigo la edición de Madrid, 1992), p. 61.

<sup>13</sup> FOUCAULT, Michel, cit. (n. 12), p. 62: El hecho de que la falta y el castigo se comuniquen entre sí y se unan en la forma de la atrocidad, no era la consecuencia de una ley del talión oscuramente admitida. Era el efecto, en los ritos punitivos, de determinada mecánica del poder: de un poder que no sólo no disimula que se ejerce directamente sobre los cuerpos, sino que se exalta y se refuerza con sus manifestaciones físicas; de un poder que se afirma como poder armado, y cuyas funciones de orden, en todo caso, no están enteramente separadas de las funciones de guerra; de un poder que se vale de las reglas y las obligaciones como de vínculos personales cuya ruptura constituye una ofensa y pide una venganza; de un poder para el cual la desobediencia es un acto de hostilidad, un comienzo de sublevación, que no es en su principio muy diferente de la guerra civil; de un poder que no tiene que demostrar por qué aplica sus leyes, sino quiénes son sus enemigos y qué desencadenamiento de fuerza los amenaza; de un poder que, a falta de una vigilancia ininterrumpida, busca la renovación de su efecto en la resonancia de sus manifestaciones singulares; de un poder que cobra nuevo vigor al hacer que se manifieste ritualmente su realidad de sobreponer.

ña ley del talión admitida por el pueblo, hacía necesaria la corrección de los delitos atroces con manifestaciones asimismo severas que dominasen o reprimiesen completamente la situación.

Citando a Castillo de Bovadilla, fue así un principio generalmente aceptado por la mentalidad social del Antiguo Régimen el que afirmaba que *“incentivo es de pecar la facilidad del perdón, y así es mejor amar con severidad, que engañar con blandura, porque es cosa vista que el pueblo castigado obedece, y muchas veces perdonado se ensorvece”*<sup>14</sup>. De forma muy similar se pronunciaba años más tarde Alonso de Villadiego y Vasuña, aunque en esta ocasión haciendo referencia expresa al caso de los delitos atroces. Para él el juez *“mas importa que sea recto, aunque austero, que no blando; y es bien hacerse temer en este caso, porque los súbditos más se atreven al que aman, que al que temen, y aún les querran mas, porque el temor es portero del amor, y aún se hará temer, castigando con aspereza las subditos, turbadores de la paz, y à los que cometieren crímenes atroces, no exceptuando à ninguno en caso de justicia”*<sup>15</sup>.

El poder, sobre todo en las monarquías absolutas del Antiguo Régimen, tenía la permanente necesidad de reforzarse y exaltarse con manifestaciones físicas, y los delitos atroces eran una de las mejores en ámbitos de actuación que encontraba para ello. Lo hacía principalmente a través de una penalidad particularmente agravada en la que el principal protagonista era el pueblo. Pero cuando ésta dejó de ser suficiente para amedrentar a los súbditos, lo hizo también, como antes hemos dicho, a través de excepciones procesales por las que se negaba a los reos cualificados de delitos atroces las garantías mínimas en aras de precipitar y asegurar su declaración de culpabilidad<sup>16</sup>. La maniobra utilizada principalmente para ello fue la ambigüedad del concepto jurídico y de sus consecuencias ante los tribunales, que dife-

---

<sup>14</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), I, libro II, capítulo II, n. 52, p. 234, aunque aún abunda más en esta idea en los nn. 52 - 56, pp. 234 - 236, citando a Hipócrates, Cassiodoro, San Agustín, Lucas de Pena y San Gregorio, que llamó *“pestilencia de la República al juez que con rigor no corrige los delitos”*, y refiriendo numerosos casos tomados de la Historia. En la glosa (I) al n. 56, p. 236, incorpora una interesante cita de Avilés: *“Atrocía crimina ita acerbè punito, ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continuè castiget: nec enim inhumanitas hoc sed potius summa quaedam humanitas est cum multi paucorum animadversione salventur”*.

<sup>15</sup> VILLADIEGO, Alonso de, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarias del Reyno* (Madrid, 1766), fol. 154, n. 65.

<sup>16</sup> El principio que permitía limitar las garantías procesales en los delitos atroces se convirtió en uno de los principios básicos del derecho penal del Antiguo Régimen, tal y como afirma TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 2), p. 199.

rían en cada caso dependiendo del criterio jurisprudencial o de las particulares disposiciones regias que se hubiesen dictado al respecto. Pero la coacción que el poder ejercía a través del miedo o la amenaza, no era sino una clamorosa manifestación de su ineficacia para hacerse respetar por otros medios. La propia inseguridad de las monarquías absolutas para ejercer un poder eficaz en el campo del derecho penal, debido a la debilidad de sus instituciones, a los continuos conflictos jurisdiccionales a los que tenían que enfrentarse, y a un ordenamiento jurídico poco preciso y altamente falible, eran en realidad el telón de fondo que sustentaba la utilización de un sistema penal severísimo, aplicado de forma discontinua pero espectacular a través de grandes escenas de suplicios y ejecuciones públicas. Siendo incapaz de reprimir los delitos de forma continua y ordenada a través de sus órganos de justicia, el poder público optó por este modelo de penalidad mientras que la sociedad, ignorante, pobre y reprimida, se lo permitió. Sin embargo, el desarrollo de una importante clase burguesa a finales del siglo XVIII, con una base económica de tipo mercantil que había de proteger, pronto pondría de relieve la necesidad de crear un sistema penal garantista, utilitario, proporcional y moderado, basado en un poder judicial independiente que asegurase la libertad del ciudadano, y en un principio de legalidad que se sustentase en un conjunto de leyes igualitarias e infalibles<sup>17</sup>.

## II. LOS DELITOS CONSIDERADOS ATROCES POR EL DERECHO

Puesto que dependía de la potestad regia, en la mayor parte de las ocasiones delegada en el arbitrio judicial, es muy difícil encontrar una enumeración precisa de los delitos que sus contemporáneos percibían como atroces en el Antiguo Régimen. Castillo de Bovadilla se atrevió a realizar la enumeración más exhaustiva que existe de los mismos en el derecho castellano<sup>18</sup>, utilizando para ello el contenido de una ley de las Partidas<sup>19</sup>, y la pretendida respuesta que el monarca envió a una consulta del Senado de Milán: *“Una ley de Partida llamó tres delitos graves, la heregía, y la simonía, y el homicidio voluntario. El Senado de Milán consultado del Rey nuestro Señor sobre quales*

<sup>17</sup> Véase en este sentido la obra de TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Códigos y constituciones* (Madrid, 1989), pp. 115 - 116.

<sup>18</sup> Otras enumeraciones son menos precisas, como la de CANTERA, Diego de la, *Quaestiones Criminales* (Salamanca, 1589), *De quaestionibus tangentibus reum*, IV quaestio, n. 3, fol. 73: *“Secundò praesuppono cum Bartolo quatur de atrocioribus delictis: quae sunt atrociora delicta. Bartolo in legem auxilium (parágrafo) in delicti se refert ad glosa ubi dicit glosa quae delicta aliqua sunt atrociora et privata, ut furtum: aliqua sunt atrociora quae sunt publica, aliqua sunt atrocissima; ut est adulterium, parricidium, lesae maiestatis et similia”*.

<sup>19</sup> Concretamente Part. 1, 5, 33.

*delitos eran atrozes, respondió que el crimen lesae majestatis, de heregía, ò de traición: el homicidio de propósito, el reysterado, aunque no castigado, el falsificar, ò cercenar la moneda: la herida sobre assechanças, aunque no cause muerte; el robo de donzella hija de honrados padres, aunque no se siga copula, el acceso carnal con religiosa en el monasterio, el salteamiento de caminos, la sodomía, el falsear el sello del Rey, ò del Senado, y dize Julio Claro que este parecer agrado a su Magestad, y se guarda por ley en aquella provincia, y que su parecer es, que demás de los dichos delitos, se digan atrozes y graves todos aquellos porque se deva imponer pena de muerte natural, ò civil como de galeras perpetuas, si la tal pena se pratica*<sup>20</sup>.

Antes de hacer esta enumeración el propio autor reconocía, sin embargo, que no se trataba de una lista cerrada, sino meramente indicativa, porque *“atroz delito se llama, más o menos, respecto de la pena, que por Derecho está impuesta al que lo comete, según la común opinión de los Doctores, pero según otra común opinión no se puede en esto dar cierta regla, ni doctrina, y así se ha de dexar al albedrío del Juez”*<sup>21</sup>. En esta opinión coincidía unánimemente la doctrina española de la Edad Moderna, que precisamente por los motivos más arriba indicados no abundaba en la redacción de nuevas listas o relaciones de delitos atrozes. Se prefería la indefinición de los conceptos para ampliar el margen de actuación de la monarquía y porque, como expresara magistralmente Francisco Suárez, *“una materia que considerada en sí misma es leve, mandada en una ocasión determinada y en orden a un fin determinado muchas veces puede ser grave”*<sup>22</sup>. Por eso, la mayoría de los autores no se ocupaban de enumerar ni definir los delitos más graves o atrozes, sino que simplemente enunciaban sus consecuencias. Quienes más se acercaron a su conceptualización, hicieron por su parte declaraciones muy vagas en las que la atrocidad se relacionaba fundamentalmente con la pena, aunque también trajeran a colación la brevedad del proceso. Así, por ejemplo, tanto para Monterroso como para Villadiego el delito atrozo era aquel *“que requiere breve, y exemplar castigo, que se debe luego executar la pena legal, y aun algo mas según el exceso, circunstancias, y calificación grande de el delito”*<sup>23</sup>.

Sin embargo, la ambivalencia del concepto no pudo evitar que en la prác-

<sup>20</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, libro V, capítulo III, n. 10, p. 539.

<sup>21</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, libro V, capítulo III, n. 10, p. 539.

<sup>22</sup> SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (Coimbra, 1612, edición traducida al castellano por EGUILLOR, J. R., Madrid, 1967), II, libro III, capítulo XXV, n. 4.

<sup>23</sup> Esta es la definición literal que utiliza VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), n. 47, fol. 67. Pero sobre el *breve y exemplar castigo* que requiere el delito atrozo también se pronunció MONTERROSO y ALVARADO, Gabriel de, *Práctica civil y criminal e Instrucción de escrivanos* (Valladolid, 1563), Quarto Tractado, fol. 47.

tica, a la hora de describir las consecuencias jurídicas que conllevaba, los mismos autores que en principio quisieron evitar su definición o la enumeración precisa de casos, tuvieron que poner algunos ejemplos significativos de los crímenes que debían considerarse atroces por los jueces. De manera que, con la excusa de legitimar en ellos las especialidades procesales que se permitían por su particular gravedad, los juristas se pronunciaron en distintos momentos acerca de los más significativos delitos atroces, coincidiendo en señalar entre ellos los delitos de lesa majestad divina o humana, herejía, sedición, traición, falsificación de moneda o documentos, salteamiento de caminos o bandolerismo, asesinato (*homicidio de propósito*), robo reincidente (*famoso ladrón*), sodomía, suicidio, raptó y violación de mujeres solteras o religiosas, etc. No siempre eran los mismos. Su consideración dependía del especial atentado que la monarquía percibiese en cada momento contra su poder, o la sociedad contra su moralidad y costumbres. Por eso no resulta extraño que delitos originariamente percibidos como atroces, como el parricidio en el derecho romano, dejaran de serlo en cuanto se dictó para los mismos una especial sanción y se apartaran de aquellos que podían alterar el orden social; mientras que otros que tradicionalmente se habían contemplado con cierta indiferencia, como el hurto, se convirtieran en objeto de una feroz persecución cuando su abundancia en la corte de Felipe V comenzó a amenazar muy seriamente la paz pública. Por ese motivo, y sólo en el ámbito jurisdiccional de la corte madrileña, el delito de hurto se convirtió repentinamente en un delito atroz a instancias del propio monarca, quien, valiéndose de la teoría que le permitía transgredir las normas de derecho en cuanto al proceso y en cuanto a la pena, decretó una serie de especialidades probatorias para facilitar una rápida declaración de culpabilidad de los acusados, y aumentó desproporcionadamente las penas previstas para los mismos<sup>24</sup>.

A pesar de estas dificultades, si nos situamos en el Antiguo Régimen como el periodo álgido de aplicación de esta teoría, y tratamos de hacer una abstracción de los bienes jurídicos que en todo caso se pretendían defender con ella, hemos de reconocer necesariamente que la persecución de todos los delitos atroces pretendía en última instancia garantizar el respeto y la integridad de tres valores fundamentales: la majestad humana o del rey, la majestad divina o unidad religiosa, y la naturaleza en el orden sexual. Tres valores de la época (o bienes jurídicos según la terminología actual) absolutamente imprescindibles para apuntalar el orden político establecido sobre la base de una soberanía regia de origen divino y de una férrea moralidad<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Véase la Pragmática sobre el hurto en la corte de Felipe V, dada en el Pardo, a 23 de febrero de 1734, en NRec. 8, 11, auto 19, o bien en NsRec. 12, 14, 3.

<sup>25</sup> También CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 1), p. 76, señala que aquellos delitos

Imbuirnos de la mentalidad social y política del Antiguo Régimen resulta el mejor medio de comprender cuáles fueron los delitos considerados más graves o atroces en su escala de valores. En este sentido, no cabe duda de que la majestad divina y humana se situaban en la cúspide del sistema jurídico por la manera en que se entendía la soberanía. Si desde que se iniciara la época contemporánea se reconoce que la soberanía es popular y se ocupa de defender en la cúspide de los ordenamientos valores individuales, como la vida, la libertad o la igualdad, la soberanía del Antiguo Régimen tenía un origen divino y pertenecía al rey cristiano. Cualquier atentado contra la misma, en forma de herejía, simonía o crimen de lesa majestad, se entendía en consecuencia la afrenta más grave que podía recibir el orden político, y era castigada con severidad, permitiéndose según los casos excepciones procesales como las que relacionaremos más abajo. Los conceptos amplios de herejía o crimen de lesa majestad, predicados respectivamente como las afrentas más atroces contra la majestad divina o humana, daban cabida a su vez a muy diversas conductas. Cualquier actuación contraria a la fe católica podía considerarse herética, dependiendo del modo y de las circunstancias que entrasen en consideración, y así la mayoría de los juristas de la Edad Moderna se preocuparon concienzudamente por distinguir con nitidez cuándo determinados delitos, como la blasfemia, el incesto, la bigamia, o los delitos relacionados con la magia y hechicería eran susceptibles de ser calificados como heréticos; de la misma manera que con el paso del tiempo el abanico de los crímenes contra el rey fue ampliándose, dando entrada junto al concepto de lesa majestad a las traiciones, los delitos de falsificación de moneda o documental, la sedición, el bandolerismo, el robo agravado, el hurto en la corte, el homicidio cuando era de propósito o mediante envenenamiento, o el rapto de vírgenes y mujeres casadas.

Téngase en cuenta que en estos últimos delitos relacionados, no eran la propiedad individual, la vida, la libertad o la integridad física los principales bienes jurídicos dignos de protección (tal y como ahora los percibimos), sino que su especial persecución y castigo respondía en última instancia a la necesidad de mantener el orden político-social. El bandolerismo, el robo agravado, el hurto en la corte, el asesinato, o el rapto y violación de vírgenes o casadas, eran sobre todo crímenes contra Dios y contra la *res publica* porque se enfrentaban a sus postulados e instituciones básicas y minaban los cimientos del poder público establecido. Por último, el concepto de la naturaleza en el orden sexual fue el tercer valor de relevancia en el sistema penal

---

contra la majestad y éstos contra la naturaleza ocupan una posición pareja. A efectos de condena, vienen a incluirse entre los que se llamaban *atrociora crimina* o *delitos enormes y atroces*.

del Antiguo Régimen por una razón muy similar a las anteriores: la preservación de la moral y el orden social.

A partir del siglo XI, los delitos sexuales se habían venido definiendo en el ordenamiento jurídico castellano teniendo en cuenta la mayor o menor infracción que cometían contra el orden natural de la procreación. Esta doctrina de Santo Tomás de Aquino, que se convertiría en adelante en una de las directrices fundamentales del orden jurídico penal, partía de la ligazón entre coito y procreación que estableciera San Agustín, aunque se separaba de ella en la dualidad alma-cuerpo, con la que no estaba de acuerdo. Para Santo Tomás no existía una separación radical entre ambas realidades, de manera que el alma tuviese que contener o reprimir los instintos del cuerpo, sino que el criterio susceptible de clasificar los pecados de la carne se encontraba en la observación de la ley natural como manifestación en la tierra de la ley divina. Si la ley eterna de Dios se manifestaba en la tierra a través de la ley natural, para el pensamiento tomista resultaba evidente que la procreación era en naturaleza el único objetivo que debía perseguirse con el acto sexual, y este paradigma influyó en la definición y clasificación de todos los delitos llamados *contra natura*, de la carne, de lujuria o sexuales. El sacramento del matrimonio se utilizó para definir este tipo de crímenes sólo en cuanto suponía la institución jurídica elegida para ordenar las relaciones dirigidas a la propagación de la especie. Pero el último bien jurídico protegido tanto por el derecho canónico como por el derecho civil era la procreación humana.

Partiendo de esta premisa, los teólogos y juristas de la primera Edad Moderna elaboraron toda una jerarquía de las conductas que debían considerarse pecados o delitos sexuales. Según su criterio unánime, los más graves o atroces de entre ellos eran la sodomía, la bestialidad y otros actos o posiciones intersexuales como la masturbación o el coito interrumpido, que atentaban directa y voluntariamente contra el orden de la procreación por el desperdicio de semilla que suponían. A estos, y particularmente al crimen de la sodomía, es a los que se les otorgó específicamente el nombre de delitos *contra natura*, ya que el resto de los delitos sexuales, al producirse necesariamente entre un hombre y una mujer, podían procurar la procreación de forma accidental aunque no se dirigieran conscientemente a ella<sup>26</sup>. Esta

---

<sup>26</sup> Un estudio mucho más completo de los autores y obras que realizaron la jerarquización de los pecados de lujuria es el que realiza CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 1), pp. 75 - 76. Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El crimen y pecado contra natura*, en *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas* (Madrid, 1990), también hace una clasificación de los pecados de lujuria siguiendo a Fray Juan de Enríquez, *Quaestiones prácticas de casos morales* (Madrid, 1665).

amplia enumeración de delitos gravísimos o atroces, siempre abierta a la consideración de nuevas conductas en atención a sus particularidades circunstancias o modos de ejecución, es la que en términos generales se le ofrecía a las nuevas normas penales o la jurisprudencia del Antiguo Régimen para poner en práctica las consecuencias procesales y penales excepcionales que se derivaban de la atrocidad del delito. Veámoslas a continuación.

### III. CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA ATROCIDAD DEL DELITO

En el derecho procesal castellano del Antiguo Régimen se distinguían fundamentalmente tres clases de procesos. Un proceso ordinario definido como aquel en el que se procedía según el orden y las solemnidades de Derecho; un proceso extraordinario, que no guardaba dicho orden o carecía de algunas solemnidades; y finalmente un proceso sumario en el que se procedía de forma inmediata, sin estrépito ni figura de juicio. Coincido con Alonso Romero en que el proceso que se derivaba de los delitos atroces, aunque mucho más breve que el ordinario, no era realmente el proceso sumario<sup>27</sup>, sino otro, especial o extraordinario, que ni siquiera se mostraba de forma unitaria para todos los delitos, ya que dependía de las facilidades otorgadas por el derecho o promovidas por la jurisprudencia para favorecer en cada caso concreto que el proceso finalizase con una sentencia condenatoria<sup>28</sup>.

A pesar de ello, hubo determinadas facilidades o excepciones procesales a las que se recurrió con mayor asiduidad que otras, y que por ese motivo podrían ser tomadas como las características definitorias de este tipo de proceso extraordinario. Tratando de las consecuencias procesales que se derivaban en general de los delitos atroces, Clavero las resumía en el siguiente elenco: Cualquiera puede acusar, incluso los infames, los excomulgados o los esclavos que ordinariamente no tenían acceso al juez. Se acentúa en éste la posición inquisitiva o persecutoria que ya le es propia. Se admiten pruebas generalmente excluidas como la de testigo único o la de meros indicios. Toda confesión vale, incluso la sacramental. Cabe suspensión de los fueros y otros privilegios procesales de los que gozaban entonces las clases superiores<sup>29</sup>. Tomás y Valiente también se pronunció sobre las mismas, aunque sólo en referencia al delito de sodomía, que la jurisprudencia conocía como

---

<sup>27</sup> Aunque éste era el que en ocasiones se parecía decretar de manera ciertamente vaga o confusa para los delitos más graves, como el de herejía, por autores como CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus punitionem delicti*, II quaestio, n. 4, fol. 366: "*Uterius praesupponere quod in hoc iudicio de haereticis proceditur simpliciter de plano, sine strepitu et figura iudicii*."

<sup>28</sup> ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 2), p. 302.

<sup>29</sup> CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 1), pp. 76 - 77.

el *crimen atrox* o *crimen atrocissimum* por antonomasia por ser el más grave de los delitos contra natura<sup>30</sup>. Por eso decía que el ordenamiento jurídico no sólo había introducido para él una penalidad agravada, sino que también se habían previsto una serie de mecanismos complementarios que dividía en dos grupos: las facilidades acusatorias y las facilidades probatorias. Todas ellas se resumían en las célebres pragmáticas dadas contra los reos de pecado nefando por los Reyes Católicos en 1497 y Felipe II en 1589<sup>31</sup>. Entre las facilidades acusatorias se contaba la de que cualquier persona pudiera hacerlo en este particular delito, incluso los incapacitados en otros para acusar. Mientras que llama la atención la expresa asimilación de este delito al de herejía y lesa majestad en orden a aplicar las facilidades probatorias, entre las que se contaban la desaparición de las incapacidades para testificar, la suficiencia de pruebas imperfectas o meramente indiciarias para la condena, la práctica del tormento en las mismas condiciones que en los otros atroces delitos<sup>32</sup>, y la posibilidad de demostrar la culpa por sólo tres testigos singulares sin tacha que depusieran sobre actos diferentes, cuatro testigos rechazables, o incluso tres testigos rechazables ayudados por algunas presunciones o indicios<sup>33</sup>. Sin embargo, aún siendo una clasificación muy juiciosa y capaz de atender a las principales excepciones procesales que se derivaban de la atrocidad de los delitos, la clasificación de Tomás y Valiente entre facilidades acusatorias y probatorias no es lo suficientemente amplia como para dar cabida a la de todas las especialidades que se produjeron en estos casos. Hubo otro tipo de consecuencias para el proceso, como la sus-

<sup>30</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 26), p. 39.

<sup>31</sup> Pueden consultarse ambas en NRec. 8, 21, 1 o NsRec. 12, 30, 1, y en NRec. 8, 21, 2 y NsRec. 12, 30, 2, respectivamente.

<sup>32</sup> NRec. 8, 21, 1: “[...] *et otrossí mandamos e ordenamos que por más evitar el dicho crimen si acaesciere que el dicho aborrecible delito no se pudiere probar en acto perfecto et agravado, pero si se probaren et averiguaren actos muy propinquos e cercanos a la conclusión del, en tal manera que no quedase por el delinvente de acabar este dañado yerro, que sea auído por verdadero fechor del, e que sea juzgado o sentenciado e padezca aquella misma pena como e en aquella manera que lo serie e padescería el que fuese convencido en toda perfeccion del dicho malvado delito, como de suso en nuestra ley y pragmática sanción se contiene. E que se pueda proceder en dicho crimen a petición de parte o de qualquiera de pueblo o por vía de pesquisa o de oficio de juez, e que en el dicho delito e proceder contra el que lo cometiere se guarde la forma e orden que se guarda de derecho o se debe guardar en los dichos crímenes, y que se pueda proceder a tormento, así para definitiva como para interlocutoria sentencia o para proceder a tormento. Ca en todo mandamos que se tenga e guarde en este nefando delito la orden e forma que según derecho se debe guardar en los dichos delitos de herejía y lesa majestad”.*

<sup>33</sup> Estas fueron las facilidades probatorias que aumentó Felipe II en la Pragmática de Madrid, a 24 de mayo de 1598, que se recogió en la NRec. 8, 21, 1.

pensión o intromisión de la justicia ordinaria en las jurisdicciones especiales, o las particularidades permitidas en la detención y retención de los reos cualificados, que también deben ser tenidas en cuenta, y que se desarrollan a continuación atendiendo a este esquema conceptual básico.

### 1. *La suspensión o intromisión en jurisdicciones especiales.*

La suspensión de los fueros y privilegios procesales que en los delitos atroces se podía hacer a las clases superiores, debe entenderse con una cierta templanza. No es difícil encontrarse con opiniones doctrinales en las que se ponía de manifiesto que en delitos gravísimos como los de lesa majestad, traición o herejía, *“por su atrocidad enorme la nobleza no sirve de nada”*<sup>34</sup>. Pero la realidad de la práctica no siempre se mostraba tan categórica. Dependía del grado de nobleza y del tipo de delito, y aunque el respeto a la nobleza pudiera verse excepcionalmente mermado en el proceso penal, no siempre se suspendía incondicionalmente su fuero especializado. Al parecer, esta situación solía producirse de forma habitual en la jurisdicción del Santo Oficio de la Inquisición, en la que, si bien en el orden penal se respetaban los privilegios que eximían a las clases nobiliarias de penas corporales o infamantes, en el orden procesal se aplicaban para los delitos atroces las mismas circunstancias excepcionales a los nobles y a los plebeyos<sup>35</sup>. Sin embargo, en la jurisdicción ordinaria, la suspensión del fuero privilegiado de la nobleza no podía llevarse a cabo hasta sus últimas consecuencias. Sólo cuando, por la gravedad del crimen, de él tenía directamente conocimiento el rey o su Consejo, el corregidor o juez ordinario de primera instancia podía intervenir en la detención del reo y en la fase informativa o elaboración de la pesquisa, para después dar traslado de la misma a los jueces superiores. De esta práctica nos informa uno de los autores con mayor experiencia judicial del momento, el corregidor Castillo de Bovadilla, quien primero nos da noticia de la norma general según la cual los corregidores o jueces ordinarios no podían proceder directamente contra *“cavalleros, o personas illustres, o superiores suyos”*, para luego mostrarnos la excepción cuando dichas personas ilustres *“cometiesen algún homicidio atroz, o horrendo*

---

<sup>34</sup> En cuanto al delito de herejía se pronuncia en este sentido GARCÍA DE TRANSMIERA, Diego, *De poligamia et polyuiriá*, Libro III (Panhermi, 1638), quaestio nona, n<sup>o</sup> 36, p. 273; y en cuanto al delito de lesa majestad o traición, PRADILLA, Francisco de la, *Suma de las leyes penales* (Madrid, 1637) (edición facsímil en Valladolid, 1996), fol. 2r: *La pena de tal delito es que muera infame, y ahorcado, aunque sea hidalgo, y noble, que el privilegio en este caso lo pierde.*

<sup>35</sup> GACTO, Enrique, *Aproximación al derecho penal de la Inquisición*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid, 1989), pp. 183 - 184.

*delito, público y escandaloso*<sup>36</sup>.

En el caso del juez pesquisidor, la suspensión del fuero privilegiado aún podía ir más allá pudiendo conocer de su causa incluso un juez inferior, como el propio corregidor o su teniente, según se desprende de la doctrina que se presenta en el índice como *“pesquisidor cometiendo delito atroz, si podrá ser preso y punido por el corregidor”*<sup>37</sup>. Los argumentos que se utilizaban a favor de esta teoría eran los mismos que se barajaban en la anterior. Se entendía que el delito excluía la honra y dignidad inherente al cargo, y que además los jueces ordinarios ejercían su labor de primera instancia en los distintos lugares para evitar precisamente los agravios y opresiones que pudieran hacerse al pueblo por parte de sus superiores. En cuanto a la jurisdicción eclesiástica, era una doctrina unánimemente admitida por los autores que en los delitos más graves los clérigos podían ser degradados y entregados al brazo secular, perdiendo con ello el privilegio del foro. Para la suspensión de su fuero privilegiado era requisito necesario que precediese la degradación, por lo que en puridad de conceptos ya no pertenecían al estamento eclesiástico, sino que eran gente del común de la que no podría predicarse dicha excepcionalidad. Se admitía también sin discusión que los clérigos pudieran ser juzgados por la jurisdicción ordinaria si por un plazo mínimo de un año hubiesen dejado el hábito y tonsura clerical para cometer delitos atroces<sup>38</sup>. Sin embargo, esta excepción tampoco era general para todo el

---

<sup>36</sup> Según CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), I, libro II, capítulo XIII, n. 46, pp. 385 - 386, en los casos citados *“podrá el Corregidor, no siendo ministros del Rey, demas de hazer la dicha información dello, restallos, y dar noticia al Rey y al Consejo; de lo qual se da orden à los Alcaldes de los Adelantamientos donde ay tantos titulados”*.

<sup>37</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), I, Libro II, capítulo XXI, n. 114, pp. 677 - 678: *“Si el pesquisidor cometiese algun delito de homicido, estupro, adulterio, ó otro grave crimen, que entonces el Corregidor, ó su Teniente le podrán prender y castigar, como á qualquier inferior y súbdito suyo, porque el delito excluye la honra y dignidad, y en balde estarían los corregidores y juezes ordinarios en los pueblos, sino huviessen de amparar a los súbditos, y estorbar los agravios y opresiones”*.

<sup>38</sup> Así se pronunciaba HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica* (Madrid, 1797, edición facsímil en Valladolid, 1989), I, p. 190, resumiendo las opiniones de Julio Claro, Diego Pérez, Tiberio Deciano, aunque especifica que Avendaño, Covarrubias y Farinacio limitan esta posibilidad a casos muy perniciosos o clérigos de órdenes menores: *“El Clérigo, que por espacio de un año, ó más, hubiere dexado el Hábito, y Tonsura clerical, y anduviessen cometiendo delitos enormes, como homicidios, hurtos, sacrilegios, adulterios, testimonios, violencias públicas y se mezclaba en otras torpezas detestables, puede el Juez secular prenderle, proceder contra él y castigarle en la pena del delito, como lego, aunque sea de muerte, sin actual degradación”*. En este mismo sentido, puede consultarse también a CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), I, libro II, capítulo XVIII, nn. 95 - 96, pp. 571 - 572.

estamento eclesiástico y resultaba demasiado estrecha en su aplicación. A partir de este punto, la doctrina comenzaba a dividirse y encontrarse al pronunciarse sobre la posibilidad, mucho más amplia, de suspender el privilegio del foro sin previa degradación a los clérigos traidores, conspiradores contra el rey, o promotores de tumultos y alborotos públicos contra su persona o el estado. Las opiniones en esta cuestión eran muy distintas, desde quienes pedían gran prudencia en el ajusticiamiento de los clérigos, que sólo podría llevarse a cabo con grandes garantías y verdaderas probanzas, sin intrometerse en su especializada jurisdicción, hasta quienes por el contrario ponían el acento en la autoridad del monarca para defenderse por todos los medios de estos atentados<sup>39</sup>. La polémica no quedaría zanjada durante el Antiguo Régimen, y precisamente por ello llegaría a uno de sus puntos más álgidos en uno de los debates parlamentarios sucedidos en 1820, en el que se trataba de aprobar un proyecto de ley sobre eclesiásticos criminales para evitar, precisamente, *“la impunidad de los eclesiásticos en los crímenes atroces que ofenden gravemente á la sociedad”*<sup>40</sup>. Los partidarios de este proyecto de ley aseguraban en sus intervenciones que *“conociendo la importancia de este negocio el extinguido Consejo de Castilla, grandemente celoso por sostener las regalías, hoy derechos de la Nación, ha tratado siempre de sostener a toda costa la importantísima de que hoy se trata, que es la de que los delitos atroces de los eclesiásticos sean castigados así en ellos como en los legos, sin que el fuero, ni el privilegio, ni cosa que se le parezca pueda impedir el que esto se realice”*<sup>41</sup>. Este grupo parlamentario reconocía, sin embargo, que los esfuerzos del Consejo de Castilla nunca se habían concretado en leyes precisas que sujetasen a la jurisdicción secular a los clérigos de delitos atroces, tal y como ellos proponían. El proyecto finalmente quedó aprobado, aún con la amarga oposición de quienes veían en él un intento de intromisión más amplio en el fuero eclesiástico<sup>42</sup>. Por lo que respecta a la jurisdicción universitaria, los delitos atroces sí fueron señalados de forma nítida aunque tardía en el Antiguo Régimen como una excepción que debía ser conocida por la jurisdicción ordinaria suspendiendo la especializada. Esta peculiaridad en la administración de justicia fue decretada por Carlos III en 1770 para solucionar los numerosos conflictos jurisdiccionales que en estos delitos más graves se ve-

---

<sup>39</sup> Resume estas opiniones CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), I, libro II, capítulo XVIII, nn. 114 - 115, p. 577.

<sup>40</sup> Son palabras del diputado San Miguel, en el Diario de las Sesiones de Cortes, Sesión del día 25 de septiembre de 1820, p. 1227.

<sup>41</sup> El diputado López, en el Diario de las Sesiones de Cortes, Sesión del día 25 de septiembre de 1820, p. 1230.

<sup>42</sup> Véanse las intervenciones de los diputados Castrillo o Cabrero, en el Diario de las Sesiones de Cortes, Sesión del día 25 de septiembre de 1820, p. 1231.

nían produciendo desde tiempo inmemorial entre ambas jurisdicciones, la universitaria, protectora y muy magnánima con sus estudiantes o profesores, y la ordinaria, que debía dar respuesta a la comunidad de los excesos y desmanes de los jóvenes. Hubo casos de especial gravedad, señalados por los autores como detonantes de esta actitud del monarca<sup>43</sup>. Los conflictos jurisdiccionales que se seguían de tales acciones, y sobre todo la conmoción e indignación popular que podía derivar en alborotos muy temidos por el poder público, impulsaron al monarca a solucionar definitivamente la cuestión, y para ello promulgó una provisión para regular la jurisdicción escolástica en Salamanca, en uno de cuyos párrafos se aclaraba que las exenciones por el fuero académico no tendrían lugar en los casos de *“delito atroz, abastos, policía, resistencia a la justicia [...], pues en ellos es privativo el conocimiento de la justicia real ordinaria e incompetente el juez escolástico”*<sup>44</sup>. La suspensión de todo privilegio jurisdiccional también llegó a promulgarse de forma general, al menos en una ocasión, a consecuencia de uno de los delitos atroces de nuevo cuño señalado por Felipe V. Concretamente, esta notoria excepción se encuentra en la conocida pragmática dictada por Felipe V en 1734 contra los hurtos cometidos en la corte o cinco leguas alrededor, cuyo tenor rezaba de la siguiente manera: *“Es mi voluntad que, para el caso del crimen de hurto, ó robo dentro de mi Corte, i cinco leguas de su rastro, i distrito, conozca la Sala, i Alcaldes de mi Casa, i Corte, i las Justicias Ordinarias privativamente, i con inhibición de otras qualesquiera por privilegiadas que sean; i para este solo caso derogo, i anulo toda la essencion, que les haya concedido, i tengan, ó por Leyes, i Pragmaticas, ó por mi especial indulto, á qualesquier personas, que incurran en semejante delito, como si expresamente hiciesse mencion de cada uno de los enunciados privilegios, i fuero”*<sup>45</sup>.

## 2. Facilidades acusatorias.

Adentrándonos propiamente en la jurisdicción ordinaria, las primeras peculiaridades a señalar son las que hacen referencia a las facilidades acusatorias para procurar en todo caso la iniciación del proceso. Bien es cierto que en el caso de los delitos atroces no era necesaria una acusación particular para iniciar la causa a instancia de parte, ya que el juez podía conocer de oficio como en el resto de los delitos públicos. Para ello se fomentaban sus funciones inquisitivas o de pesquisa, permitiéndole que en estos delitos pudiese iniciar la llamada *pesquisa especial* frente a la que era general u ordinaria<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Véase TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 2), pp. 188 - 189.

<sup>44</sup> Carlos III por provisión del Consejo de 4 de septiembre de 1770, en NsRec. 8, 6, 6.

<sup>45</sup> NRec. 8, 11, Aut. 19.

<sup>46</sup> Sobre esta cuestión se pronuncian, entre otros, CASTILLO DE BOVADILLA, Jeróni-

Sin embargo, no dejaba de ser más cómodo, rápido y barato el que los procesos se iniciaran a instancia de parte y, tratando de procurar que ninguno de los delitos atroces quedaran sin castigo, se facilitaron excepciones acusatorias que no podían practicarse en el resto de delitos. La primera, y quizá una de la más sorprendentes desde el punto de vista de la doctrina penal actual, era la que permitía a los jueces ofrecer un premio o recompensa a cambio de la acusación. El carácter excepcional de esta circunstancia se producía porque el derecho general tenía prohibido desde antiguo la acusación o denuncia de quien *“recibiera dineros porque acusasse a otro, o que desamparasse por ellos la acusación que óviessse fecha”*<sup>47</sup>. Sin duda, la medida era muy poco garante de la fiabilidad de la denuncia, puesto que en muchas ocasiones la ambición del precio compraba a falsos acusadores. Pero aún así se consideró que merecía la pena correr el riesgo en el caso particular de los delitos atroces, con tal de encontrar pronto un culpable que ofrecer al pueblo. Se estableció por ello que la cantidad en la que consistiese la recompensa debía pregonarse o hacerse pública mediante un bando municipal, y que se detraería en todo caso de los gastos de justicia<sup>48</sup>. Mucho más conocida y eficaz fue la práctica de admitir a cualquier persona, incluso las que estaban rechazadas de manera general, como acusadores de los delitos más graves. Esta doctrina jurisprudencial tenía además un arraigado fundamento legal en diversas leyes de Partidas, que tras hacer relación de las personas que ordinariamente no podían acusar a otros por su incapacidad, mala fama o condición social<sup>49</sup>, legitimaban los casos excepcionales en los que esas mis-

---

mo, cit. (n. 4), II, Libro III, capítulo XV, n. 97, p. 288 y VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 62, n. 4: *“La pesquisa especial, y particular, tampoco es permitida, sino en ciertos casos, que son quando el Juez, como queda dicho, halla culpado á alguno en particular, en la pesquisa general que hizo, ó quando es contra el que cometió alguna falsedad [...], ó quando el delito es muy grave, y atroz, como de heregía, lesa majestatis, ó sodomía”*.

<sup>47</sup> Part. 7, 1, 2.

<sup>48</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), ob. cit. I, libro II, capítulo XIII, n. 76, p. 395: *“Si algun delito muy atroz y grave se ofreciere, podrá el corregidor para averiguación del, y prisión del delinquente hazer echar bando y pregon, ofreciendo premio al que le manifestare, o prendiere: que aunque esto es permitido solamente à los juezes superiores: pero podrá el corregidor en algun caso proveerlo, y pagarlo de gastos de justicia, según y como en otro lugar diremos: aunque el tal premio no pueda aplicárselo el Corregidor a sí mismo, ni a sus oficiales, si hiziera la tal prisión, por estar obligados a ello por razón de sus salario y oficios, y VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 63, n. 15: Y siendo grave el delito, puede prometer premio al que manifestare al delinquente, y que se pregone, y que el premio se pague de gastos de Justicia, mandando que nadie le encubra, so graves penas”*.

<sup>49</sup> Así, Part. 7, 1, 3, en la que se impide actuar como acusadores de un delito a los siervos, por su condición social, y la anterior y más amplia Part. 7, 1, 2, en la que se hace una relación general de todos aquellos que por diversas razones no pueden acu-

mas personas sí podían erigirse como acusadores del delito en atención a su gravedad. Los delitos considerados expresamente por la legislación fueron los delitos de traición, falsificación de moneda, herejía o sodomía<sup>50</sup>, aunque lo cierto es que con el tiempo la doctrina se hizo extensiva a muchos otros. La labor de los jueces en los tribunales jugó en esta cuestión un papel fundamental, admitiendo e incluso favoreciendo las acusaciones de tales personas excluidas, entre las que se contaban un amplio sector de población formado por la mujeres y los siervos, en cualquier delito considerado de gravedad para que no quedase impune<sup>51</sup>. En cuanto al tiempo de la acción, algunos autores como Diego de la Cantera defendieron que la acusación en los delitos más atroces debía prescribir excepcionalmente en el plazo de un año, frente a los veinte años prescritos de manera general para cualquier otra causa criminal<sup>52</sup>. Con ello se acelerarían en su opinión los trámites del proceso, compeliéndose a los acusadores particulares y a los propios oficiales públicos de justicia a iniciar la causa al poco tiempo de la comisión del delito. Sin embargo, esta sesgada opinión no fue recogida por la mayoría de los juristas de la época, quienes probablemente verían en ella el riesgo de perder muchas causas criminales de delitos atroces por el incumplimiento de un simple plazo temporal. Una vez interpuesta la acusación, tampoco se permitía el perdón de la parte ofendida si *“el delicto que cometió el delincente es tal que no deve ser perdonado, por que ha incurrido en algunos delos casos que están expresados en el perdón que el Rey reservó para sí, que no quiere perdonar,*

---

sar: *“la muger, el moço que es menor de catorce años, e el alcalde, o merino, u otro adelantado que tenga oficio de justicia. Otrósí dezimos que non puede acusar a otro, aquel que es dado por de mala fama, nin aquel que le fuesse prouado que dixesse falso testimonio, o que rescibiera dineros porque acusasse a otro, o que desamparasse por ellos la acusación que óbviase fecha. E a un dezimos que aquel que óbviase fechas dos acusaciones non puede fazer la tercera fasta que sean acabadas por juicio las primeras. Otrósí dezimos que ome que es muy pobre, que non ha la valia de cincuenta maravedís: non puede fazer acusación. Nin los que fueren compañeros en algun yerro, non pueden acusar el uno al otro, sobre aquel mal que fizieron de consuno, nin el que fuere síervo al Señor que lo aforro: nin el fijo, nin el nieto al padre nin al avuelo: nin el hermano a su hermano, nin el criado, o el serviente a familiar a aquel que lo crio, o en cuya compañía vivió faziendole servicio, o guardándolo”.*

<sup>50</sup> Véanse respectivamente P. 7, 1, 2, sobre los acusadores en el delito de traición al rey o lesa majestad; P. 7, 1, 20, sobre los acusadores en la falsificación de moneda; P. 7, 26, 2, para el caso de los acusadores de la herejía; y P. 7,21,2, sobre la acusación de sodomía.

<sup>51</sup> Véase por ejemplo HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo VIII, n. 3, p. 199.

<sup>52</sup> CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *Praeludia quaedam ad intelligendas quaestiones infra positas*, Secundi Praeludia, nn. 1 y 23, fol. 2.

que son los siguientes: Muerte, Alevé, y Trayción, o hecho con fuego, o con saeta, o hecha dentro de su Corte Real, o de las cinco leguas della, o si el tal delincente aviendo hecho la muerte, fuera de su corte, ha entrado en ella después que cometió el delito<sup>53</sup>. Por último, de forma excepcional se permitía también una acusación *post mortem* en los delitos más graves del ordenamiento. Según las leyes generales del reino, los delitos cuyos autores podían ser acusados y juzgados aún después de su muerte, eran los de lesa majestad divina o humana, traición, hurto a la hacienda del rey o de cosa religiosa, cohecho e injuria del juez, homicidio procurado por una mujer contra su marido, suicidio, sodomía, y robo cuando se trataba de un ladrón conocido o famoso<sup>54</sup>. Otra cosa serían las sanciones que podían establecerse contra estos reos acusados después de su muerte, que en algunos casos podían incluir penas corporales, y en otros meramente pecuniarias, como veremos más adelante.

### 3. Facilidades en cuanto a la detención y custodia de los reos.

Las excepciones al proceso penal ordinario cuando se trataba de delitos especialmente graves, también tuvieron algunas manifestaciones relacionadas con la detención y la custodia de los reos. La regla general en cuanto a la detención de los mismos era que nadie podía prender a un delincuente si no se trataba de un oficial público y contaba para ello con un mandamiento judicial. Sin embargo esta regla tenía, como todas, sus salvedades, y no es de extrañar que los casos excepcionales que se señalaron en la legislación coincidieran plenamente con algunos de los que hasta aquí hemos venido relacionando como delitos atroces, y especialmente con aquellos que podían despertar mayor alarma social: *“Poderío non debe ome tomar por sí mesmo para recabdar los malféchores, sin mandado del Rey, o de los que juzgan por él: fueras ende en cosas señaladas. La primera es si alguno fuesse acusado, o enfamado de falsa moneda. La segunda es, quando algún cavallero fuesse puesto por guarda en frontera, o en otro lugar qualquier, si desamparase la frontera, o el lugar*

<sup>53</sup> MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de, cit. (n. 23), Cuarto Tractado, fol. 65.

<sup>54</sup> Véanse las leyes contenidas en Part. 7, 2, 3; P. 7, 1, 8; NRec. 8, 21, 1 y NRec. 8, 23, 8; o bien su contenido esencial sobre esta cuestión resumido en las obras de VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 78, n. 177 y n. 179, o HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), Tomo I, párrafo IX, n. 13, p. 204 - 205: *“Puede el delinçiente ser acusado después de su muerte [...], en los casos siguientes: de lesa Majestad divina y humana; hurto de hacienda real hecho por los Administradores de ella; hurto de cosa religiosa, ó santa: el Juez, que por cohecho hace injuria, ó la recibe: el desertor de la milicia tráfuga, que dexa el servicio del Rey, y se pasa á los enemigos, ó les ayuda contra él, ó le estorba; la muger, que procura la muerte del marido [...], el que se mata a sí mismo [...], el que comete pecado nefando [...], famoso ladrón ó el que mata, hiere o injuria á sí mismo, como si lo hiciera a otro”*

*do fuesse puesto sin otorgamiento de su mayoral. La tercera es si fuesse ladron conocido, o robador, o ome que quemasse casa de noche, o cortasse viñas, o arboles, o quemasse miesses. La quarta es, quando alguno forçasse, o llevasse robada alguna muger virgen, o muger religiosa que estoviesse en algun monesterio para servir a Dios*<sup>55</sup>.

Con esta decisión se pretendía impedir por todos los medios la huída de esta clase de delincuentes, favoreciendo su apresamiento por cualquier persona y en cualquier circunstancia, sin atender a las garantías mínimas de derecho, con la única condición de que los reos detenidos por personas particulares debían ser puestos a disposición de la justicia *“según fuero, e costumbre de caballeros”*. Tan amplia disposición se fue concretando por la doctrina en un plazo preciso de veinte horas, que era el tiempo máximo que tenía el captor para presentarse con el reo ante un oficial de justicia<sup>56</sup>. La excepción que permitía apresar a los delincuentes más temidos por manos particulares, fue llevada hasta sus últimas consecuencias por Felipe IV en el año 1663. Acuciado entonces por los problemas que le causaban los numerosos asaltantes y bandidos que asolaban los caminos del país, el monarca decidió dictar una feroz pragmática para la represión de los mismos, estableciendo entre otras cosas *“que qualquiera persona de qualquier estado, i condicion que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos, i prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos, ó muertos ante los Jueces de los distritos”*<sup>57</sup>. En este caso, absolutamente original de la legislación española, no sólo se permitía el apresamiento de reos por particulares ajenos a la administración de justicia, sino que además se excluían todas las condiciones impuestas en otros casos para ello. Siempre que el nombre de los bandidos coincidiesen los publicados por bando municipal, los particulares estaban legitimados para *“prenderlos, o matarlos libremente: i según fuera la atrocidad, i calidad de las culpas, i delitos, en que hayan sido culpados”*. Por lo que respecta a la custodia de los reos en la cárcel pública, la atrocidad del delito también determinaba una cierta especialidad. Mientras que los detenidos por delitos leves debían estar en la cárcel sin prisiones físicas de ningún tipo, más allá de las que les aseguraban los barrotes de las celdas o los candados de las puertas; los culpados por delitos graves podían sufrir durante el tiempo

---

<sup>55</sup> Part. 7, 29, 2.

<sup>56</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo XI, n. 2, p. 208: *“Ninguno de su autoridad puede prender al delinquente sin mandato del Juez, sino es al falseador de moneda, desertor de milicia, ladrón ó robador público, incendiario, ó dissipador de heredades, doloso, ó raptor de vírgenes, ó Religiosas, á las quales (aunque sea después de algún intervalo de tiempo que cometieren el delito) qualquiera persona puede prender sin mandato del Juez, presentándolos ante él dentro de veinte horas”*.

<sup>57</sup> NRec. 8, 11, Aut. 3.

de su custodia un trato especialmente vejatorio con el que se pretendía evitar su fuga, además de señalarlos, consistente en estar atados con grilletes, cepos o cadenas<sup>58</sup>.

#### 4. *Facilidades probatorias.*

Las facilidades probatorias fueron la principal vía de desarrollo de la ambigua máxima "*in atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*", constituyendo el elemento básico del excepcional proceso que se fue diseñando para los delitos atroces. Como se ha dicho con anterioridad, cuando el rey ya no podía aumentar más la represión del derecho penal agravando las penas, se decantó fundamentalmente por la argucia jurídica que le permitía facilitar las condenas de los jueces "*ayudando a la probança*". Es decir, tanto el derecho regio como la doctrina de los autores hicieron un especial hincapié, respectivamente, en la autorización y justificación de las llamadas pruebas privilegiadas, que afectaban por un lado a las pruebas testificales, y por otro a la prueba del tormento o tortura. La doctrina unánime del Derecho Común venía señalando desde antiguo que para crear prueba suficiente de cualquier delito bastaba el testimonio coincidente de dos personas, siempre y cuando éstas fueran de buena fama y no adolecieran de alguna causa de inhabilidad<sup>59</sup>. Los testigos inhábiles, incapaces o recusables señalados por el derecho eran los familiares del reo, los siervos o esclavos, la mujer de mala fama, los menores de veinte años, los que tuvieran alguna relación con el pleito, los que fueran compañeros, socios o cómplices del detenido, o los que eran sus enemigos conocidos, cuyo testimonio podía ser recusado a través de una lista de enemistad. Para procurar una condena más fácil y rápida de los delitos atroces, las medidas que se adoptaron con respecto a esta cuestión siguieron una doble tendencia: bien la de aceptar como prueba plena los testimonios de personas inhábiles, o bien la de valorarlos en general, si no como prueba plena, sí al menos como indicios o semiplena *probatio*. Sobre ambas cuestiones se pronunció largo y tendido Matheu y Sanz a finales del siglo XVII, recogiendo las opiniones de autores anteriores<sup>60</sup>. A su juicio, aunque siempre era de carácter preferente la prueba que

---

<sup>58</sup> Véanse las opiniones recogidas por CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro V, capítulo III, n. 10, p. 539, y VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), ob. cit., fol. 81, n. 199: "*Y advierta, que si el delito es grave, puede tener con cadena y cepo al Reo; y si es leve, sin prisiones, y en qualquiera se dirà grave para esto de tener al Reo en prisiones, si por él se ha de poner pena corporal, ó si fuere sobre injuria contra persona grave, ò contra la Justicia; pero no en causa de deudas, si no son de mucha cantidad*".

<sup>59</sup> Part. 3, 16, 32.

<sup>60</sup> Véase MATHEU Y SANZ, Lorenzo, cit. (n. 6), controversia 2, nn. 19 - 33, pp. 13 - 14.

podieran asentar los *“buenos testigos o idoneos testes”*, si la culpabilidad de un reo de delito atroz no podía ser demostrada por otros cauces, bastaban los testigos inhábiles<sup>61</sup>. En la legislación bajomedieval existía un solo argumento favorable a esta tendencia, concretamente cuando las Partidas señalaban la desaparición de la incapacidad para testificar en el caso del delito de traición<sup>62</sup>. Pero siguiendo la doctrina de los autores<sup>63</sup>, y la propia inclinación que sentían desde su concepción del poder, los reyes de la Edad Moderna la ampliaron expresamente a otros muchos casos, utilizando una extraña asociación entre testimonios inhábiles y meros indicios para procurar la condena de los delincuentes, en detrimento de las garantías que supuestamente debían ofrecerles las pruebas. Así, por ejemplo, en la conocida pragmática dictada por Felipe II contra la sodomía se estableció la posibilidad de que los autores *“fuesen condignamente castigados, aunque el dicho delito no fuese provado con testigos contestes, sino por otras formas establecidas y aprovadas en derecho”*. Tales formas fueron el recurso a tres testigos singulares sin tacha que depusieran sobre actos diferentes, cuatro testigos rechazables, o incluso tres testigos rechazables ayudados por algunas presunciones o indicios<sup>64</sup>.

Por su parte, en sendas pragmáticas dictadas por Felipe IV contra los que falsificaban o alteraban el precio de la moneda, se dispuso que bastasen tres testigos singulares, aunque fueran las mismas partes o incluso los cómplices del delito, para probarlo, y que ni el nombre del acusador ni el de dichos testigos pudieran ser facilitados al reo, impidiendo de esta manera la posibilidad de que el mismo los rechazase como testigos inhábiles para defenderse<sup>65</sup>. Y en el caso agravado del hurto en la Corte, Felipe V también estable-

---

<sup>61</sup> MATHEU Y SANZ, Lorenzo, cit. (n. 6), *controversia 2*, n. 33, p. 14: *“Tamen in criminibus atrocioribus, quae sunt difficilis probationis, quando veritas aliter adipisci nequit, difficultate ipsius probationis restes alias inhábiles ex iuris dispositione idonei redduntur, et admiti solent et debent, cum in his leviora indicia sufficiant”*.

<sup>62</sup> P. 3, 16, 13

<sup>63</sup> Entre otros, CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus probationem*, IV quaestio, nn. 12 y 18, fols. 273 y 281, sobre la prueba en el delito de lesa majestad, o de forma más genérica este mismo autor, CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus probationem*, VI quaestio, n. 6, fol. 340, y VIII quaestio, n. 1, fol. 347.

<sup>64</sup> Estas fueron las facilidades probatorias que aumentó Felipe II en la Pragmática de Madrid, a 24 de mayo de 1598, que se recogió en la NRec. 8, 21, 1.

<sup>65</sup> En la Pragmática de 30 de abril de 1636, recogida en NRec. 5, 21, 20, se ordenó en principio que *“basten testigos singulares, conforme a las leyes que admiten esta provança, aunque sean las mismas partes”*; y posteriormente en la Pragmática de 20 de marzo de 1637, en NRec. 5, 21, 21, se añadió a esta norma que *“para provança de este delito, y poder imponer la pena declarada basten tres testigos singulares, aunque sean las mismas partes, ó complices, á quienes desde luego damos impunidad, si voluntariamente viniesen á*

ció la peculiaridad en la fase probatoria de que bastara un solo testigo idóneo, aunque fuese el mismo robado, unido a otros dos *“indicios ó argumentos graves que conspiren al mismo fin, y persuadan á la prudente racional credulidad de ser el delinqüente”*<sup>66</sup>. En el contenido de estas leyes, se pone de manifiesto una segunda cuestión que la doctrina se traía en debate en cuanto a las facilidades probatorias de los delitos atroces: la posibilidad de no dar traslado al reo del nombre de los testigos de la acusación. En el juicio ordinario, el detenido debía ser informado puntualmente tanto de los cargos que se le imputaban como de los testigos que los sostenían, para que con esta información pudiese plantear su defensa o bien rechazar a los testigos recusables por enemistad<sup>67</sup>.

En derecho sólo se salvaban de esta generalidad los delitos de herejía y lesa majestad. Sin embargo, haciendo una interpretación extensiva de dichas excepciones jurídicas, o simplemente legitimándose en la ambigua teoría que permitía contradecir al derecho en caso de atrocidad, algunos autores defendían que en otros delitos atroces el juez también podía optar por no dar traslado el reo de la culpa ni de los testigos para impedir su defensa y facilitar la condena<sup>68</sup>. Todavía hubo una última cuestión de especial apreciación en cuanto a la prueba testifical en los delitos atroces. Hacía referencia a la capacidad de prueba de los testigos de la información sumaria, que al entender de algunos autores podía ser considerada prueba plena por el juez sin necesidad de una ratificación posterior, como se requería en el proceso ordinario<sup>69</sup>. En cuanto a la prueba del tormento, la propia legislación castellana daba entender desde antiguo que debía aplicarse exclusivamente para el conocimiento de los delitos más graves, aunque sin llegar a precisarlos<sup>70</sup>. Eran los jueces los encargados de señalar la gravedad del delito y la

---

*acusarlo. Y que se puede proceder, y proceda con processo cerrado, sin dar nombres de testigos, en publicación ni el del acusador, ó denunciador, para efeto de imponer pena extraordinaria, según la calidad, y gravedad de la causa, con lo qual con mas libertad podrán los testigos deponer, y el acusador acusar”.*

<sup>66</sup> En NRec. 8, 11, Aut. 19 y NsRec. 12, 14, 3.

<sup>67</sup> Véanse Part. 3, 17, 11; P. 3, 16, 37; NRec. 8, 1, 4; y NsRec. 8, 21, 2.

<sup>68</sup> Véanse, por ejemplo, HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo XIV, n. 8, p. 224; o VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 64, n. 19.

<sup>69</sup> Eran de esa opinión MATHEU Y SANZ, Lorenzo, cit. (n. 6), controversia 25, p. 82 y VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 90, n. 292: *“Y para ratificar el Testigo, se le lee su primero dicho, si no es en delito de herejía, ò lesae majestatis, y otros gravísimos; pero en tal caso, el Testigo ha de protestar, que si diferenciase en algo al primero, desde luego se remite à el, sin que por esto sea visto variar, sino que entonces, como estava mas fresca la memoria, se acordo mejor”.*

<sup>70</sup> Sobre esta prueba puede consultarse el título 30, *De los tormentos*, de la Séptima Partida.

necesidad del tormento, que en todo caso se practicaba según unas condiciones jurídicas mínimas para garantizar la defensa del reo. La primera de estas condiciones jurídicas favorables al reo, era la que prescribía la necesidad de que se hubiesen derivado pruebas o indicios suficientes del delito en la fase de información sumaria para poder aplicar el tormento en el proceso ordinario<sup>71</sup>. Sin embargo, siguiendo opiniones autorizadas de juristas como Avendaño, Acevedo, Antonio Gómez, Julio Claro, o Castillo de Bovadilla, los prácticos del derecho de la Edad Moderna coincidían en señalar que dicha condición no debía ser observada en los delitos más atroces, en los cuales se podía aplicar el tormento en la fase de información sumaria, aún por indicios menos suficientes y sin dar traslado de los mismos al reo para su descargo<sup>72</sup>. Uno de los argumentos más frecuentemente utilizado en este sentido era el de Castillo de Bovadilla, quien se basaba fundamentalmente en su experiencia como juez. A este autor del derecho no le dolía en prendas reconocer que *“en veynte y un años que he sido Corregidor, y juzgado siempre en ellos, lo he practicado: y aunque me capitulavan en las residencias por ello, fuy siempre absuelto: y el Consejo Supremo, en la que dize del Corregimiento de Soria, aprobó los tormentos que siendo allí Corregidor hize dar por la sumaria información à Sarasola, y à otros seys bandoleros y salteadores famosos, que con industria saqué de Aragon y Navarra, de los quales allí hize justicia el año de setenta y tres”*<sup>73</sup>. La segunda condición jurídica impuesta a la prueba del tormento, era la ratificación posterior de lo confesado para que fuese válido. La confirmación al día siguiente de lo declarado durante el tormento, se había erigido en uno de los requisitos esenciales del mismo para que la prueba no adoleciera de vicio de nulidad por haberse conseguido bajo la incidencia del miedo, el dolor o la amenaza<sup>74</sup>. En caso de no conseguirse dicha ratificación, tras haberse practicado incluso más de un tormento sobre la misma persona, el reo debía considerarse *quito* o absuelto del delito por falta de pruebas. Ni la doctrina ni la jurisprudencia se atrevieron a contradecir este principio general que prescribía que sin confesión ni prueba debía

<sup>71</sup> Véanse P. 7, 30, 2 y P. 7, 30, 3.

<sup>72</sup> Entre otros, VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 66, n. 38, o fol. 91, n. 312, y MATHEU Y SANZ, LORENZO, cit. (n. 6), controversia XXV, pp. 82 - 83, para quien en los delitos atroces era lícito el tormento en la fase informativa, incluso sin indicios.

<sup>73</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro V, cap. III, n. 16 y ss, pp. 540 - 541, donde la afirmación que da origen a este pronunciamiento es la de que en delitos *“muy atrozes, si los juezes hizieren dar tormento por testigos è indicios menos suficientes, y por el processo informativo y sumario, sin dar traslado dellos al reo, como regularmente requiere la común opinión, disculpados estarán en Residencia”*.

<sup>74</sup> Sobre la necesaria ratificación de lo confesado en el tormento se pronuncia Part. 7, 30, 4.

absolverse al reo del delito. Pero en el caso de los crímenes más atroces consiguieron introducir una interesante salvedad, según la cual el reo no quedaba absuelto definitivamente del delito, sino sólo *“de la instancia del juicio, para que interviniendo nueva averiguación, se vuelva á proceder sobre él contra el delinquente, contra quien primero se procedió, y es buena práctica, para que no queden los delitos sin castigo, y así se practica”*<sup>75</sup>. La falta de confesión permitía así abrir un círculo vicioso de investigaciones y nuevos periodos de prueba que, unido a la facilidad de la prueba testifical o la consideración de los indicios que se había dado en los delitos atroces, propiciaba a la larga la condena del detenido. Una tercera condición jurídica impuesta a la práctica del tormento, y no siempre observada en el caso particular de los delitos atroces, fue la exclusión del mismo de una serie de personas. Estaban excluidos de él por distintas razones los caballeros, los menores de 14 años o los mayores de 70, las mujeres embarazadas, los soldados, los abogados, jueces, doctores o licenciados, los consejeros del rey o las ciudades, etc, *“si no es en delito de heregia, ò lesae majestatis divinae, vel humanae; que en tales casos, no hay persona privilegiada, que no pueda ser atormentada, precediendo legítimos indicios”*<sup>76</sup>. La exclusión del tormento a las personas más arriba relacionadas se debía fundamentalmente a dos causas: por motivo de su debilidad o para la protección del feto, en los casos de los jóvenes, ancianos o mujeres embarazadas; o por razón de su dignidad o nobleza. Decía así Covarrubias, que *“aunque los plebeyos sean comúnmente atormentados para inquirir acerca de los delitos, no se debe hacer lo mismo con los nobles, pues éstos no pueden ser sometidos a tormento”*<sup>77</sup>. Sin embargo, el mismo autor admitía a continuación las excepciones dimanantes de delitos atroces como el de traición, reconocida por el propio derecho castellano<sup>78</sup>, y otros delitos como el de lesa majestad, el salteamiento y robo de caminos, o el hurto agravado. En estos casos especiales de delitos *muy atroces*, el tormento podía aplicarse incluso *“à los Testigos viles, y esclavos, que habiéndose hallado presentes à los*

<sup>75</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo XVII, n. 1, p. 232.

<sup>76</sup> Sobre esta cuestión véase VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 92, nn. 322 y 323, de quien tomo el párrafo más arriba reproducido, y otros autores como MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de, cit. (n. 23), Quarto Tractado, fol. 54, o CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus probationem*, III quaestio, n. 74, fol. 267.

<sup>77</sup> COVARRUBIAS, Diego de, *Opera Omnia*, II: *De delictis et conatibus*, Lyon, 1584 y Ginebra, 1762 [son las ediciones en la que se basa la traducción que utilizo de PEREDA, S.J., *Covarrubias penalista* (Bilbao, 1959) p. 294].

<sup>78</sup> Part. 2, 21, 24: *“non deven a él meter a tormento, fueras ende por fecho de traición que taxere al Rey, cuyo natural o vasallo fuese, o al Reino do morasse, por razón de alguna naturaleza que y óbviese”*.

*delitos, ò habiendo indicios que saben de ellos, los negaren.* Aunque si se trataba de personas débiles o muy jóvenes, el juez *puede darles con palmatoria, y vale su dicho para tormento; y en caso que le deba dar, puede hacerlo, sin embargo de apelación, ò recusación, que se interponga, estando ya para quererla executar, que si se interpone antes, se debe admitir*<sup>79</sup>. Finalmente, las formas de aplicación del tormento también se distinguían en razón de la gravedad del delito. En los delitos de menor relevancia bastaba con el uso del tormento del agua o de los cordeles para obtener la confesión del reo, mientras que en los delitos que levantaban una mayor conmoción social por su atrocidad se podía recurrir a prácticas más severas como la de la garrucha, consistente en colgar al hombre al que se quería atormentar de los brazos, cargándole las espaldas y las piernas de cosas pesadas<sup>80</sup>.

##### 5. *Facilidades para la ejecución de la sentencia.*

La última fase del proceso penal era la que se dirigía a la ejecución de la sentencia, y entonces *“en los casos muy atroces licito es a los inferiores pasar la ordinaria disposición de la leyes en el sentenciar, según en otro lugar se ha dicho; y aun en la execucion de la sentencia difinitiva*<sup>81</sup>. Para facilitar la ejecución inmediata de la sentencia, obviando las dilaciones que el proceso penal ordinario permitía, en el proceso extraordinario para delitos atroces se previó la denegación de cualquier apelación contra la misma. Según Partidas, con la intención de que los pleitos no se alargasen en demasía, y considerando principalmente la atrocidad de los delitos, estaba prohibida la alzada a los reos tradicionalmente considerados de mayor peligrosidad: a los ladrones conocidos, a revolucionarios o caudillos de alborotos públicos, a los forzadores o robadores de vírgenes, viudas o religiosas, a los falsificadores de moneda o sellos del rey, y a los que mataban de forma agravada mediante el uso de hierbas venenosas, con traición o alevosía<sup>82</sup>. Esta precisa enumeración de los delitos graves no se entendió en ningún momento cerrada por la doctrina, sino todo lo contrario. La enumeración era simplemente indicativa del modo en el que debían actuar los jueces ante todos los delitos que conside-

<sup>79</sup> VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 92, n. 316.

<sup>80</sup> Así se pronunciaba VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 92, n. 319: *“No de tormentos insólitos, aunque sea en gravísimos negocios, que esto queda para los Jueces supremos, sino es de agua, y cordeles; y en casos muy graves, y atroces, el de garrucha, y no exceda la cantidad que debe, y regularse hà respecto de los indicios, y vigor del Reo, para que conste si excedio, ò no; dando el tormento jurídicamente, no tiene pena el Juez, aunque el Reo muera en el”*.

<sup>81</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro V, cap. III, n. 16 y ss., pp. 540 - 541.

<sup>82</sup> Part. 3, 23, 16.

rasen graves, en los que debía prohibirse la apelación porque *“quando el delito es muy atroz, è enorme, requiere brevedad, y exemplar castigo”*<sup>83</sup>. La brevedad del castigo se entendía no sólo en relación con la pena corporal<sup>84</sup>, que debía ser inmediatamente aplicada sin admitir apelación, sino también en relación con la pena pecuniaria, en la que se recomendaba al juez una rápida ejecución para no perder las cuantías económicas establecidas como sanción, ni las costas, salarios u otros gastos del proceso<sup>85</sup>. Además, la apelación podía denegarse, iniciándose la inmediata ejecución de la sentencia, aun cuando no hubiese una confesión del reo en estos casos, siempre que a juicio del juez existiese prueba plena del delito: *“Tampoco se admite la apelación en algunos delitos, por la atrocidad de ellos, especialmente estando el Reo convicto, y confieso, como por hurto famoso, homicidio, fuerza, ò violencia, hecha à doncella, monja, ò mujer honesta, y recogida, ò por moneda falsa, ò crimen de lesa majestad, y otros; y aun basta la probanza, siendo plena, y concluyente en este caso, aunque no haya confesión del Reo: y esto queda en la voluntad, y alvedrío del Juez, atenta la calidad del delito, y de las personas, y otras circunstancias”*<sup>86</sup>.

#### IV. CONSECUENCIAS SANCIONADORAS

La pena era la principal manifestación de la atrocidad del delito, como veíamos en el epígrafe introductorio, en la medida en que debe hacer que se manifieste a los ojos de cada cual el crimen con toda su severidad<sup>87</sup>. Con una penalidad particularmente agravada no sólo se trataba de comunicar a la sanción la atrocidad con la que la sociedad percibía el crimen, sino que también se pretendía redimir suficientemente el mismo ante la comunidad,

<sup>83</sup> Son palabras de VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 95, n. 368, aunque en este mismo sentido también se pronunciaron CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro V, Cap. III, n. 78 y ss. y HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo XVII, n. 10, p. 234.

<sup>84</sup> VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 95, n. 368: *“Y de esta regla, y doctrina comun de no executar pena corporal, sin embargo de apelacion, quando el reo no esta convicto, y confieso, se sacan algunos casos en que el Juez se escusará de no haverla otorgado, aunque el reo no esté convencido, y confieso, como quando el delito es muy atroz, è enorme, que requiere brevedad, y exemplar castigo”*.

<sup>85</sup> VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 73, n. 117: *“quando la justificación, y atrocidad del delito lo requiere, bien es el executar, sin embargo de apelación, y mande cobrar las penas pecuniarias con rectitud, sin embargo de apelación, solamente mandando depositar, ò executar, y cobrar lo consentido, ò permitido por Derecho; y quanto à sus salarios, y de sus oficiales, recibido està, que se puede executar sin embargo, justificando muy bien primero la causa, sobre la cobranza de ellos”*.

<sup>86</sup> VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 103, n. 1.

<sup>87</sup> FOUCAULT, Michel, cit. (n. 12), p. 61.

el poder público afrentado y la mismísima divinidad. De esta tríada de perjudicados, la monarquía era la que percibía una mayor necesidad de reprimir y castigar severamente a los delincuentes que con mayor virulencia hubiesen osado enfrentarse a ella o sus principios de orden público. El miedo y la amenaza de grandes males eran sus mejores armas de control sobre la población, y por eso necesitaba que las sanciones no sólo se impusieran de manera especialmente agravada, sino también de forma excepcional, inmediata y pública. Las consecuencias sancionadoras de los delitos atroces se hicieron constar expresamente en la leyes por ese motivo, aunque los monarcas también dejaron un amplio margen de actuación en esta cuestión al arbitrio judicial<sup>88</sup>. Los jueces podían modular la imposición o ejecución de las penas para conseguir una mayor severidad en los delitos atroces, aunque su arbitrio en estos casos no debía confundirse nunca con la arbitrariedad. Lejos de basarse en su única voluntad, el juez debía utilizar ciertos criterios unívocos o de equidad para todos los delitos atroces, y perseguir objetivos jurídicos concretos<sup>89</sup>. El primer objetivo era el que se conseguía, como hasta aquí venimos defendiendo, mediante el agravamiento de las penas. Pero la imposición de una pena agravada sobre el delincuente no fue la única consecuencia sancionadora de la atrocidad. Para escarnio y vergüenza del delincuente se prescribía también la pena de infamia, y en cuanto a las penas pecuniarias podía recurrirse a la confiscación de bienes, en perjuicio de sus familiares o herederos, a quienes en algunas ocasiones incluso se les podían transmitir otro tipo de sanciones. Otras consecuencias sancionadoras se manifestaban tras la ejecución de la pena corporal, consistiendo en la exposición extraordinaria del cadáver, la prohibición de darle sepultura y, a veces, incluso su entrega a los doctores para que pudieran hacer prácticas sobre el cuerpo. La ejecución de las sanciones *post mortem* o sobre el cuerpo sin vida del delincuente también estaba permitida. Y, por último, hubo una particular manifestación de la atrocidad de los delitos en orden a su penalidad que hacía referencia a la asimilación del conato o la simple tentativa al delito consumado. Empecemos por ella.

---

<sup>88</sup> De forma muy genérica, sobre esta cuestión afirmaba COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), pp. 302 - 303, que *"consta claramente que el juez puede, según su saber y entender aumentar o disminuir la pena señalada por la ley, aunque la señale cierta y concreta"*; y de forma más específica acerca de los delitos atroces, VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 66, n. 40: *"si no fuere el delito tan escandaloso, y en caso tan atroz, que requiera breve, y exemplar castigo, que se debe luego executar la pena legal, y aun algo mas, según el exceso, circunstancias, y calificación grande de el delito"*.

<sup>89</sup> Así, por ejemplo LÓPEZ, Gregorio, en su glosa albedrío a P. 2, 27, 10 manifestó que el arbitrio judicial *"non est aliud, nisi aequitas animi declarati, habito respectu tam ad aequitatem naturalem, quam ad legum precepta"*.

1. *La asimilación del conato o la simple tentativa al delito consumado en orden a su atrocidad.*

Cuando una de las leyes de Partidas se pronunciaba sobre este tema a principios del siglo XIII, reconocía que el mero hecho de que un hombre comenzase a ejecutar acciones propias de un crimen sin llegar a consumarlo, solamente debía ser castigado como si el delito se hubiese producido *“segund el yerro que fizo”*<sup>90</sup>. La punibilidad del crimen no dependía tanto de los actos (preparatorios o ejecutivos) que se hubiesen realizado, como de la gravedad inherente al delito que pretendía cometerse. Es decir, lo que determinaba la sanción de la simple tentativa era la gravedad o atrocidad del delito, y en este sentido la misma norma se atrevió a poner algunos ejemplos en los casos de traición al rey, homicidio y rapto o violación de mujeres vírgenes o casadas. Utilizando esta misma norma como fuente jurídica, y las doctrinas de los antiguos doctores del derecho común, uno de los penalistas más autorizados de la Edad Moderna castellana, Diego de Covarrubias, concluía sobre esta cuestión que en los delitos gravísimos (*atrociora crimina*) se debía castigar el mero hecho de intentar siempre que manifestase una voluntad criminal: *“Porque si alguno intenta cometer un grave crimen, o tal clase de delitos de los que se siga una gran calamidad, o sea segura una gravísima destrucción; está fuera de toda duda que las leyes humanas han querido castigar como delito consumado su mero intento. Pensaron, pues, que convenía castigar con las penas del delito consumado, al que se atrevió a maquinar tan atroz y terrible delito, ya que estaba a todo decidido, lo cual no tiene razón de ser en crímenes de menor perjuicio y donde no es tan grande la gravedad del delito”*<sup>91</sup>.

Según el pensamiento de Covarrubias, sólo la ley divina podía castigar los actos internos, desconocidos para la ley humana, que a su vez sólo tenía potestad para valorar y sancionar los actos externos que ocasionaran efectivamente un perjuicio. Pero en los casos atrocísimos la frontera entre lo moral y lo penal era tan estrecha que incluso podían castigarse actos externos que no supusieran la comisión de ningún delito por la mera manifestación que hacían a la ley humana de la voluntad interna del individuo. A pesar de ello, el propio autor reconocía que no era pequeña la controversia de los antiguos doctores *“en cuanto a la ilación aquella de que deba ser castigado el conato de*

---

<sup>90</sup> P. 7, 31, 2: “[...] porende dezimos, que qualquier ome que se arrepiante del mal pensamiento, ante que començasse a obrar por el, que no meresse pena porende: porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los omes. Mas si después que lo ovviessse pensado, se trabajasse de lo fazer, e de lo cumplir, començando lo de meter en obra, maguer non lo cumpliesse de todo, estonce seria en culpa, e mereceria escarmiento, segund el yerro que fizo [...]”

<sup>91</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), pp. 197 - 198.

*estos delitos tan atroces con la pena misma que el delito perfecto y consumado*<sup>92</sup>. Barajó las opiniones a favor y en contra, y finalmente resolvió que aún en el caso de los delitos más atroces habría que hacer distinciones, puesto que no siempre eran de la misma gravedad, siendo el juez el que debía examinar bien la cualidad del crimen para no aplicar a todos la misma medida<sup>93</sup>. Además de la gravedad del crimen, en opinión de Covarrubias se debían considerar también los actos que se habían llegado a ejecutar en orden a su comisión, ya que a veces ni siquiera los actos más próximos al consumativo bastarían para la pena ordinaria<sup>94</sup>. Sin embargo, estos últimos matices del pensamiento de Covarrubias no encontraron buena acogida en los autores posteriores, quienes fundamentalmente depuraron la idea de que si en los delitos que no son atroces hay que castigar la tentativa con pena extraordinaria, en los delitos atroces o gravísimos la pena debía ser la misma que en el delito consumado<sup>95</sup>.

Algunas de las autorizadas leyes de Partidas apuntalaban esta idea, como por ejemplo la que se pronunciaba sobre el muy atroz delito de lesa majestad, *“ca maguer no se cumpliese, merece ser escarmentado assí como si lo oviese cumplido*<sup>96</sup>. Otra ley sobre homicidio también sancionaba con la pena ordinaria tanto al que hubiese vendido como al que hubiese comprado hierbas o pócimas venenosas con la mera *intención de matar*<sup>97</sup>, aunque el delito no se consumase. Y en cuanto al rapto, cuando era de viuda de buena fama, mujer virgen, mujer casada o religiosa, la pena señalada era la misma tanto si se consumaba la violación como si no, en atención a la atrocidad del

<sup>92</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), p. 198.

<sup>93</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), pp. 199 - 200: *“Primero: hay que advertir que, cuantas veces se hable de castigar la tentativa en los crímenes más atroces, no todos los crímenes que se consideran gravísimos se deben juzgar con el mismo criterio; uno será más grave que otro. Pues aunque Cicerón y el hereje Joviniano hayan intentado probar que todos los pecados son iguales; esto es falso, erróneo y herético, como lo enseña Santo Tomás, Castro y Juan de Legnano [...]. Por consiguiente, en cuanto al castigo del intento en los crímenes más atroces, el juez es quien debe examinar bien la cualidad del crimen y no medir a todos con la misma medida”*.

<sup>94</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), p. 200: *“Segundo: además de la gravedad del delito, se debe considerar también qué actos se han llegado a poner, para que por ellos y por la clase de delito, dictamine el juez la pena con que se debe castigar esa tentativa [...]. Porque en algunos crímenes de tal manera se ha de ponderar su gravedad, que baste el que se pongan aún los primeros actos para la pena ordinaria; en otros no bastarán estos, sino que se necesitarán los posteriores; a veces, ni estos siquiera bastarán”*.

<sup>95</sup> Por ejemplo, CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus punitionem delicti*, VII quaestio, n. 26, fols. 535 y 536.

<sup>96</sup> Part. 7, 38, 2.

<sup>97</sup> Part. 7, 8, 7.

crimen<sup>98</sup>, mientras que en el caso menos grave de una mujer soltera se distinguían nítidamente las consecuencias punitivas del delito consumado y de la mera tentativa<sup>99</sup>. Esta tendencia que al parecer arraigó de forma mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, imbuyó otras leyes posteriores<sup>100</sup>. Así, en cuanto a la tentativa de homicidio cuando se hacía por precio o consejo tras acechar al reo, a finales del siglo XIV el rey Alfonso XI estableció que *“qualquier o qualesquier que por asechanzas o sobre consejo, o fable fecha, firiere a alguno; que muera por ello, maguer que aquel a quien firió no muera de la herida”*<sup>101</sup>.

De forma muy parecida se pronunciaron un siglo después los Reyes Católicos al sancionar con la misma pena del homicidio, aunque la acción no hubiese producido el resultado de muerte, la tentativa del mismo cuando se realizaba *“a ruido, ni a pelea que acaezca en poblado, trueno, ni espingarda, ni serpentina, ni otro tiro alguno de polvora, ni ballesta, ni tire de su casa al ruido con alguno de los dichos tiros”*<sup>102</sup>. En la pragmática contra el crimen de sodomía promulgada en 1479, los mismos monarcas abundaban en esta teoría acerca de la tentativa del delito atroz, al considerar que si no se pudiera probar la ejecución perfecta del delito y sí tan sólo *“actos muy propinquos y cercanos a la conclusión del”*, se le debía imponer al delincuente la pena ordinaria de muerte en la hoguera como si el delito se hubiese consumado<sup>103</sup>. Un ejemplo algo más difuminado de esta teoría nos lo ofrece la legislación contra hurtos en la corte promulgada por Felipe V en 1734, en la que reguló expresamente el conato. Aunque en ella la tentativa del hurto no se equi-

---

<sup>98</sup> Véanse Part. 7, 20, 3: *“robando algún ome alguna muger viuda de buena fama, o virgen, o casada o yaciendo con ella [...]”* (“no es necesario, por tanto, el yacer, sino que basta el rapto para la pena de muerte y privación de todos los bienes [...]”); y Part. 7, 19, 2, o FR. 4, 10, 4: *“Quien monja o otra muger de Orden llevare por fuerza, quier haya que ver con ella; quier no; muera por ello”*.

<sup>99</sup> Frente a FR. 4, 10, 1: *“Si algún home llevase muger soltera por fuerza, por fazer con ella fornicación e lo ficiere, muera por ello. E si la llevase por fuerza e non yoguere con ella, peche cient maravedís [...]”*.

<sup>100</sup> A la misma conclusión llega TOMAS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 2), p. 281: En orden al conato, las leyes y la doctrina distinguían entre los delitos gravísimos y los menos graves; en los primeros se podía castigar el intento de delinquir con la pena ordinaria, siempre que sólo en los casos en que la ley expresamente lo indicara así. En todos los demás delitos, el conato o no se castigaba o se le imponía pena inferior a la ordinaria.

<sup>101</sup> ORC. 8, 13, 2.

<sup>102</sup> ORC. 8, 19, 51: *“[...] e si matare o firiere o tirare con cualquier de los dichos tiros, que muera por ello”*.

<sup>103</sup> Véase la Pragmática de los Reyes Católicos dada en Medina del Campo a 22 de agosto de 1479, en NRec. 8, 21, 1.

paró exactamente al delito consumado en cuanto a la sanción, al menos sí que se previó para la misma una penalidad especialmente agravada, imponiéndose hasta doscientos azotes y diez años de galeras a quien *“acometiendo por executar el hurto no lograra el intento ni la perfecta consumación del delito por algún accidente o acaso”*<sup>104</sup>.

## 2. La ejecución agravada de la pena de muerte.

Refiriéndose a las consecuencias punitivas de los delitos atroces contra la majestad o la naturaleza, decía Clavero que no se piense sólo en la (pena) de muerte, que para la época no bastaba o no resultaba siquiera decisiva... Que los delitos enormes y atroces comportaban pena de muerte no era cosa algo que se discutiese; de ahí se partía<sup>105</sup>. Efectivamente la pena capital era la sanción mínima de la que partía el derecho y la jurisprudencia para el castigo de estos delitos. Su imposición como sanción agravada sólo llama la atención, en realidad, en el delito de hurto en la corte, puesto que tradicionalmente el hurto se había venido sancionando de forma mucho más leve. Por eso, no dejó de ser significativa la ley según la cual a toda persona mayor de diecisiete años que se le probase un hurto en la corte o cinco leguas alrededor *“se le deva imponer pena capital [...], i sin arbitrio para templar, ni commutar esta pena en alguna otra mas suave, i benigna”*<sup>106</sup>. Pero en el resto de los casos atroces, la pena de muerte no era considerada una sanción agravada ni máxima porque se entendía que con ella sólo moría el cuerpo, y no el alma. La vida no era un valor de prioritaria protección, ni la máxima contribución con la que el reo podía expiar su culpa, porque las muertes impunes en guerras justas y otras circunstancias estaban a la orden del día. La pena de muerte se imponía con demasiada frecuencia en una multiplicidad de delitos como para ser capaz por sí misma de señalar la atrocidad de los más graves, y por eso debieron atenderse a otras formas de agravar su penalidad. Esta idea heredada del Antiguo Régimen, fue resumida con cierta concisión por el diputado Milla en una sesión de Cortes del año 1821 cuando se discutía, precisamente, acerca de la pena capital: *“Si pudiéramos admitir gradaciones en la pena de muerte, podría ser que yo conviniera como digo; pero cuando yo pienso que se aplica la misma pena por un homicidio simple ó por una muerte cualquiera que por un delito atroz de funestas consecuencias, como el de traición, v. gr., que compromete la seguridad del Estado, para mi es imposible admitirla”*<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> NRec. 8, 11, Aut. 19, y NsRec. 12, 14, 3.

<sup>105</sup> CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 1), pp. 76 - 77.

<sup>106</sup> NRec. 8, 11, Aut. 19, y NsRec. 12, 14, 3.

<sup>107</sup> *Diario de las Sesiones de Cortes*, Sesión del día 17 de diciembre de 1821, p. 1334.

Y como la pena de muerte no admitía gradaciones, como decía el diputado, se tenía que recurrir a determinadas formas de ejecución agravada de la misma, además de la concurrencia de otras penas atroces junto a ella. Centrándonos en las formas de ejecución agravada, algunas de las que persistieron desde el derecho romano se habían convertido en un tipo de sanción en sí misma, como la del *culleus* con el que se castigaba el parricidio. A los parricidas, o asesinos de familiares en distintos grados, además de con la pena infamante de azotes públicos, se les castigaba a morir en un saco de cuero en el que eran lanzados al mar o al río más cercano encerrados junto con un perro, un gallo, una culebra y un mono<sup>108</sup>. La pena debía ser tan horrenda, aún para el caso de este grave delito, que en la Edad Moderna ya se había suavizado, y los penalistas de la época nos informan de la práctica generalmente admitida según la cual *“aora, porque no desesperen los ahorcan, o dan garrote primero que los encuben”*<sup>109</sup>; atemperación que no deja de ser significativa del cambio de percepción con el que la sociedad consideraba este delito. Otras formas de ejecución agravada mucho más claras en la época, fueron las que se derivaron de los crímenes que sin ninguna duda eran considerados atroces, como por ejemplo los de herejía, sodomía o falsificación de moneda, para los que el derecho había previsto la pena de muerte en la hoguera<sup>110</sup>. Utilizando citas de Bartolo y otros antiguos doctores, Covarrubias especificaba en cuanto a esta agravada sanción que, *“siempre que por ley se señale como pena el ser quemado, debe ser quemado vivo, y es razonable, porque, ya muerto, no es capaz de pena alguna, por carecer de sentidos”*<sup>111</sup>. Precisamente por eso, en su opinión esta peculiar sanción sólo debía ser utilizada entre cristianos en atención a *la atrocidad del crimen*, quedando así manifiesto que la forma de ejecución era en sí misma una sanción agravada. Sanción agravada era también la prevista para el delito de suicidio. Aunque la pena de muerte ya no se pudiera ejecutar sobre el cadáver, se estableció que el mismo fuese *“arrastrado públicamente, y después quemado”*, para castigar al menos simbólicamente la gravedad de quitarse la vida dada por Dios. El arrastramiento imprimía una cierta infamia pública y tenía un carácter ejemplarizante ante la sociedad. La quema del cuerpo, por su parte, servía para poner de manifiesto el carácter herético que se presumía de la conducta<sup>112</sup>. El arrastramiento público estaba previsto asimismo para el reo del homicidio alevoso o a traición. Se realizaba antes de que se ejecutara la

<sup>108</sup> Part. 7, 8. 12.

<sup>109</sup> PRADILLA, Francisco de la, cit. (n. 34), fol. 10r.

<sup>110</sup> Véanse respectivamente Part. 7, 26, 2, NRec. 8, 21, 1, y P. 7, 7, 9.

<sup>111</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), pp. 306 - 307.

<sup>112</sup> Véase PRADILLA, Francisco de la, cit. (n. 34), fol. 12r.

pena de muerte en la horca, generalmente atando al delincuente a la cola de un caballo y paseándolo por las calles principales del pueblo camino del patíbulo<sup>113</sup>. La misma ejecución de la pena se previó para los que matasen a otro o provocasen un aborto mediante el uso de veneno, *“porque en tal modo de matar interviene traición, y no puede aver aquella defensa natural a todos permitida”*<sup>114</sup>. Los bandidos y salteadores de caminos fueron castigados por Felipe II a una pena agravada de muerte, que podía ser ejecutada incluso por cualquier particular que mediante ella le diese captura, o bien por los oficiales públicos de sus respectivos distritos siguiendo las órdenes del juez. Tanto en uno como en otro caso, si los cuerpos podían ser habidos por la justicia la ejecución agravada de la pena consistía en que *“sean arrastrados, ahorcados, i hechos quartos, i puestos por los caminos, i lugares, donde huvieren delinquido”*<sup>115</sup>.

Finalmente, otra particular ejecución de la pena de muerte por la atrocidad del crimen fue la señalada para el que raptase y forzase a doncellas, viudas o religiosas en despoblado, que debía *“morir aseteado”*. La muerte de saeta era propia de la jurisdicción de la Hermandad<sup>116</sup>, y tenía sobre todo un valor simbólico, tal y como se desprende de la norma dictada por Carlos I en 1532 para que *“quando quier que los alcaldes de la Hermandad condenaren a alguno a muerte con pena de saeta, no puede persona alguna tirar saeta a ninguno de los que ansi fueren condenados, sin que primero sea ahogado”*<sup>117</sup>.

### 3. La confiscación de bienes.

Al margen de por su particular forma de ejecución, la pena de muerte prescrita para un delito atroz solía distinguirse también de la de los delitos ordinarios por ir acompañada de otras penas de extraordinaria gravedad, como la confiscación de bienes. La confiscación de bienes en los delitos más graves tuvo su origen en el derecho romano, en el que primero se consideró la *consecratio* de estos bienes como forma de pagar las culpas ante los dioses, y más adelante se impuso la llamada *publicatio bonorum* con el mismo fin y aparejada siempre a la ejecución de la pena capital<sup>118</sup>. A ventajas de esta

<sup>113</sup> NRec. 8, 23, 10: *“Todo hombre que matare à otro à traición, ò aleve, arrastrenlo por ello, e enforquenlo, y todo lo del traydor ayalo el Rey: y del alevoso aya la mitad el rey, y la otra mitad sus herederos”*.

<sup>114</sup> PRADILLA, Francisco de la, cit. (n. 34), fol. 10r.

<sup>115</sup> NRec. 8, 11, Aut. 3.

<sup>116</sup> Véase NRec. 8, 13, 2 y 3.

<sup>117</sup> NRec. 8, 13, 46.

<sup>118</sup> PINO ABAD, Miguel, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español* (tesis doctoral, Córdoba, 1999), p. 32.

pena como mecanismo represivo se añadían además otros beneficios económicos de gran importancia para la Cámara del rey, y por ese motivo los monarcas castellanos no dudaron en utilizarla abundantemente desde la época de la Recepción del Derecho Común aplicándola a todos los delitos graves de lesa majestad (divina o humana) o contra natura. Otros delitos menores, como las falsedades, el perjurio, la bigamia, el adulterio o el amancebamiento, también estuvieron castigados con penas económicas de confiscación, pero éstas se distinguían de la de los delitos atroces en que o bien no afectaban a la totalidad de los bienes del condenado, o bien no iban a parar a las arcas del rey, o bien no iban aparejadas a la pena capital. Para no perder ninguna parte de tan sustanciosas condenas, se entendía además que los bienes sujetos a confiscación correspondían a la Corona desde el mismo momento en el que se cometieran los crímenes, impidiendo que los reos pudieran disponer de ellos<sup>119</sup>. Algunos autores afirmaban que sobre la conciencia del delincuente pesaba la obligación moral de entregar dichos bienes incluso antes de que se dictase la condena<sup>120</sup>. Aunque en la práctica sólo se consiguió acceder a ellos mediante la ejecución judicial de la sentencia, que en el caso de los delitos atroces se aceleró gracias a la prohibición de realizar cualquier tipo de apelación a la misma<sup>121</sup>. Los delitos más graves señalados con la pena de confiscación de bienes, en la mayoría de los casos aparejada a la de muerte como en el derecho romano, fueron los de lesa majestad o traición, homicidio alevoso, mediante veneno o a traición, suicidio, falsificación de moneda, herejía, sodomía, y rapto con fuerza de vírgenes, viudas o religiosas. Cada uno mantuvo sus peculiaridades. En los delitos de lesa majestad o traición, por ejemplo, se mantuvieron unidas la pena de muerte y la confiscación de todos los bienes para la Cámara real, aunque se permitía a la mujer del reo conservar su dote, a las hijas heredar de la madre hasta una cuarta parte, y a los acreedores satisfacer las deudas contraídas antes de la comisión del delito. De los beneficios de estas terceras personas, reconocidos en las Partidas, no volvió a hablarse en la legislación posterior, en la que simplemente se reiteró la pena genérica de confiscación de bienes para al rey, aunque la doctrina y la jurisprudencia siguieron manteniendo las peculiaridades señaladas por la legislación alfonsina<sup>122</sup>. La particular traición al rey que cometía el falsificador de monedas también se penaba, además de

<sup>119</sup> Tratando específicamente sobre el delito de herejía, expone magistralmente esta teoría CANTERA, Diego de la, cit. (n. 18), *De quaestionibus tangentibus punitionem delicti*, II quaestio, nn. 14 y 17, fols. 373 y 374.

<sup>120</sup> Sobre la obligatoriedad en conciencia de pagar las penas pecuniarias se pronunció extensamente SUÁREZ, Francisco, cit. (n. 22), vol. III, libro V, capítulo VII, n. 7.

<sup>121</sup> Sobre esta cuestión, véase PINO ABAD, Miguel, cit. (n. 118), p. 212.

<sup>122</sup> Véanse las diferencias entre Part. 7, 2, 1 y NRec. 8, 18, 2.

con la muerte, con la confiscación de todos sus bienes, entre los que se incluían la casa o el lugar donde se hubiesen hecho las falsificaciones, salvo que perteneciese a su viuda o hijo menor de catorce años<sup>123</sup>. La legislación alfonsina llevó a cabo asimismo una especial protección de los derechos económicos de terceros en el delito de herejía, en el que no sólo se graduaron las penas en atención a la gravedad de la conducta, sino que también se respetaron los derechos sucesorios de los herederos legítimos<sup>124</sup>. Sin embargo, habida cuenta de la atrocidad del crimen, algunos autores quisieron corregir tan magnánima legislación argumentando que sólo debían respetarse los derechos sucesorios de los hijos del hereje nacidos antes de la comisión del delito, porque el que naciera después se encontraba de alguna manera ya dentro del padre, como parte de su propia sustancia<sup>125</sup>. La ampliación de esta teoría llegaría hasta sus últimas consecuencias con los Reyes Católicos, que para zanjar la disputa ordenaron la confiscación de todos los bienes del reo, sin excepción alguna, en los casos de herejía y apostasía<sup>126</sup>. En cuanto los homicidios alevoso o a traición, se diferenciaban precisamente en la aplicación de la pena pecuniaria, puesto que la de muerte era la misma en ambos casos. La distinción radicaba en que en el caso del homicidio a traición, en el que cabían una multiplicidad de conductas como la del homicidio cometido mediante veneno, la confiscación para la Cámara del rey abarcaba todos los bienes del delincuente; mientras que en el caso del homicidio alevoso se reservaban la mitad de los bienes para sus herederos<sup>127</sup>. A este tipo de delito se asimilaron otros muchos, como el homicidio realizado contra cualquier persona que trabajase o viviese en la Corte, el que se cometía en periodos de treguas o *aseguranzas*, o el ejecutado mediante el uso de saeta u otras armas<sup>128</sup>. También en el caso del suicidio se tuvieron en cuenta a los herederos del delincuente, con una curiosa salvedad. El derecho y la doctrina distinguían en primer lugar si el suicidio se había cometido por una desesperación personal del delincuente, en cuyo caso los bienes podían ser heredados por sus sucesores y sólo en ausencia de éstos pasarían a la hacienda pública. Pero si el acto suicida se cometía para evitar la ejecución de una pena por una persona que estuviese siendo juzgada, todos sus bienes

---

<sup>123</sup> FR. 4, 4, 21 y Part. 7, 7, 10. Posteriormente reiteradas en NRec. 5, 21 67.

<sup>124</sup> P. 7, 26, 2.

<sup>125</sup> GARCÍA MARÍN, José María, *Magia e Inquisición: derecho penal y proceso inquisitorial en el siglo XVII*, en *Revista de Derecho Público* 14 (julio - diciembre, 1988), p. 239.

<sup>126</sup> NRec. 8, 3, 3.

<sup>127</sup> FR. 4, 17, 2 y NRec. 8, 26, 10.

<sup>128</sup> Véanse entre otras normas las contenidas principalmente en Part. 2, 16, 2, NRec. 12, 21, 10, y NRec. 8, 23, 5.

debían ser confiscados para la Cámara regia sin tener en consideración a los herederos<sup>129</sup>. La normativa en cuanto a la confiscación de bienes a raptos y violadores de determinadas mujeres, pergeñada en el Fuero Real y desarrollada en las Partidas<sup>130</sup>, se mantuvo por lo demás constante durante la Edad Moderna, según nos informan los autores de la época: *“Si alguno llevare doncella, monja, o viuda, que viva honestamente de una parte a otra, con animo de tener con ella acceso carnal, y el tal delito cometiere, tiene pena de muerte, y sus bienes han de ser aplicados a la muger robada o al monasterio”*<sup>131</sup>, salvo que se demuestre que los padres de la mujer o ella misma habían consentido en el rapto, en cuyo caso los bienes irían a parar a la Cámara del rey. Por el contrario, la persecución y castigo de los sodomitas sufrió un nuevo impulso en la época de los Reyes Católicos, en la que a la simple pena de muerte que prescribían las Partidas, se añadieron una forma de ejecución agravada de dicha muerte en la hoguera, y la confiscación de todos los bienes tanto muebles como inmuebles de los condenados para la hacienda real<sup>132</sup>. La pena de confiscación se había consolidado sin duda en la Edad Moderna como una de las consecuencias punitivas básicas en los delitos más atroces, y por ello no faltó en la nueva legislación contra bandidos y salteadores de caminos dictada por Felipe IV para reprimir este crimen con toda la fuerza de la justicia<sup>133</sup>.

#### 4. *La pena de infamia y la transmisión de la pena.*

La pena de infamia fue otra de las penas de extraordinaria gravedad que solía imponerse en los delitos atroces junto con la pena de muerte y la de confiscación de bienes. Se utilizaba en sus dos formas, ya clásicas, de infamia de hecho o infamia de derecho, siendo esta última la más importante en atención a los efectos que producía. Infamantes eran en realidad la mayoría de las sanciones corporales cuando se ejecutaban públicamente en deshonor del delincuente, y en particular cuando se habían creado para ellas especiales medios de ejecución, como el arrastramiento, el descuartizamiento, la quema en la hoguera o el asetamiento, previstos en los delitos atroces. Pero junto a este tipo de infamia, la ley castellana permitía en estos casos a los jueces imponer otra infamia de derecho a través de una sentencia judicial que, habiéndose aplicado la pena de muerte al delincuente,

<sup>129</sup> Véanse P. 7, 1, 24 y NRec. 8, 23, 8.

<sup>130</sup> Part. 7, 20, 3.

<sup>131</sup> Véanse BERNÍ, Joseph, *Práctica criminal* (Valencia, 1749, edición facsímil, Madrid, 1995), pp. 37 - 39, o PRADILLA, FRANCISCO DE LA, cit. (n. 34), fols. 4r - 4v.

<sup>132</sup> Pragmática de los Reyes Católicos de 22 de agosto de 1497, en NRec. 8, 21, 1.

<sup>133</sup> Bandidos: NRec. 8, 11, Aut. 3 y NsRec. 12, 17, 1.

afectaba exclusivamente a sus familiares o herederos. Por ese motivo, la pena de infamia se trata bajo este epígrafe en relación con la transmisión de las penas, que no en vano fue otra de las especialidades jurídicas permitidas en estos delitos en atención a su gravedad. La transmisión de las penas estaba prohibida desde antiguo por el derecho castellano, en el que arraigó la máxima de que *“el mal debe seguir a quí lo faze”*<sup>134</sup>. Los sucesores o parientes de los reos no debían hacerse responsables de los crímenes cometidos por aquellos, ni sufrir, por consiguiente, ninguna consecuencia jurídica derivada del ilícito. Sin embargo, ya vimos en cuanto a la confiscación de bienes que, aunque se hicieran determinados esfuerzos por preservar las herencia de los sucesores del reo, el principio de personalidad de la pena admitió algunas excepciones en los delitos más graves, potenciadas sobremanera en cuanto a la pena de infamia. Sólo en estas dos vertientes, económica o infamante, la sanción podía ser transmitida a los familiares o descendientes del reo. Por lo demás, la doctrina unánime del Derecho Común coincidía en que en ningún caso podían aplicarse a estas personas penas espirituales o corporales por delitos que no habían cometido<sup>135</sup>. La propia legislación castellana admitía ambas posibilidades cuando, tras negar la licitud de la transmisión de penas, reconocía una salvedad: *“fuera de ende, si el yerro fuese de trayción: ca estonces los fijos serían desheredados, e agraviados en algunas cosas por la trayción que su padre fijo”*<sup>136</sup>. La salvedad según la cual los descendientes de traidores debían sufrir también las consecuencias de su sanción económica e infamante, se concreta aún más en otra parte del articulado de la ley, al tratar propiamente de las penas derivadas del delito distinguiendo por razón de sexo entre los hijos varones e hijas del traidor: *“E demas todos sus fijos, que sean varones, deuen fincar por enfamados para siempre de manera, que nunca puedan auer honrra de Cauallería, nin Dignidad, nin Oficio, nin puedan heredar a pariente que ayan, nin a otro extraño quo los establesiesse por herederos; nin pueden auer las mandas que les fueren fechas. Esta pena deuen auer, por la maldad que fizo su padre. Pero las fijas de los traydores bien pueden heredar fasta la quarta parte de los bienes de sus madres. Esto es, porque non deue ome asmar, que las mujeres fiziesen trayción, nin se metiesen a esto de tan ligero, a ayudar a su padre, como los varones; e*

---

<sup>134</sup> Véanse las normas contenidas en el FJ. 6, 1, 8; FR. 4, 5, 9; y P. 7, 31, 9: *“Por yerro que el padre fiziere non deuen recibir pena, nin escarmiento los fijos, nin los otros parientes nin la muger por el marido. Ca non es guisado que por el mal que un ome faze, den escarmiento a otro: por que la pena deue apremiar, e constreñir a los mal fechores solamente [...]”*.

<sup>135</sup> Véase en este sentido la magnífica síntesis que realiza PEREDA, Julian, *Covarrubias penalistas* (Bilbao, 1959), pp. 254 - 259.

<sup>136</sup> Part. 7, 31, 9.

*porende no deuen sufrir tan grand pena como ellos [...]*<sup>137</sup>.

La infamia de derecho que se imponía a través de una sentencia judicial suponía, en consecuencia, una importante privación de los derechos públicos de los afectados. Además de la vergüenza o lacra social que de por sí les imponía el hecho de estar *enfamados*, los difamados en derecho no podían recibir ninguna honra o dignidad, ocupar oficios públicos, vivir en la corte del rey o de algún buen señor, ni testificar ordinariamente en los juicios, en los que se les presumía una escasa credibilidad<sup>138</sup>. Por ese motivo, los autores del derecho coincidían en que sólo se debía sancionar con infamia a los hijos y nietos de los delincuentes *por causa de la enormidad del delito*, haciendo referencia expresa a los de lesa majestad, divina o humana<sup>139</sup>. Fiel reflejo de esa doctrina sería la real pragmática dictada por los Reyes Católicos en 1501, en la que la transmisión de la pena de infamia decretada por el derecho para el delito de traición, se amplió también a los casos de herejía y apostasía: *“Mandamos que los reconciliados por el delito de herejía, y apostasía, ni los hijos, y nietos de quemados, y condenados por el dicho delito, hasta la segunda generación por línea masculina, y hasta la primera por línea femenina, no puedan ser, ni sean del nuestro Consejo, ni Oidores de las nuestras Audiencias, y Chancillerías, ni de alguna dellas, ni Secretarios, ni Alcaldes, ni Alguaciles, ni mayordomos, ni Contadores mayores, ni menores, ni Tesoreros, ni pagadores, ni contadores de quantas, ni Escrivanos de Camara, ni rentas, ni Chancillería, ni registradores, ni relatores, ni abogado, ni fiscal, ni tener otro oficio publico, ni Real en nuestra Casa, y Corte, y Chancillerías: y ansi mismo que no puedan ser, ni sean, Corregidor, nin Juez, ni Alcalde, ni Alcayde, ni Alguacil, ni merino, ni preboste, ni Veyntiquatro, ni Regidor, ni Jurado, ni fiel, ni executor, ni Escrivano publico, ni del Concejo, ni mayordomo, ni notario publico, ni fisico, ni cirujano, ni boticario, ni tener otro oficio publico, ni Real en alguna de las Ciudades, villas, y lugares de nuestros Reynos, y señoríos”*<sup>140</sup>.

##### 5. La exposición del cadáver y la ausencia de sepultura.

Tras la ejecución de las penas impuestas al reo, los jueces de la Edad Moderna, en consuno con el derecho y la doctrina, aún se valieron de otros métodos para responder a la injuria de los delitos atroces con firmeza. Entre esos métodos se encontraban la exposición extraordinaria del cadáver en el lugar público donde se hubiese realizado la ejecución para que sirviera de aviso y

<sup>137</sup> Part. 7, 2, 2.

<sup>138</sup> Sobre la pena de infamia puede consultarse la obra de MASFERRER DOMINGO, Aniceto, *La pena de infamia en el derecho histórico español* (Madrid, 2001).

<sup>139</sup> COVARRUBIAS, Diego de, cit. (n. 77), pp. 260 - 282.

<sup>140</sup> NRec. 8, 3, 3.

ejemplo al resto de la sociedad, y la falta de sepultura cristiana al mismo, que a veces se podía cambiar por la entrega del cadáver a los médicos de las Universidades para que aprendiesen anatomía. Estas prácticas se basaban en abundantes ejemplos bíblicos y opiniones de antiguos doctores, que fueron resumidas con distinto acierto por los autores modernos más apegados a la práctica del foro, como Castillo de Bovadilla o Hevia Bolaños: *“El cuerpo del ajusticiado no puede ser quitado ni enterrado, sino es pidiéndosele a la justicia, y con licencia suya, en que ha de ser fácil, y le ha de dar, y así se entiende una ley de Partida, que sobre esto trata, como lo dice una ley de ella, sino es que el delito sea tan grande, y atroz, que convenga quedar expuesto en el patíbulo siempre, hasta que cayga á pedazos, para exemplo y terror, según Julio Claro. Y se puede dar á los Médicos para hacer anatomía, como lo respondió la Universidad de Salamanca al Emperador Carlos V y Rey nuestro Señor, y su Consejo, siendo de ello por él preguntada, según lo dice Antonio Gómez”*<sup>141</sup>.

En la legislación es más difícil encontrar vestigios de esta práctica jurisprudencial. Las Partidas sólo se pronunciaban sobre la prohibición de dar sepultura en lugar sagrado a determinados delincuentes como los herejes, descomulgados o perjuros<sup>142</sup>. Pero sobre la exposición pública de los cuerpos hasta su propia descomposición, sin permitirles sepulturas, las normas no se atrevieron a pronunciarse, salvo en el caso de los bandidos o salteadores de caminos<sup>143</sup>, al contrario de lo que al parecer hacían frecuentemente los jueces al sentenciar las causas más severas.

## 6. *El castigo post mortem.*

Una última manifestación excepcional del derecho castellano en atención a la gravedad de los delitos, fue la que permitía que se juzgara, condenara y aplicaran las correspondientes penas al reo que ya había fallecido. Al parecer, esta práctica tuvo también su origen y legitimación en el derecho romano clásico, en el que frente a la regla general de que los procesos se suspendían ante el fallecimiento del reo, se introdujo en tiempos de Marco Aurelio una importante excepción para los supuestos de *perduellio* o crímenes de estado. Entonces, la especial gravedad de los mismos ya se utilizó como argumento para legitimar que se pudieran iniciar los procesos aún después de la muerte de los culpables, con el objetivo de condenar su memoria y

<sup>141</sup> Estas palabras son de HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo XVII, n. 16, p. 235; aunque también puede consultarse en este sentido a CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro III, capítulo XV, n. 143, p. 303.

<sup>142</sup> Part. 1, 13, 8, 9 y 10.

<sup>143</sup> NRec. 8, 11, Aut. 3: “[...] sean arrastrados, ahorcados, i echos quartos, i puestos por los caminos, i lugares, donde huvieren delinquido [...]”

privar de bienes a sus sucesores<sup>144</sup>. El objetivo material de esta particular excepción era el de poder ejecutar las penas pecuniarias sobre los bienes del reo en beneficio de las arcas públicas. Pero lejos del mismo, el motivo oficialmente declarado en derecho, que era el de dar ejemplo público y resarcir del daño a la población, hizo extensiva tan peculiar teoría al resto de las penas, incluida la de muerte, ya que *“por razon del exemplo y terror es licito, según la mas común opinión y pratica, ahorcar el cuerpo muerto del ladrón famoso, del assassino, del traydor, y de otros delinquentes de casos enormes, según albedrío del Juez”*<sup>145</sup>. Así lo recogieron algunas normas jurídicas, como la referida al delito de traición, que se podía acusar y condenar post mortem, al igual que los delitos de lesa majestad divina<sup>146</sup>. Para otros casos fue necesario, sin embargo, recurrir a la pluma de los autores y a la interpretación de los jueces, que finalmente fijaron en la práctica los delitos que podían ser condenados tras la muerte del reo, distinguiendo los casos en los que sólo cabía la ejecución de las penas pecuniarias, de aquellos otros en los que se podía ejecutar también la pena corporal sobre el cadáver del reo: *“Y muriendo el acusado antes de la sentencia, se extingue el delito, quanto a la pena corporal, y a la pecuniaria, que havia de haber el Fisco, sin que sea obligado a ella el heredero, sino es en los casos en que puede ser acusado después de muerto, o siendo la pena puesta por ley, ipso iure, y quanto a los bienes, puede el delincente ser acusado después de su muerte, en el delito lesae majestatis, o hurto de hacienda Real, hecho por Administrador de ella, o de cosa religiosa, o santa, y sobre cohecho, si era Juez el difunto, y quando la pena se pone ipso iure contra los bienes. Y en pena corporal, o en la ordinaria, puede también después de muerto ser castigado, y acusado del delito el delincente en el crimen lesae majestatis divinae, vel humanae, y pecado nefando, o por famoso ladrón, o el que sse mató o hirió a sí mismo, como hiriera a otro, con desesperación. Y en el crimen de heregia, y los demas gravísimos, que quedan referidos, han de ser quemados los huesos del delincente, o su estatua y figura, y executarse en ella la misma justicia, que se havia de hacer en la persona del Reo, si fuera vivo”*<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> PINO ABAD, Miguel, cit (n. 118), p. 49.

<sup>145</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, cit. (n. 4), II, Libro III, capítulo XV, n. 143, p. 303.

<sup>146</sup> Part. 7, 2, 3 y Part. 7, 1, 2.

<sup>147</sup> VILLADIEGO, Alonso de, cit. (n. 15), fol. 78, n. 177 y n. 179. Véase también HEVIA BOLAÑOS, Juan de, cit. (n. 38), I, párrafo IX, n. 13, pp. 204 - 205.

## V. CONCLUSIONES

En conclusión, partiendo de una ambigua máxima de origen desconocido y escasa expresión en el derecho castellano, aunque al parecer bien arraigada en la mentalidad social y la jurisprudencia, a lo largo de las líneas precedentes hemos ido pergeñando el desarrollo de una particular doctrina jurídica nunca esbozada como tal en el ordenamiento castellano. A ello han coadyuvado algunos textos legislativos, dispersos en el tiempo y en el orden sistemático de los cuerpos jurídicos, que sin embargo compartían ciertos rasgos comunes; y también la doctrina de algunos autores, sobre todo prácticos del derecho, que al margen de profundas abstracciones o construcciones teóricas, se ciñeron a contarnos el sistema que bajo estas inciertas consignas se había fraguado al culminar la Edad Moderna. Posiblemente queden lagunas por resolver, pues en la labor de reconstrucción de este particular mosaico pueden haberse quedado algunas piezas. Son muy abundantes y demasiado inconexos los textos legislativos, e inabarcable la obra doctrinal. Las referencias a estas cuestiones aparecen, además, de forma parcial y difuminada en los textos, sin un orden lógico de exposición. Pero en todas ellas late un fondo ideológico común que sólo toma sentido en atención al principio que permitía transgredir las normas generales de derecho en los delitos atroces o muy graves (*“propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi”*), y que es el que se ha tratado de plantear, aunque sólo sea a muy grandes rasgos, en este trabajo de investigación.

