

La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penales de carácter metodológico

SUMARIO: 1. Introducción historiográfica al Derecho penal municipal catalán.–2. Algunas reflexiones metodológicas para el estudio del Derecho penal histórico.–2.1. El *Ius commune* y la perspectiva europea de la tradición jurídica peninsular.–2.2. El influjo de las corrientes filosóficas y teológicas en la normativa penal.–2.3. El decisivo papel del poder político en la configuración del sistema penal.–2.4. El arbitrio judicial como eje central o elemento flexibilizador del Derecho penal histórico.–3. La función ejemplarizante y moralizadora del Derecho penal municipal catalán.–3.1. Derecho penal municipal y tradición jurídica cristiana en Europa.–3.2. Delitos y contenido moralizante del Derecho penal.–3.3. Penalidades y función ejemplarizante del Derecho penal.–Apéndice: Concordancias de capítulos de contenido penal de algunas Costums catalanas.

1. INTRODUCCIÓN HISTORIOGRÁFICA AL DERECHO PENAL MUNICIPAL CATALÁN

Carecería de sentido empezar este breve trabajo con una primera afirmación encaminada a poner de relieve el descuido de la historiografía existente en materia criminal –según «insisten algunos autores en recordar»¹– en el ámbito del Derecho municipal catalán. Nada más lejos de la realidad. Además de las obras –ya clásicas– de Zarandieta y de Julià², en los últimos años han aparecido varios trabajos centrados precisamente en el estudio de la normativa crimi-

¹ OTERO VARELA, ALFONSO: «Historia del Derecho criminal en Compostela», *Dereito*, vol. 8, núm. 1 (1999), p. 152.

² ZARANDIETA Y MIRAVENT, ENRIQUE: *Los Usatjes en su aspecto penal*. Madrid, 1924; JULIÀ I ANDREU, GABRIEL: «El dret penal contingut en els Usatges», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. XL (pp. 99-109, 232-243 i 367-381), 1934.

nal vigente en los municipios pertenecientes al territorio de la *Catalunya Nova*. Bajo el magisterio de Font Rius –y de su discípulo, Tomás de Montagut–, los trabajos de Ferro*, Serrano³, Estrada⁴, Tatjer⁵ y de quien escribe estas líneas⁶ han colmado, pues, una laguna existente hasta hace bien poco.

La fuente jurídica fundamental para el estudio del Derecho penal municipal catalán en todos estos trabajos ha sido la *Costum*, si bien de un modo excepcional las ordenanzas municipales también contienen aspectos propiamente penales⁷.

Resulta indiscutible el valor y la utilidad que ha tenido para el conocimiento del Derecho municipal medieval y moderno no sólo el estudio textual de esta fuente normativa, sino también su edición crítica y el análisis de otros aspectos como las relaciones de parentesco existentes entre sí, la procedencia de numerosas *Costums* de un texto común, formando así una misma familia, etc.⁸

El examen comparativo de esta fuente, al revelar la estrecha conexión existente entre textos normativos de diversas localidades o municipios, impide formarse una visión un tanto idílica en torno al contenido de carácter fun-

* FERRO, Victor: «Els drets procesal i penal a Catalunya abans del Decret de Nova Planta», en *Historia del dret català* (Tomás de Montagut i Estragues, coordinador). Barcelona, 2000.

³ SERRANO DAURA, JOSEP: *Senyoriu i Municipi a la Catalunya Nova* (tesis doctoral, en prensa), Universitat Pompeu Fabra, 1996, en donde se trata, entre otros aspectos, la materia penal; del mismo autor: «L'ordenament jurídico-penal a l'antic dret local de la Torre de l'Espanyol (Ribera d'Ebre)», publicado por vez primera en el *Institut d'Estudis Tarraconenses «Ramón Berenguer IV»*, Tarragona, 1988, pp. 171-200, y posteriormente recogido en *La Torre de l'Espanyol (Ribera d'Ebre). Història, règim senyorial i aspectes del seu antic dret local, en particular les Costums, del 1517*. Tarragona, 1997, pp. 265-275; del mismo autor: *Els costums de la Batllia de Miravet*. Consell Comarcal de la Terra Alta, 1999, pp. 69-73.

⁴ ESTRADA RIUS, ALBERT: «L'ordenament jurídico-criminal en els Costums d'Orta», *Actes de les Jornades d'Estudi*, con motivo del VII centenario de sus costumbres (Horta de Sant Joan, 1997), pp. 283-303.

⁵ TATJER PRAT, MARIA TERESA: «El dret criminal en els Costums de Miravet», *Actas de las Jornadas sobre el Costums de la Batllia de Miravet (1318/20-1999/00)*. Gandesa, 2001, en prensa.

⁶ MASFERRER, ANICETO: «La pena de infamia en la Costumbres de Horta (1296)», *Actes de les Jornades d'Estudi*, con motivo del VII centenario de sus costumbres (Horta de Sant Joan, 1997), pp. 329-342; del mismo autor: «La influència dels Usatges de Barcelona en l'ordenament juridicopenal dels municipis de la Catalunya Nova (notes per a un estudi)», *El territori i les seves institucions històriques. Actes Ascó, 28, 29 i 30 de novembre de 1997*. Fundació Noguera. Barcelona, 1999, pp. 809-837; La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius Commune. Madrid, 2001, pp. 155-264.

⁷ MASFERRER, ANICETO: «L'element sancionador i el contingut penal de les ordinacions municipals catalanes. Especial consideració a les ordinacions de Girona de 1358», comunicación presentada en el *XVII Congreso de Historia de la Corona de Aragón* (Barcelona, 7-12 septiembre 2000), en prensa.

⁸ Hay que destacar la labor llevada a cabo en su día por el Prof. García-Gallo en este sentido, de cuyo magisterio sobresalen, entre nosotros, algunos especialistas en este campo de importancia capital como ANA M.^a BARRERO GARCÍA y M.^a LUZ ALONSO MARTÍN: *Textos de derecho local español en la Edad Media*. Catálogo de fueros y costumbres. CSIC. Madrid, 1989; respecto al territorio catalán, son numerosos los trabajos elaborados por ANA M.^a BARRERO, a saber, entre otros: «Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet», *AHDE* 44 (1974), pp. 485-536; «Les Costums d'Horta: Nuevas aportaciones sobre su proceso de formación y sus relaciones textuales», a *Actes de les Jornades d'Estudi...* cit., pp. 211-240; «La formación dels «Costums» de Miravet», en *Actas de las Jornadas sobre los Costums...* cit. en la nota 5.

damentalmente singular y genuino de los fueros y costumbres de cada territorio. Aunque hay que admitir que esta fuente normativa constituyó el instrumento adecuado para regular las tradiciones propias y singulares de cada municipio, el influjo que, por ejemplo, ejercieron el Fuero de Cuenca o las *Costums* de Lleida en otras localidades de su entorno revela que esta clase de textos consuetudinarios en muchas ocasiones apenas lograban recoger las genuinas costumbres de cada municipio.

Así las cosas, no es extraño que la mayoría de los trabajos existentes hasta el momento sobre Derecho penal municipal catalán adopten una metodología parecida, consistente en extender la descripción de los delitos o crímenes y sus castigos respectivos a los distintos textos consuetudinarios de una misma familia, recogiendo en las notas a pie de página las concordancias de capítulos que convengan en cada caso. Esta metodología también ha sido utilizada en estudios concernientes a otros territorios⁹.

Son escasos los trabajos que, pretendiendo superar este planteamiento lineal, de relación o mera concordancia textual entre los fueros o costumbres de una misma familia, han logrado salir de estos estrechos límites, aportando nuevas perspectivas o influencias, ya sea prestando atención al influjo de otro texto como los Usatges¹⁰, o bien analizando algunas instituciones penales recogidas en las *Costums* desde las categorías del *ius commune*¹¹.

El empleo de esta metodología en el estudio del Derecho penal municipal ha sido muy útil para obtener una panorámica general sobre el tipo de conductas delictivas y los respectivos castigos que tradicionalmente se daban en estos municipios en la Edad Media, y también posiblemente en la Edad Moderna. Pero resulta, por otra parte, insuficiente al no ser capaz de dar respuesta a los numerosos interrogantes que suscitan en el estudioso los múltiples aspectos todavía sin resolver: ¿cómo es posible que un texto redactado en el siglo XIII tuviera vigencia efectiva unos siglos más tarde, rigiendo la vida jurídica municipal de ciudadanos de finales del Antiguo Régimen? Por otra parte, una lectura atenta y detenida de la normativa recogida por estos textos consuetudinarios muestra en ocasiones un cuadro poco lógico y no carente de contradicciones. Si, a falta de documentos de aplicación del derecho —como a

⁹ Véase, por ejemplo, el trabajo de SARRIÓN GUALDA, JOSÉ: «Encantamiento, herbolarias y hechiceras en el Fuero de Cuenca y en los de su familia», *Espacios y Fueros en Castilla-La Mancha (siglos XI-XV). Una perspectiva metodológica*. Madrid, 1995, pp. 387-404, o el de PORRAS ARBOLEDAS, PEDRO A.: «El Derecho penal en los fueros de la familia de Sahagún (notas sobre el fuero de Santander)», *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso conmemorativo de su VIII centenario*. Santander, 1989, pp. 221-235.

¹⁰ SERRANO DAURA, en *Senyoriu i Municipi a la Catalunya Nova*, ob. cit., p. 1246 ss.; MAS-FERRER, ANICET: «La influència dels Usatges de Barcelona en l'ordenament juridicopenal dels municipis de la Catalunya Nova (notes per a un estudi)», *El territori i les seves institucions històriques. Actes Ascó, 28, 29 i 30 de novembre de 1997*. Fundació Noguera. Barcelona, 1999, pp. 809-837.

¹¹ ESTRADA RIUS, ALBERT: «L'ordenament jurídico-criminal en els Costums d'Orta», *Actes de les Jornades d'Estudi*, con motivo del VII centenario de sus costumbres (Horta de Sant Joan, 1997), pp. 283-303.

menudo sucede—, la única fuente utilizada es un texto, cuya historia pocas veces conocemos de un modo completo sino tan sólo fragmentariamente, el fruto obtenido del estudio apenas llega a reflejar ni fragmentariamente el Derecho penal tal cual fue. El resultado es un cuadro incompleto, confuso y contradictorio. No es suficiente recurrir luego al orden de prelación de fuentes recogido en alguno de los capítulos de las *consuetudines* para al final flexibilizar y dar visos de realismo a una construcción rígida y carente de raíces que, tan sólo observada de lejos, apenas logra aparentar en algo la realidad de lo que efectivamente aconteció.

Sería ingenuo pretender un conocimiento completo del Derecho penal de un periodo histórico del que carecemos de importantes fuentes, sin las cuales, resulta imposible reconstruir la pretérita realidad jurídico-penal. En este sentido, hay que asumir las limitaciones que lleva consigo la escasez de fuentes necesarias para obtener un cuadro completo no sólo del Derecho penal municipal catalán, sino también de todo estudio sobre el Derecho criminal histórico en general.

Limitaciones de esta naturaleza —me refiero, por ejemplo, a la escasez de fuentes— que dificultan una descripción más real de la tradición penal peninsular, exigen poner una mayor atención en los aspectos metodológicos, que nos permita sacar el máximo provecho al empleo de las escasas fuentes que el estudioso en ocasiones tiene a su disposición al historiar el Derecho penal. Abordamos ahora, pues, un apartado relativo a algunos aspectos de orden fundamentalmente metodológico que, a nuestro juicio, conviene tener en cuenta en la investigación del Derecho penal histórico.

2. **ALGUNAS REFLEXIONES METODOLÓGICAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL HISTÓRICO**

La mayoría de las reflexiones que realizo no pretenden innovar, y si bien surgieron al considerar la insuficiencia metodológica empleada por buena parte de los trabajos sobre Derecho penal municipal catalán publicados hasta el momento, pueden extenderse también —y son aplicables, por tanto— al Derecho criminal histórico de ámbito peninsular.

La lectura de algunos trabajos sobre esta materia en la tradición jurídica de otros países del entorno europeo me ha dado interesantes elementos para reflexionar y contrastar nuestro modo de historiar el Derecho penal. Presento ahora por separado los frutos de algunas de esas reflexiones sobre aspectos metodológicos. En el último apartado, al tratar la función ejemplarizante del Derecho penal medieval catalán, podremos comprobar los resultados prácticos de la aplicación concreta de algunas —no todas— de estas reflexiones¹². Con ello, y aun siendo conscientes de la cierta desproporción existente entre el alcance de

¹² Me parece innecesario citar algunos trabajos de historia del Derecho criminal para destacar algunas insuficiencias metodológicas o lagunas en las que han incurrido, pues, a fin de cuen-

estas reflexiones iushistórico-penales y el posterior análisis de la función ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán, pretendo lograr tan sólo dos objetivos: plantear, por una parte, a los estudiosos del Derecho penal histórico un saludable debate sobre algunos aspectos metodológicos relevantes, y explicar, por otra, la dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán –aplicable también a la tradición criminal peninsular en general–, desde el marco de la tradición cultural y jurídica europea.

2.1 EL *IUS COMMUNE* Y LA PERSPECTIVA EUROPEA DE LA TRADICIÓN JURÍDICA PENINSULAR

Si es cierto que «nunca mejor que hoy los ambiciosos objetivos que persigue concretamente la ciencia jurídica imponen el abandono de un insatisfactorio observatorio exegético, la conquista de un mayor respiro cultural y fundamentos especulativos más sólidos»¹³, también hay que admitir la necesidad de un correcto encuadramiento de las instituciones penales en el contexto de la tradición jurídica europea, sin el cual el instituto objeto de estudio carece de la perspectiva cultural en la que nació y se desarrolló.

No se trata de una cuestión decorativa o estética, sino de encuadrar correctamente una institución o categoría penal en el marco cultural e histórico que le corresponde. Si no, cabría pensar que la mayoría de las categorías penales son genuinamente catalanas o hispánicas, cuando en realidad entroncan con la tradición jurídica europea. Esta cuestión que ya fue tratada hace unos cuantos años por el Prof. García-Gallo¹⁴, y posteriormente por otros estudiosos –especialmente por Pérez Martín¹⁵–, adquiere una importancia capital. ¿Cómo es posible tratar un instituto penal procedente del *ius commune* sin tener en cuenta la ela-

tas, todos cometemos errores que, merced a reflexiones posteriores, propias o ajenas, al ser descubiertos, no dudamos en corregir y revisar para acercar un poco más fielmente nuestra reconstrucción teórica a lo que realmente fue en su momento. No compartimos, por tanto, la afirmación de que la Historia «no puede ser la descripción del pasado», y que «la verdad o la mentira de la Historia no tendrá nada que ver con su contenido, sino con la forma de su narración», según sostiene PÉREZ COLLADOS, JOSÉ MARÍA: «Acerca del sentido de la Historia del Derecho como Historia (Historia como narración)», *AHDE* 67 (1997), pp. 114-115.

¹³ GROSSI, PAOLO: «Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo», *AHDE* 67 (1997), p. 63.

¹⁴ GARCÍA-GALLO, ALFONSO: «Cuestiones de Historiografía jurídica, I. La justificación de la Historia del Derecho; II. La Historia del Derecho Europeo», *AHDE* 44 (1974), pp. 741-764.

¹⁵ Citamos, entre otros, los siguientes trabajos de ANTONIO PÉREZ MARTÍN sobre esta materia: «Europa: realidad y aspiración históricas», en *Publicaciones de la Universidad de Murcia*. 1987; *España y Europa, un pasado jurídico común*. Actas del I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común (marzo 1985). Murcia, 1986; «El estudio de la Recepción del Derecho común en España», en *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho privado* (Bellaterra, 1985); cabe destacar, por otra parte, la creación del *Instituto de Derecho Común* en 1984 por el mismo Pérez Martín, centro desde el que se edita la *Revista de Historia del Derecho Europeo*, «Glossae».

boración doctrinal llevada a cabo por los juristas del derecho común, y sin tener en cuenta la historiografía moderna existente sobre la misma institución en otro país del entorno europeo? Por mucho análisis exhaustivo que se haga de las fuentes normativas y documentales del entorno territorial particular de que se trate, el resultado final es difícilmente satisfactorio si no se presta atención alguna al «primer sustrato jurídico común de toda Europa»¹⁶. Y esta reflexión metodológica o historiográfica, muy conocida ya por la doctrina, no sólo resulta fructífera a la hora de historiar el Derecho privado, el Procesal civil y el Administrativo –según el parecer de Arvizu¹⁷–, sino también el penal.

El correcto empleo de la perspectiva europea al analizar instituciones jurídicas que nacieron y se desarrollaron en este entorno cultural supranacional permite, además, distinguir con mayor claridad los rasgos comunes pertenecientes a la cultura jurídica europea de los aspectos propios y singulares –si es que los hay– pertenecientes al entorno «nacional»¹⁸.

Y es que la evolución que experimenta el Derecho penal en el entorno europeo –al igual que el Derecho privado, el público o el procesal–, presenta no casualmente muchos rasgos comunes que responden no sólo a la presencia de un *ius commune* de alcance europeo, sino también a otros comunes paralelismos culturales de orden histórico, político, filosófico-teológico, económico y social, sin los cuales, el derecho común tampoco hubiera logrado introducirse efectivamente en los distintos derechos nacionales.

Por otra parte, creo que la historiografía penal española debería introducirse en el estudio de ciertos aspectos de alcance «supranacional» ciertamente controvertidos en la actual historiografía europea, y que a todos atañe¹⁹. No nos extrañe luego comprobar que nuestra historiografía penal apenas resulte cono-

¹⁶ DE ARVIZU, Fernando: «Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo», *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo* 7 (1995), p. 166.

¹⁷ DE ARVIZU, «Ilusiones y realidades de la Historia del Derecho europeo», ob. cit., p. 164.

¹⁸ Una muestra concreta de los satisfactorios resultados que produce el empleo de esta perspectiva europea puede verse en el trabajo de LALINDE ABADÍA, JESÚS: «Perspectiva europea de la Monarquía Hispana», *AHDE* 58 (1988), pp. 205-276.

¹⁹ Así, por ejemplo, los orígenes del Derecho penal público en Europa ha sido objeto de un interesante proyecto de investigación llevado en Alemania desde 1993. Sugerentes artículos como el de HERMANN NEHLSSEN, «Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen», publicado en *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkollquium zum fünfundsiebzigsten Geburstag von Hans Thieme* (Sigmaringen, 1983), pp. 3-16, propiciaron una discusión de alcance europeo en torno a esta cuestión hasta el punto de emprender un proyecto de investigación. Los trabajos y comunicaciones presentados en los congresos organizados con este motivo, y que han tenido lugar a lo largo de estos años, son publicados en una colección que surgió precisamente con esa finalidad: *Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas. Symposien und Synthesen* (Böhlau Verlag). El primer volumen fue editado recientemente por WILLOWEIT, DIETMAR: *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*. Köln-Weimar-Wien, 1999.

²⁰ Una buena muestra de ello se refleja en el elenco bibliográfico por países recogido al final de la obra *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*, que acabamos de citar; o en el interesante volumen editado por Andres BLAVERT y Gerd SCHWERHOFF: *Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- and Kulturgeschichte der Vormoderne*. Konstanz, 2000.

cida –y por tanto citada– por los estudiosos de la tradición criminal de otros países europeos²⁰, pues en parte se debe precisamente a la escasa o nula contribución y presencia de la historiografía penal española en la discusión y análisis de problemas o planteamientos jurídico-penales de alcance europeo.

2.2 EL INFLUJO DE LAS CORRIENTES FILOSÓFICAS Y TEOLÓGICAS EN LA NORMATIVA PENAL

Es innegable que «las leyes penales son el reflejo de una determinada forma de entender la sociedad»²¹, y que logran reflejar mejor que cualquier otra parte del ordenamiento jurídico las ideas filosóficas y teológicas de una comunidad en cualquier etapa de su historia. También es cierto que «no es posible despojar a la justicia punitiva de sus fundamentos filosóficos y morales»²².

En este sentido, resulta indiscutible el influjo que han ejercido –y siguen ejerciendo– las corrientes filosóficas y teológicas imperantes en cada periodo histórico, realidad acorde con la pretendida armonía del Derecho penal «entre función punitiva y fin ético»²³. Adentrarse en el estudio de determinados aspectos del Derecho penal histórico sin referencia alguna a las ideas morales, filosóficas y teológicas que dan sentido y explican –al menos en parte– el contenido y el papel que jugaron algunas instituciones penales del Antiguo Régimen no resulta inusual entre los estudiosos. Tomás y Valiente, aunque niegue que los teólogos del Renacimiento «hicieran auténtica Ciencia jurídicopenal»²⁴, no eludió la tarea de estudiar algunas ideas sostenidas por teólogos que penetraron en el sistema penal de la Edad Moderna²⁵.

No es extraño, pues, que la doctrina canonista ejerciera un mayor influjo que la civilista en el Derecho penal bajomedieval y moderno, y que no pocos principios y categorías del Derecho penal europeo actual se deban –en parte– a las contribuciones y elaboraciones llevadas a cabo por lúcidos canonistas del *ius commune*²⁶.

²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a DOLORES: «Los límites del *ius puniendi*», *Anuario del Derecho Penal y de las Ciencias Penales (ADPCP)* 1994, III, p. 88.

²² COSTA, FAUSTO: *El delito y la pena en la historia de la filosofía* (traduc., prólogo y notas de M. Ruíz-Funes). Mexico, 1953, p. XIV.

²³ COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, ob. cit., p. X.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO: *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*. Edit. Tecnos. Madrid, 1969 (2.^a edición, 1992), p. 112.

²⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...* cit., pp. 85-112.

²⁶ MASFERRER, ANICETO: «Der Beitrag der Theologie und der kanonischen Wissenschaft zum modernen europäischen Strafrecht. Materialien und kurze Anmerkungen zum Studium». Este trabajo, en fase de publicación, fue redactado en mi estancia en el *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main), gracias a una beca que me concedió este mismo Instituto (mayo-agosto, 2000). Quiero agradecer a este Instituto esa generosa acogida, y también las oportunas sugerencias que me brindó el Prof. Dr. Peter Landau en mi breve estancia en la Universidad de München.

Es indiscutible que «una historia de los problemas fundamentales del Derecho penal no puede ser un relato de hechos ni un examen de las instituciones»²⁷. No es posible, por tanto, presentar un cuadro lógico y coherente del Derecho penal medieval y moderno sin recurrir a las ideas filosófico-teológicas y a las corrientes de pensamiento que constituyen la cuna en donde nacieron, y el ambiente ideológico en el que se desarrollaron las categorías penales del Antiguo Régimen. En esta línea, resultaría también inconcebible describir la reforma penal llevada a cabo en la etapa codificadora sin un análisis previo de las ideas de los principales pensadores ilustrados (Montesquieu, Bentham, Beccaria, Lardizábal, etc.)²⁸, que constituyeron el marco ideológico de la reforma penal acontecida en el periodo liberal.

2.3 EL DECISIVO PAPEL DEL PODER POLÍTICO EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA PENAL

De poco hubieran servido las ideas penales de corte ilustrado si no hubieran encontrado eco en el poder político que las hizo posible en el plano jurídico. Tanto es así que la efectiva reforma penal de la Ilustración se debió más al contexto y voluntad políticas de reforma que no al mero surgimiento de ideas renovadoras más o menos conformes con la nueva mentalidad de la época. No siempre, por tanto, en la historia «los hechos son los hijos de las ideas»²⁹, especialmente cuando éstas no logran sintonizar con los intereses políticos del momento. La estrecha relación entre Derecho penal y poder político exige al historiador no perder jamás de vista la situación política y la estructura de poder de la sociedad en cada momento histórico, si de verdad desea reconstruir un cuadro rigurosamente científico de la tradición penal, según ha puesto de manifiesto un prestigioso historiador del Derecho europeo³⁰.

La estrecha relación existente entre estos dos aspectos, esto es, el influjo del pensamiento filosófico-teológico del momento y el papel decisivo del poder político en la configuración del sistema penal, tiene importantes consecuencias en la investigación histórica del Derecho penal.

²⁷ COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, ob. cit., p. X.

²⁸ CATTANEO, MARIO A.: *Iluminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella germania del settecento*. Milano, 1993; ESCOBAR MARULANDA, J. GONZALO: *Revisión del planteamiento humanitarista de la doctrina penal sobre la Ilustración jurídico-penal española*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Barcelona, 1988; PRIETO SANCHÍS, LUIS: «La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio», *ADPCP* 3 (1985); un intento de ensayo práctico de esta idea puede verse en mi trabajo «La pena de infamia en la Codificación penal española», en *Ius fvgit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 7 (1998), pp. 123-176.

²⁹ COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, ob. cit., p. VI.

³⁰ R. C. VAN CAENEGEM: «Criminal Law in England and Flanders under King Henry II and Count Philip of Alsace», *Actes du Congrès de Naples (1980) de la société italienne d'Histoire du Droit. Studia Historica Gandensia* 253 (1982), p. 254: «The conclusion is that no study of criminal law, in the past or in the present, can be conducted fruitfully without constant reference to the political situation and the power structure in society: criminal law is not the fruit of logical deductions from eternal principles formulated by unwordly scholars.»

La primera consecuencia se refiere a la necesaria distinción que debe hacerse en toda investigación iushistórico-penal entre la normativa penal emanada del poder político (monarca, cortes, etc.) y la doctrina jurídico-penal elaborada por los juristas formados en el *ius commune*. Esta distinción no parece ser tenida demasiado en cuenta por cierto sector de la historiografía penal española, y no será porque no se haya insistido –recogiendo el parecer de otros autores³¹– en «la necesidad de distinguir en nuestra tradición penal entre legislación y elaboración doctrinal, al constatar que no pocas veces aquélla hacía caso omiso de lo que ésta le ofrecía, prefiriendo atender otros intereses de orden político, nada acordes con los dictados de la ciencia canónica o secular del momento»³².

En este sentido, y más en concreto, Tomás y Valiente ya señaló acertadamente que la legislación penal histórica de Castilla no respetaba la proporcionalidad de las penas postulada por la doctrina secular y canónica³³. El uso instrumentalizado de la legislación penal que llevaron a cabo los monarcas absolutos castellanos por razones políticas exige un análisis exhaustivo de la doctrina jurídica castellana para no dar una visión insuficiente y deformada de la tradición criminal castellana. Y viceversa. El estudio de las aportaciones jurídico-penales de los juristas castellanos exige, como complemento necesario, observar su adecuación o no a la realidad normativa.

La necesaria reflexión entre el influjo del pensamiento filosófico-teológico del momento –que suele aparecer reflejado de un modo especial en la doctrina jurídica del *ius commune*–, y el papel decisivo del poder político en la configuración del sistema penal –recogido en la legislación, especialmente en la real–, aporta otra importante consecuencia para el quehacer investigador del historiador del Derecho penal, en relación al método dogmático, que últimamente ha ocupado la atención de algún estudioso³⁴.

Lamenta Otero que la reiterada insistencia con la que algunos estudiosos afirman que la dogmática actual no debe aplicarse a la reconstrucción del Derecho criminal en el pasado, logre a duras penas luego tener efecto alguno en la práctica concreta de su quehacer investigador³⁵. Compartimos el parecer de este autor respecto a la conveniencia del correcto empleo de la metodología dogmática para el estudio de las categorías de nuestra tradición criminal³⁶, sin

³¹ HINOJOSA, «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», *Obras*, I. Madrid, 1948, p. 176; también en Francia se ha detectado este aspecto en su tradición penal, según se desprende del trabajo de GAUVARD, CLAUDE: «De la difficulté d'appliquer les principes théoriques du droit pénal en France à la fin du Moyen Age», en *Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems*. Köln-Weimar-Wien, 1999, pp. 91-113; el mismo CUELLO CALÓN, EUGENIO, en *Derecho penal*. Tomo I. Parte general. Barcelona, 1937, p. 67, sostiene también por este motivo la insuficiencia de las fuentes normativas para el estudio del Derecho penal antiguo.

³² MASFERRER, «Der Beitrag der Theologie und der kanonischen Wissenschaft zum modernen europäischen Strafrecht. Materialien und kurze Anmerkungen zum Studium» (ver nota 26).

³³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit., p. 359.

³⁴ OTERO VARELA, «Historia del Derecho criminal en Compostela», ob. cit., pp. 164-166.

³⁵ *Ibidem*, p. 164.

³⁶ *Ibidem*, pp. 164-165.

que esto nos lleve a «hacer preguntas al pasado sobre problemas actuales que no conoció»³⁷. Ciertas dudas me suscita la afirmación –reiterada de modo insistente e incansable³⁸– de que no se puede hablar de circunstancias del delito, pues, a su juicio, «en el pasado no existen circunstancias tal y como se conciben en la actualidad, y es incorrecto incluso hablar de precedentes»³⁹.

En este sentido, resultan acertadas buena parte de las afirmaciones de Montanos al estudiar esta materia⁴⁰. Nos parece cierta tal inexistencia de circunstancias del delito en nuestra tradición jurídico-penal, entendidas éstas como lo fueron en el periodo codificador, pero nos resulta un tanto excesivo el reputar como «incorrecto incluso hablar de precedentes» de tales circunstancias, discrepando así del parecer común reflejado en buena parte de la historiografía española⁴¹ y europea⁴² al respecto.

En este sentido, y volviendo a la importancia de contrastar fuentes normativas con doctrinales, algunos autores están empeñados en introducir ciertas rigideces terminológicas, sin las cuales, parece como si no se pudiera historiar la tradición penal o criminal. He aquí la primera y la más importante: la distinción romana entre *delicta* y *crimina*, que, según el parecer de algún estudioso⁴³, en contra del proceder habitual de la mayoría⁴⁴, no permite hablar bajo ningún

³⁷ *Ibidem*, p. 158.

³⁸ OTERO VARELA, «Historia del Derecho criminal en Compostela», ob. cit., pp. 156, 157 y 159.

³⁹ *Ibidem*, p. 159.

⁴⁰ MONTANOS, EMMA: «La inexistencia de circunstancias agravantes en el Derecho histórico», en *Estudios de Historia del Derecho criminal* (E. MONTANOS / J. SÁNCHEZ-ARCILLA). Madrid, 1990.

⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, p. 331 ss.; GACTO, ENRIQUE: «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición», en *Estudios penales y criminológicos* 15 (1992); SERRA RUIZ, Rafael: «Finalidad de la pena en la legislación de Partidas», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia* 21 (1962-63), p. 216; MINGUIJÓN, *Historia del Derecho español. Derecho penal*. Zaragoza, 1926, pp. 65-66; compartimos en este punto el parecer de ORTEGO GIL: «La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal en la Edad Moderna», en *La Historia de la Filosofía Jurídica Española* (Puy Muñoz y Rus Rufina, editores), Santiago, 1998, según el cual hay que distinguir y tener en cuenta tanto las fuentes normativas como las doctrinales (pp. 87 ss.), principio fundamental para el correcto enfoque y selección de esta cuestión.

⁴² KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*. Città del Vaticano, 1935; LANDAU, PETER: «Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien», en *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien* (Heraus. von H. Scholler). Baden, 1996, p. 36; ver a este respecto el interesante trabajo de Michel PORRET: *Le Crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Génova*. Génova, 1995.

⁴³ OTERO VARELA, «Historia del Derecho criminal en Compostela», ob. cit., p. 141, parecer que influye en el de otros autores como E. MONTANOS y J. SÁNCHEZ-ARCILLA, *Estudios de Historia del Derecho criminal*. Madrid, 1990; ESTRADA RIUS, «L'ordenament jurídico-criminal en els Costums d'Orta», ob. cit., pp. 283-303; TATJER PRAT, «El dret Criminal en els Costums de Miravet», en *Actos de las Jornadas sobre las Costums...* cit. nota 5, entre otros.

⁴⁴ Destacamos, entre otros, autores como HINOJOSA, 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*. Madrid, 1890; BROCA, G.M.: «Autores catalanes que antes del siglo XVIII se ocuparon del Derecho penal y procedimiento criminal», *Revista Jurídica Catalana*, 1901, pp. 129-159; LÓPEZ-AMO, ÁNGEL: «El derecho penal español de la Baja Edad Media», 26 (1956), pp. 337-367; MARTÍNEZ GIJÓN, JOSÉ: «La menor edad en el Derecho penal cas-

concepto de historia del derecho «penal», sino «criminal», pues en caso contrario, quien no emplea tal expresión denota ya de entrada un desconocimiento absoluto de estas categorías romanas, que a partir del siglo XII empezaron a introducirse en los distintos «derechos nacionales» europeos.

Esta pretensión terminológica, coherente y conforme a la metodología histórico-crítica, resulta en un principio confirmada si el estudioso emplea sólo fuentes jurídico-doctrinales al historiar «la perturbación del orden fundamental» (en expresión de Lalinde –evitamos así utilizar ahora los términos «penal» o «criminal»–). Pero se desvanece, y en ocasiones desaparece completamente, al analizar un buen número de fuentes normativas o documentales, según nosotros mismos hemos tenido ocasión de comprobar al estudiar la pena de infamia en el Derecho histórico español⁴⁵ y otras cuestiones relativas a la tradición penal o criminal peninsular⁴⁶.

Si muchas fuentes normativas de los reinos hispanos, tanto de ámbito general como municipal, no distinguen entre delitos, crímenes, maleficios, etc., no entiendo por qué razón hay que hablar luego necesariamente de Derecho «criminal», y no de Derecho «penal», máxime si se tiene en cuenta el importante papel que jugó el aspecto punitivo en el Derecho penal del Antiguo Régimen en España, y también en la tradición europea. Si las únicas fuentes manejables para el conocimiento del Derecho penal histórico fueran las doctrinales, en ese caso posiblemente sería preferible utilizar el término «criminal». Es más: sólo si se tratara de estudiar una institución penal (o criminal) sobre la base exclusiva de las fuentes doctrinales, sería preferible emplear la terminología que tales fuentes recogen, como muy bien hizo Gacto al estudiar las circunstancias atenuantes en la responsabilidad «criminal» –y no la «penal»– en la doctrina jurídica de la Inquisición⁴⁷.

tellano-leonés anterior a la Codificación», en *L' enfant. Recueils de la société Jean Bodin pour l' Histoire comparative des institutions*, 38 (1977), pp. 71-92; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, ob. cit.; ALONSO ROMERO, *El Proceso penal en Castilla (ss. XIII-XVIII)*. Salamanca, 1982; GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE: «Aproximación a la Historia del derecho penal español», publicado por la revista *Per la storia pensiero giuridico moderno* 34/35. *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*. Milano, 1990. Tomo I, pp. 501-530; DE LAS HERAS SANTOS, JOSÉ L.: *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. Salamanca, 1991; GARCÍA MARÍN, JOSÉ MARÍA: «Magia e inquisición: Derecho penal y proceso inquisitorial en el siglo XVII», en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*. Madrid, 1989, pp. 205-275; HERRERO HERRERO, CÉSAR: *La Justicia Penal española en la crisis del Poder Absoluto*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1989; PLANAS ROSSELLÓ, ANTONIO: *El Proceso penal en el Reino de Mallorca*. Palma de Mallorca, 1998; FERRO, VÍCTOR: *El Dret Públic Català. Les institucions a Catalunya fins al Decret de Nova Planta*. Vic, 1987; del mismo autor: «Els drets processal i penal a Catalunya abans del Decret de Nova Planta», en *Història del Dret català*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2000; MASFERRER, «La influència dels Usatges de Barcelona en l'ordenament juridicopenal dels municipis de la Catalunya Nova (notes per a un estudi)», ob. cit., nota 6.

⁴⁵ MASFERRER, ANICETO: *La pena de infamia en Cataluña y Castilla. Una aproximación a las fuentes normativas y doctrinales bajomedievales y modernas*. Universitat de Girona (edición en microficha), 2000, 647 páginas, recientemente publicado bajo el título *La pena de infamia en el Derecho histórico español*, citado en nota 7.

⁴⁶ MASFERRER, «La pena de infamia en las Costumbres de Horta (1296)», ob. cit., pp. 329-342; del mismo autor: «La influència dels Usatges de Barcelona en l'ordenament juridicopenal dels municipis de la Catalunya Nova (notes per a un estudi)», ob. cit., p. 813, nota 17.

⁴⁷ GACTO, «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en la doctrina jurídica de la Inquisición», ob. cit., nota 41.

También resulta elocuente que Beccaria pusiera por título a su obra «De los delitos y de las penas» (1764), y no «De los crímenes y su punición», pues posiblemente lo hizo con el propósito de recoger la expresión comúnmente utilizada por la sociedad y el poder político.

Una mirada en la historiografía del entorno europeo revela el poco interés que esta cuestión terminológica ha suscitado entre los estudiosos de la tradición penal o criminal, y de hecho, muchos de ellos emplean indistintamente ambas expresiones sin temor alguno a ser vistos como «ignorantes» de las categorías romanas más elementales.

En Alemania, por ejemplo, la doctrina iushistórica apenas utiliza el término «Derecho criminal» («Kriminalrecht») ⁴⁸, sino que emplea la expresión «Derecho penal» («Strafrecht») ⁴⁹, acentuando, pues, el aspecto punitivo.

En Francia, los estudiosos también emplean ambas expresiones, si bien parecen inclinarse por el término «penal» ⁵⁰.

2.4 EL ARBITRIO JUDICIAL COMO EJE CENTRAL O ELEMENTO FLEXIBILIZADOR DEL DERECHO PENAL HISTÓRICO

Por último queríamos añadir que resulta desconcertante la falta de atención que los estudiosos del Derecho penal hemos prestado al arbitrio judicial, instituto que, según nuestro modo de ver, jugó un papel de primer orden en el sistema penal anterior a la Codificación, no sólo en nuestra Península sino también en el ámbito europeo. Sin embargo, no sólo son escasos los trabajos que hayan abordado de un modo específico esta cuestión ⁵¹, sino que también resul-

⁴⁸ RAU, FERDINAND: *Beiträge zum Kriminalrecht der Freien Reichsstadt Frankfurt a. Main im Mittelalter bis 1532*. Postdam, 1916.

⁴⁹ KORSCH, HANS-PETER: *Das Materielle Strafrecht der Stadt Köln vom Ausgang des Mittelalters bis in die Neuzeit*. Köln, 1958; dos obras recién publicadas confirman esta tendencia en la actualidad, a saber, HEIN, OLIVER: *Vom Rohen zu Hohen. Öffentliches Strafrecht im Spiegel der Strafrechtsgeschichtsschreibung des 19. Jahrhunderts*. Böhlau Verlag. Köln-Weimer-Wien, 2000; STÜBINGER, STEPHAN: *Schuld, Strafrecht und Geschichte. Die Entstehung der Schuldzurechnung in der deutschen Strafrechtshistorie*. Böhlau Verlag. Köln-Weimer-Wien, 2000.

⁵⁰ CHARLES, RAYMOND: *Histoire du Droit Pénal*. Paris, 1955; LAINGUI, A., et LEBIGRE, A.: *Histoire du droit pénal*. Paris, 1979; GOURON, ANDRÉ: «Zu den Ursprüngen des Strafrechts: die ersten Strafrechtstraktate», en *Etudes sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales*. London, 1987, pp. 43-57; CARBASSE, JEAN-MARIE: *Introduction historique au droit pénal*. Paris, 1990; PRADEL, JEAN: *Histoire des doctrines pénales*. Paris, 1991; LAINGUI, ANDRÉ: *Histoire du droit pénal*. Paris, 1993; JEANCLOS, YVES: *La législation pénale de la France du XVIe au XIXe siècle*. Paris, 1996; lógicamente, se utiliza la expresión criminal cuando la investigación se centra en la criminalidad desde una perspectiva histórico-social, según atestiguan las obras de GARNOT, BENOÎT: «L'évolution récente de l'Histoire de la criminalité en France à l'époque moderne», *Histoire de la Justice* 11 (1998), pp. 225-243; y del mismo autor: «Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime», *Crime, Histoire et Sociétés* 2000, vol. 4, n. 1, pp. 103-120.

⁵¹ La historiografía francesa es la que ha prestado mayor atención hasta el momento a la cuestión del arbitrio judicial, según atestiguan las obras de SCHNAPPER, BERNARD: «Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (doctrines savantes et usages français)», *RHD*, 41 (1973), pp. 237-277 et 42 (1974), pp. 81-112, reedit. Paris, 1974; DURAND, BERNARD: *Arbitraire du juge et con-*

tan insuficientes las referencias a la misma recogidas en otros estudios de Derecho penal histórico. Y a nuestro juicio, este mutismo historiográfico no parece responder ni reflejar la importante función que ejerció en la práctica la relativamente amplia facultad discrecional que poseía el juez al enjuiciar en concreto un crimen o maleficio cualquiera.

Ciertamente, la ausencia de trabajos que hayan abordado esta cuestión por una parte, y en ocasiones la falta de documentos de aplicación por otra, dificultan al estudioso el análisis del impacto que ejerció el arbitrio judicial en la efectiva administración de la justicia criminal en general o en relación a su instituto penal objeto de estudio. La consecuencia de tal olvido no es banal, sino que tiene como resultado la exposición de un Derecho penal histórico, en cualquiera de sus aspectos más en concreto, excesivamente rígido, paradójico, deformado y poco acorde con la realidad histórica.

Entre nosotros, Tomás y Valiente recogió algunas referencias doctrinales sobre el arbitrio judicial en la monarquía castellana⁵², pero no todo lo señalado por este autor en un marco de poder absolutista resulta válido para otros territorios peninsulares como los pertenecientes a la Corona de Aragón, en donde el sistema político pactista confirió muy probablemente al arbitrio judicial unos rasgos propios. Así, por ejemplo, no parecen demasiado aplicables al Derecho catalán las afirmaciones, según las cuales la razón explicativa del arbitrio judicial se encuentre «en la concepción acumulativa del poder del rey», o que «los reyes eran capaces de utilizar a los jueces como instrumentos políticos»⁵³, doctrinas más acordes con las amplias facultades del monarca absoluto castellano que con el régimen pactista catalán.

Quizá podría argüirse que el análisis de tal principio corresponde más a la historia del Derecho criminal procesal que no al sustantivo, pero tampoco parece que historiografía procesal haya querido ocuparse de tal instituto, ya sea omitiendo referencia alguna al respecto⁵⁴ o bien marginando de entrada el tema afirmando que «el estudio de las penas arbitrarias no es de mi incumbencia»⁵⁵.

No pretendo manifestar tan sólo la relativa urgencia de un estudio detenido que analice el importante papel del *arbitrium iudicis* como eje central o –por lo menos– como elemento flexibilizador del Derecho penal histórico*, sino también la necesidad de introducir el análisis de este instituto al historiar distintas cate-

suetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle. Montpellier, 1993; LESNE-FERRET, MAÏTÉ: «Arbitraire des peines et droit coutumier dans le midi de la France: le cas de Montpellier», *Studi di Storia del diritto* I. Milano, 1996, pp. 27-45; PORRET, Michel: *Le Crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Gênes*, Paris, 1995.

⁵² TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...cit.*, pp. 374-380.

⁵³ *Ibidem*, p. 375.

⁵⁴ PLANAS ROSSELLÓ, *El Proceso penal en el Reino de Mallorca*, ob. cit., nota 44.

⁵⁵ ALONSO ROMERO, *El Proceso penal en Castilla... cit.*, p. 261.

* Algunas aportaciones más recientes sobre este punto pueden verse en los trabajos de ORTEGO GIL, Pedro: «La literatura jurídica como fundamenta en la aplicación práctica de la ley penal en la Edad Moderna», en PUY MUÑOZ, F. y RUS RUFINO, S.: *La Historia de la Filosofía Jurídica Española*. Santiago, 1998, pp. 75-108; «El Fiscal de S. M. pide se supla a mayores penas. Defensa de la Justicia y arbitrio judicial», en *Initium* 5(2000), pp. 239-254; «La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII)», todavía en fase de publicación.

rías (sobre aspectos, por ejemplo, de «Parte general», crímenes o penas concretas) del Derecho penal histórico, pues sólo así puede obtenerse una reconstrucción más cercana y fiel del verdadero alcance que pudo tener el instituto objeto de estudio en la tradición penal de una comunidad concreta. Descuidar el arbitrio judicial al historiar un crimen o delito concreto, y no digamos ya una pena cualquiera⁵⁶, impide a nuestro juicio una descripción y reconstrucción del instituto penal acorde con el verdadero alcance que éste tuvo en su periodo de vigencia.

El problema no radica en la opción por el empleo de una metodología de corte histórico-crítico o dogmático, ni de rigideces terminológicas que en ocasiones ni la totalidad de las mismas fuentes conceden valor alguno.

Resumiendo, pues, las reflexiones realizadas hasta el momento, sostenemos que una investigación iushistórico-penal que, al tratar una institución de alcance europeo, no tome por una parte en consideración la historiografía jurídica europea ni tenga en cuenta —si es el caso— las elaboraciones llevadas a cabo por los juristas del *ius commune*; y, por otra parte, no preste suficiente atención tanto al influjo de las corrientes filosóficas y teológicas como al decisivo papel del poder político en la configuración del sistema penal, omitiendo no sólo referencia alguna al frecuente carácter complementario entre fuentes normativas y doctrinales, sino también al relevante papel del arbitrio judicial como eje central o elemento flexibilizador del Derecho penal histórico, difícilmente podrá llegar a conclusiones rigurosas y conformes con la realidad efectivamente acontecida. He ahí el motivo de numerosas contradicciones, paradojas e insuficiencias del Derecho penal histórico recogido por nuestra historiografía jurídica.

Así, por ejemplo, si se desea analizar la pena de galeras en la tradición jurídica castellana a partir del siglo XV no conviene, a nuestro entender, introducirse directa e inmediatamente en las fuentes castellanas sin un planteamiento previo de alcance más amplio como es el europeo, no vaya a pensarse que este castigo, o bien sólo se dio en Castilla —lo que sucede raras veces—, o bien que sus rasgos fueron tan genuinos que resultan inútiles las aportaciones científicas que haya podido realizar la historiografía europea, en cuyo caso también habría que recurrir a ellas para demostrar tal afirmación. Además, si de un instituto del *ius commune* se tratara, y la historiografía no se hubiera ocupado de él, habría que adentrarse también mínimamente en su estudio. Llegados a este punto, sí podríamos introducirnos en las fuentes normativas y doctrinales castellanas.

El análisis de estas dos clases de fuentes no ofrece posiblemente de entrada un esquema claro y completo del régimen jurídico del instituto, sino un cuadro más bien complejo, parcial y contradictorio en ciertos aspectos.

El análisis de las corrientes de pensamiento filosófico-teológico imperantes en la vida social y política del momento por una parte, y el estudio de la coyuntura política por otra puede aproximarnos un poco más al sentido y función que

⁵⁶ Una buena muestra de la relevancia del arbitrio judicial en la configuración y reconstrucción de una pena concreta en nuestro Derecho histórico puede verse en el trabajo de PINO ABAD, MIGUEL: *La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español*. Universidad de Córdoba, 1999; otra muestra concreta lo constituye mi trabajo *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* citado en nota 7.

tuvo la pena de galeras, que como se sabe⁵⁷, satisfizo necesidades de orden político, especialmente en los siglos XVI y XVII. No es extraño, pues, que el arbitrio judicial jugara en esa etapa –y respecto a la imposición de esta pena– un papel desmesurado, nada acorde con la mayoría de las aportaciones doctrinales realizadas por los juristas del *ius commune*. El estudio de las fuentes documentales –si las hubiese–, al reflejar algunos extremos no suficientemente probados, y resolver ciertas contradicciones procedentes de las fuentes normativas y doctrinales, contribuye en último término a clarificar ciertos aspectos (vigencia efectiva de la norma, el papel del arbitrio judicial, el influjo de la doctrina jurídica, el grado de instrumentalización política del delito o la pena en cuestión, etc.).

3. LA FUNCIÓN EJEMPLARIZANTE Y MORALIZADORA DEL DERECHO PENAL MUNICIPAL CATALÁN

3.1 DERECHO PENAL MUNICIPAL Y TRADICIÓN JURÍDICA CRISTIANA EN EUROPA

Al principio de este trabajo nos referíamos a los múltiples aspectos sin resolver sobre la tradición penal municipal en Cataluña, al ofrecer en ocasiones nuestras fuentes consuetudinarias un cuadro poco lógico y no carente de contradicciones. Quizá no resulten desacertadas del todo algunas afirmaciones que sostienen la falta absoluta de rigor y firmeza de las contrucciones jurídicas elaboradas sobre la base de una fuente –*Costum*– que nos ha transmitido la escuela, y que requeriría en primer lugar ser de nuevo revisada. Aunque no descartamos la posible conveniencia de tal revisión textual, a nuestro juicio, cierta falta de lógica o la existencia de aspectos contradictorios en materia penal contenidos en estos textos no deben ser atribuidos a la incompleta y defectuosa transmisión textual, sino a la ausencia de otras fuentes que nos permitan contrastar la información recogida por las *Costums*, y a los escasos recursos metodológicos –a los que acabamos de aludir–, con los que el estudioso pretende a menudo historiar y presentar cualquier aspecto de nuestra tradición penal.

La falta de lógica puede responder en ocasiones a nuestro modo de juzgar y ver las cosas, distinta a cómo la sociedad que pretendemos historiar las juzgó y vio. Por otra parte, no resultaría serio concluir rápidamente con tales antagonismos afirmando que el municipio catalán medieval y moderno dispuso de un sistema penal ilógico, carente de sentido, cuando la ambiciosa empresa de todo historiador del Derecho consiste, entre otras cosas, precisamente en descubrir aquellos elementos, factores o aspectos de todo género que cohesionan y dan

⁵⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta...* cit., pp. 390-391; DE LAS HERAS SANTOS, *La Justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, ob. cit., pp. 304-316; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «La pena de galeras en la España Moderna», *Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Antón Oneca*. Salamanca, 1982; ALEJANDRE GARCÍA, J. A.: «La función penitenciaria de las galeras», *Historia 16*. Extra VII (octubre 1978).

sentido y buena lógica –aunque no sea la nuestra– a las normas jurídicas que rigieron la sociedad en un momento histórico concreto.

Un aspecto clave, a mi modo de ver, para llegar a comprender cómo es posible que un texto consuetudinario redactado en el siglo XIII pudiera mantenerse vigente y regir la vida jurídica de los habitantes del siglo XVIII por ejemplo, lo constituye el orden de prelación de fuentes recogido en cada *Costum*, mediante el cual, y gracias al arbitrio judicial al que nos hemos referido anteriormente, se dio entrada no sólo a la normativa general catalana, sino sobre todo al *ius commune*, cuyo prestigio fue aumentando con el pasar de los siglos bajomedievales y modernos. El orden de prelación de fuentes y el arbitrio judicial, al permitir la entrada del *ius commune*, confirieron al Derecho municipal no sólo una vía de continua renovación del propio ordenamiento jurídico local, sino también un grado de flexibilidad en su concreta aplicación, hasta el punto de resultar superflua e innecesaria la renovación o reforma del texto municipal consuetudinario. *Ius commune* y arbitrio judicial resultaban, pues, más que suficientes para flexibilizar y adaptar el propio texto a las nuevas necesidades y circunstancias.

Otro aspecto de importancia primordial para comprender las normas penales recogidas por las *Costums* de los municipios catalanes es la función ejemplarizante que cumplió el Derecho penal del Antiguo Régimen. Ya hemos aludido al error más o menos frecuente de concebir los textos de Derecho local como fuentes jurídicas de contenido fundamentalmente genuino y propio de cada comunidad. Las familias de fueros y costumbres, las influencias comunes de otros textos –como los Usatges, por ejemplo–, el fondo consuetudinario común –de origen germánico, pre-romano, romano y visigodo–, y el surgimiento de un Derecho común europeo a finales del siglo XI que se introdujo progresivamente a partir del XII en nuestro territorio peninsular son algunos de los factores que explican el enorme parecido que presenta el contenido normativo de esta fuente en el Principado catalán.

Sin embargo, otros aspectos propios de esta fuente municipal exceden no sólo el marco catalán sino también el peninsular. Este sería el caso de la función ejemplarizante y moralizadora que cumplió en Europa el Derecho penal en el periodo medieval y moderno.

La historiografía jurídica europea antigua y moderna, al ocuparse del surgimiento y evolución del fenómeno consuetudinario en el periodo medieval y moderno⁵⁸, también se ha centrado en el aspecto penal⁵⁹, y más en concreto, en el sentido ejemplarizante y moralizador de su contenido normativo⁶⁰.

⁵⁸ H. KRAUSE: «Gewohnheitsrecht», *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, I. Band, Berlin, 1971, pp. 1675-1684; GOURON, ANDRÉ: *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*. Great Britain, 1993; DIESTELKAMP, BERNHARD: «Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert –aufgezeigt am Beispiel der Oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572», *Recht und Gericht im Heiligen Römischen Reich. Ius Commune. Sonderhefte. Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte* 122 (1999), pp. 443-479; BÜHLER, THEODOR: «Zum Gewohnheitsrechtsbegriff im Mittelalter nach schweizerischen Quellen», *Nit anders denn liebs und guets* (Hrg. C. Schott und C. Soliva), Jan Thorbecke Verlag Sigmaringen, 1986, pp. 19-29; DONALD R. KELLEY: «Second Nature»: The Idea of Custom in European Law, Society, and Culture», *The Writing of History and the Study of Law*. Great Britain, 1997, pp. 131-172; BOULET-SAUTEL, MARGUERITE: «Coutume et convention à la fin du XIV siècle», «*Houd Voet Bij Stuk*» (edit. F.

Si la noción de paz constituyó el centro alrededor del cual giró el Derecho penal medieval –no sólo en el territorio peninsular⁶¹, sino también en Europa⁶²–, no menor protagonismo cabe conceder al concepto de honor, que –como se sabe–, además de resultar lesionado por la comisión de ciertas conductas delictivas, la imposición de determinados castigos de muy diversa clase también sustraía el honor y la fama al delincuente⁶³. Entre las múltiples formas concretas de irrogar el deshonor al delincuente resultaba frecuente la aplicación de un proceso de ejecución público y deshonoroso, del que incluso se hacen eco el arte y la pintura⁶⁴. En realidad, resultaban escasas las penas que no irro-

Stevens/D. Van den Auweele), Leuven, 1990, pp. 425-430; R. C. VAN CAENEGEM: «Considerations on the Customary Law of Twelfth-Century Flanders», *Law, History, the Low countries and Europe*. London, 1994, pp. 97-106; KARL TAGÁNYI: *Lebende Rechtsgewohnheiten und ihre Sammlung in Ungarn*. Berlin und Leipzig, 1922; BRIE, SIEGFRIED: *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*. Breslau, 1899, entre otros.

⁵⁹ LESNE-FERRET, MAÏTÉ: «Arbitraire des peines et droit coutumier dans le midi de la France: le cas de Montpellier», *Studi di Storia del diritto* I. Milano, 1996, pp. 27-45; DURAND, Bernard: *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle*. Montpellier, 1993; SCHNAPPER, BERNARD: «Le naufrage du droit pénal coutumier», *Voies nouvelles en Histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XIVème-XXème siècles)*. Paris, 1991, pp. 177-185; GEORGE MACKENZIE: *The Laws and customs of Scotland, in mattres criminal*. Edinburgh, 1699;

⁶⁰ WADLE, ELMAR: «Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens», *Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter* (Hrg. J. Fried), Jan Thorbecke Verlag Sigmaringen, 1996, pp. 229-247; OTIS-COUR, L.: «Lo pecat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers à la fin du moyen age», *Studi di Storia del diritto* I. Milano, 1996, pp. 335-366; HOLZHAUER, HEINZ: «Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter», *Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung* (Hrg. S. Buchholz/P. Mikat/D. Werkmüller). Paderborn-München-Wien-Zürich, 1993, pp. 179-192.

⁶¹ ORLANDIS, JOSÉ: «La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media», *AHDE* 15 (1944), pp. 107-161; GIBERT, RAFAEL: «La paz del camino en el Derecho medieval español», *AHDE* 27-28 (1957-58), pp. 831-852.

⁶² Sobre esta cuestión, ver las aportaciones de distintos autores recogida en la obra que lleva por título *Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter* (Hrg. J. Fried). Verlag Sigmaringen, 1996.

⁶³ Sobre esta cuestión, ver los trabajos de R. SCHEYHING: «Ehre», *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, I. Band, Berlin, 1971, pp. 845-849; SCHWERHOFF, GERD: «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», *Mit den Waffen der Justiz. Zur Kriminalitätsgeschichte des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit*. Frankfurt, 1993, pp. 158-188; MÜLLER-BURGHERR, THOMAS: *Die Ehrverletzung. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts der deutschen und rätomanischen Schweiz von 1252-1798*. Zürich, 1987; BEIGNIER, BERNARD: *L'honneur et le droit*. Paris, 1995; PÉREZ MARTÍN, ANTONIO: «La protección del honor y la fama en el derecho histórico español», en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 11, 1991, pp. 117-156; MASFERRER, *La pena de infamia en el Derecho histórico español...* citado en nota 7; un poco más antigua es la obra de SERRA RUIZ, RAFAEL: *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*. Murcia, 1969.

⁶⁴ SAINT-DENIS, ALAIN: «L'expiation publique des grands et des notables dans les villes du nord de la France aux XIIe et XIIIe siècles», *Ordre moral et délinquance de l'antiquité aux XXe siècle. Actes du colloque de Dijon 7 et 8 octobre 1993* (Dir. B. Garnot). Bourgogne, 1994, pp. 383-390; ORTALLI, GHERARDO: *La pittura infamante nei secoli XIII-XVI*. Roma, 1979; CASSAGNES-BROUQUET, SOPHIE: «Punir l'image. Peintures infamantes et exécutions d'effigies en France et en Italie à la fin du moyen âge», *Ordre moral et délinquance de l'antiquité aux XXe siècle. Actes du colloque de Dijon 7 et 8 octobre 1993* (Dir. B. Garnot). Bourgogne, 1994, pp. 391-399.

garan una cierta deshonra al condenado. Según pone de manifiesto una autora alemana, también el desterrado veía a menudo mermada su honra para el resto de sus días⁶⁵.

El alcance europeo de estas penas resulta, pues, incuestionable. Tampoco parecen controvertidos otros aspectos propios de la tradición jurídico-penal europea como, por ejemplo, la regulación y castigo de algunos delitos contra la moral y el matrimonio. En este sentido, la función moralizadora y ejemplarizante de nuestra tradición penal, aun siendo aspectos distintos, explican y dan sentido tanto a la regulación de tal género de delitos como a la imposición de ciertos castigos, cuya finalidad responde a razones de índole penitencial y catequético, pues tal sistema penal —como se sabe—, hunde sus raíces en una concepción teocéntrica y cristiana del hombre, propia de la sociedad europea medieval y moderna.

No parece suficientemente analizado el poderoso influjo que ejerció el pensamiento teológico-cristiano en la tradición penal europea, y en consecuencia, resulta aún un tanto superficial nuestro conocimiento sobre el verdadero alcance de tal influencia. Hinojosa ya señaló que las doctrinas de la mayoría de los teólogos en materia penal «están calcadas en lo esencial» de santo Tomás de Aquino⁶⁶, doctrina penal de cuyo autor apenas se ha ocupado la doctrina ius-histórica⁶⁷, y menos la de quienes le sucedieron en el tiempo, esto es, la correspondiente a la denominada segunda escolástica (Francisco Suárez, Domingo de Soto, Francisco de Vitoria, etc.).

De lo que no cabe la menor duda —y así lo refleja la actual historiografía europea—⁶⁸, es el enorme parecido existente entre distintas localidades o municipios europeos en lo que concierne, tanto a la regulación de determinados delitos o crímenes como a la imposición de ciertos castigos de naturaleza humillante, lo que demuestra no sólo rasgos comunes de tipo social, político y económico en el municipio europeo⁶⁹, sino también de corte filosófico-teológico cristiano. No en vano se ha hablado de las raíces cristianas de Europa⁷⁰.

Si este fondo común europeo despliega también sus efectos en el campo jurídico, y más en concreto, en la tradición penal municipal, en este último apartado nos proponemos resaltar la regulación de ciertas conductas delictivas

⁶⁵ SCHNABEL-SCHÜLE, HELGA: «Die Strafe des Landesverweises in der Frühen Neuzeit», *Ausweisung und Deportation. Formen der Zwangsmigration in der Geschichte* (Hrg. A. Gestrich/G. Hirschfeld/H. Sonnabend). Stuttgart, 1995, pp. 73-82.

⁶⁶ HINOJOSA, *Influencia que tuvieron en el Derecho Público de su Patria y singularmente en el Derecho Penal...* cit., p. 152.

⁶⁷ LAINGUI, ANDRÉ: «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», «*Houd Voet Bij Stuk*» (edit. F. Stevens/D. Van den Auweele), Leuven, 1990, pp. 481-502; HEUWOLD, HENNER: *Thomas von Aquino und die Grundfragen des Strafrechts*. Hamburg, 1937.

⁶⁸ HAGEMANN, Hans-Rudolf: *Basler Rechtsleben im Mittelalter*. Basel-Frankfurt am Main, 1981.

⁶⁹ Resulta sugerente en este sentido la lectura de los trabajos de NICHOLAS, DAVID: *The Later Medieval City 1300-1500*. London and New York, 1997; FRIEDRICH, CHRISTOPHER R.: *The Early Modern City 1450-1750*. London and New York, 1995.

⁷⁰ SUÁREZ, LUIS: *Raíces cristianas de Europa*. Madrid, 1986.

relacionadas con los valores morales cristianos y en la imposición de castigos humillantes, pues ambos aspectos responden, a nuestro entender, y por el influjo del pensamiento cristiano, al sentido ejemplarizante que tuvo el Derecho penal europeo hasta el siglo XVIII. Para ello, vamos a manejar algunos textos municipales catalanes⁷¹, introduciendo también referencias al Derecho penal de otros municipios europeos.

3.2 DELITOS Y CONTENIDO MORALIZANTE DEL DERECHO PENAL

Respecto a las conductas delictivas, cabe señalar en primer lugar la escasa acogida que tuvieron los delitos contra la moral y el matrimonio en las *Costums* catalanas en comparación con otras fuentes normativas municipales europeas, según refleja la historiografía que hemos podido manejar. En Cataluña, las *Costums* castigan los delitos de adulterio, blasfemia y herejía, mientras que otros municipios alemanes o franceses recogen además otras conductas delictivas como la hechicería, encantamientos, brujería, sodomía⁷², bestialidad, incesto, violación, raptó, fornicación, bigamia y prostitución, conductas sí reguladas y castigadas en cambio por la normativa general del Derecho catalán, y también –al menos, en parte– por algunas *ordinacions* municipales del Principado⁷³.

En particular, las *Costums* recogen generalmente el adulterio, conducta que algunos autores enmarcan dentro de los «delitos sexuales», expresión que yo por el momento –al igual que otros estudiosos⁷⁴– jamás he encontrado recogida en las fuentes⁷⁵, y que más bien refleja un concepto acuñado por el Derecho penal moderno.

⁷¹ Manejamos las siguientes ediciones de *costums*: *Costumbres de Lérida* (Barcelona, 1945), de P. LOSCERTALES; para Horta: *Costums d'Orta* (Ajuntament d'Horta de Sant Joan, 1996), de J. SERRANO; para Miravet: *Els Costums de Miravet* (Saragossa, 1992), de F. VALLS i TABERNER; existe una edición en latín de G. SÁNCHEZ, *Constitutiones Baiulie Mirabete* (Madrid, 1913); la edición más reciente es la llevada a cabo por J. SERRANO: *Els Costums de la Batllia de Miravet*. Gandesa, 1999; para Perpinyà: *Els Costums de Perpinyà* (Barcelona, 1992), de F. VALLS i TABERNER; para Torre del Español: *La Torre de l'Espanyol*, pp. 171-200, de J. SERRANO; para Balaguer: «El antiguo derecho local de la ciudad de Balaguer», *AHDE* LII (Madrid, 1982), de J. M.^a FONT RIUS; para Barcelona: *Recognoverunt proceres*, en versión medieval catalana (Barcelona, 1927); para evitar la continua cita al pie con las diversas concordancias, hemos optado por recogerlas al final del trabajo en una tabla en donde figuran tan sólo los capítulos de contenido penal de las *Costums* de Lérida, Horta, Miravet, Torre del Español, Balaguer y Perpiñán.

⁷² Sobre esta conducta delictiva, ver el trabajo relativamente reciente de HERGEMÖLLER, BERND-ULRICH: *Sodom und Gomorra. Zur Alltagswirklichkeit und Verfolgung Homosexueller im Mittelalter*. Hamburg, 1998.

⁷³ Ver mi trabajo sobre el contenido penal de algunas *ordinacions* catalanas ya citado en la nota 7.

⁷⁴ HIS, RUDOLF: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*. 2 Teile (Weimar 1920/35, Neudruck Aalen 1964), p. 144; HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 262: «Ein gemeinsame Bezeichnung für die geschlechtlichen Vergehen hat das deutsche Recht des Mittelalters nicht gekannt».

⁷⁵ En este sentido, no nos parece acertado el título de algunos trabajos como el de ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: «Derecho sexual visigótico», *Historia. Instituciones. Documentos* 24 (1997),

El adulterio aparece regulado en las *Costums* de Lleida con estos términos:

«Si quis fuerit cum uxore alterius in adulterio deprehensus currant ambo vir et femina per omnes plateas civitatis Ilerde nudi et verberati, nec aliud dampnum inde sustineant pecunie vel honoris.» (Cap. 15.)

El delito de adulterio, objeto de múltiples condenas por la tradición mosaica y cristiana⁷⁶ y constituido en delito hasta nuestro siglo, ha sido objeto de varios estudios⁷⁷.

Este precepto nos resulta muy conocido, pues no sólo quedó recogido en otras redacciones de *Costums* del territorio de la Catalunya Nova⁷⁸, sino que también puede observarse una estrecha relación con capítulos de otros textos, según veremos más tarde al tratar sobre la función ejemplarizante de las penas humillantes o vergonzosas.

El delito de adulterio, recogido y castigado en el Derecho municipal de numerosas localidades europeas⁷⁹, ha sido objeto de diversas reflexiones por los estudiosos. Comparto la opinión de Otis-Cour, según la cual el castigo de los delitos sexuales se lleva a cabo en un contexto moralizante⁸⁰. Así, pues, la regulación y castigo de algunas conductas sexuales consideradas como desordenadas no respondía a un interés de mera represión «porque sí», sino por razón de las circunstancias y consecuencias que tales conductas podían llevar consigo⁸¹. En este sentido, no sólo se pretendía mantener un mínimo de nivel moral en la población por

pp. 1-51, pues en realidad jamás existió un tal «Derecho sexual» en el ordenamiento visigodo, ni tampoco aparece —que yo sepa— esta expresión en las fuentes visigodas. Este trabajo, si bien contiene interesantes aportaciones en ciertos aspectos, falsea la realidad en algunas ocasiones cuando el autor se inclina a dar razones o explicaciones de ciertas regulaciones legales. Así, por ejemplo, al tratar la *propagatio prolis*, va más allá de lo que debiera al afirmar que «la procreación convalida la deshonestidad sexual propia del matrimonio» (p. 18); también falsea el sentido de la norma al señalar que «los clérigos, casados o no, viven sometidos a la continua vigilancia de los cánones, preocupados por los tentáculos de la tentación femenina. Así, los cánones conciliares muestran desconfianza hacia el clérigo que se relaciona con mujeres» (p. 30). No es fácil compaginar en ocasiones tanto estilo poético o literario con rigor científico, pues cabe el peligro de postergar éste por aquél, resultando así deformada la realidad histórica que mueve al historiador en su afán de reconstruir lo más fielmente posible aquello que ya aconteció.

⁷⁶ En la Sagrada Escritura encontramos numerosos textos en los que se condena expresamente el adulterio, a saber: *Ex* 20, 14; *Lv* 20, 10; *Dt* 5, 8 y 22; *Prov* 6, 32; *Rom* 13, 9; *I Cor* 6, 9; *Hebr* 13, 4.

⁷⁷ En este sentido, ver los trabajos de MACHADO CARRILLO: *El adulterio en el Derecho penal. Pasado, presente y futuro*. Valencia, 1977; RODRÍGUEZ FALLARDO, F.: «El ius puniendi en delitos de adulterio (análisis histórico-jurídico)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 5 (1995), pp. 881-929; M.^a José COLLANTES DE TERÁN: «El delito de adulterio en el Derecho general de Castilla», *AHDE* 66 (1996), pp. 200-228; OSABA, E.: *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum*. Madrid, 1997.

⁷⁸ Ver la tabla de concordancias recogida al final del trabajo.

⁷⁹ Citamos, a título de ejemplo, el supuesto de adulterio recogido en los trabajos de HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 266-267; WOLF, ARMIN: *Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter*. Frankfurt am Main, 1969, pp. 344-345, 358; OTISCOUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 346-354.

⁸⁰ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., p. 365.

⁸¹ NICHOLAS, *The Later Medieval City 1300-1500*, ob. cit., p. 274.

razones de orden público, aspecto –por otra parte– propio de policía municipal, sino proteger sobre todo el honor y la estabilidad del matrimonio⁸², germen de la familia, y entendida ésta como núcleo básico de cualquier población o comunidad. No es extraño, pues, que en determinados municipios otras conductas de dudosa moralidad, como la sodomía y la fornicación, no resultaran castigadas ni reprimidas en algunos periodos⁸³, mientras que el adulterio sí.

Es indudable el influjo que ejerció la Iglesia en la «criminalización» y castigo de estas conductas por el Derecho penal secular⁸⁴. Respecto al adulterio, si bien algún autor ha puesto de manifiesto la discriminación práctica que se dio a las mujeres en el castigo de esta conducta⁸⁵, otros manifiestan que precisamente el influjo de la Iglesia en este campo, cuyo interés consistía en proteger el matrimonio, contribuyó a una aplicación más igualitaria de tal precepto, pues, a fin de cuentas, el adulterio cometido por el hombre atentaba tanto a la estabilidad del matrimonio como el llevado a cabo por la mujer⁸⁶. No parece contradictorio sostener que, a pesar del influjo de la Iglesia en la sanción igualitaria de tales conductas, las normas municipales por su parte siguieran mostrándose más tolerantes con los excesos sexuales de los hombres que con los cometidos por las mujeres, según observa un estudioso⁸⁷.

En cualquier caso, echamos en falta en los textos consuetudinarios catalanes la regulación de otras conductas delictivas análogas sí reguladas de forma expresa en los textos de otros municipios europeos: sodomía, bestialidad, incesto, estupro, rapto, fornicación, concubinato, bigamia y prostitución⁸⁸. La ausencia de regulación y castigo de estas conductas no significa que no fueran penalizadas por el Derecho municipal catalán, al igual que algunos municipios franceses castigaban algunos delitos no recogidos expresamente en los textos con-

⁸² NICHOLAS, *The Later Medieval City 1300-1500*, ob. cit., p. 274; HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 267; OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 340, 354 y 363.

⁸³ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., p. 338. Este autor reconoce, sin embargo, que a partir del siglo XV también se empezaron a reprimir este tipo de conductas (bigamia, incesto, concubinato, fornicación y proxenetismo); HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 265, en donde se señala la tolerancia de las autoridades municipales respecto al supuesto de fornicación.

⁸⁴ Sobre esta cuestión, ver el trabajo de BRUNDAGE, J.: *Law, Sex und Christian Society in Medieval Europe*. Chicago, 1987.

⁸⁵ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 347 y 351-353.

⁸⁶ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 267.

⁸⁷ NICHOLAS, *The Later Medieval City 1300-1500*, ob. cit., p. 274.

⁸⁸ Para ver la regulación y castigo de estas conductas, ver las obras de HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 262-263 (sodomía y bestialidad), p. 263 (incesto), pp. 263-264 (violación o estupro), p. 264 (rapto), p. 265 (tolerancia de la fornicación), pp. 267-268 (bigamia), pp. 268-269 (prostitución); WOLF, *Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter*, ob. cit., pp. 344-345 (prostitución); NICHOLAS, *The Later Medieval City 1300-1500*, ob. cit., pp. 274-277; para el territorio de Zurich, ver el trabajo de BURGHARTZ, S.: *Leib, Ehre und Gut: Delinquenz in Zürich am Ende des 14. Jhts.* Zürich, 1990; sobre la represión de los delitos sexuales, ver bibliografía recogida en el trabajo de OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 335-336, nota 1.

suetudinarios⁸⁹. No hay que olvidar que en la Baja Edad Media sólo una parte de las conductas delictivas venían reguladas normativamente⁹⁰. En el periodo medieval –como se sabe–, tanto la noción de costumbre como la de uso tienen una estrecha relación en el marco local o territorialmente limitado y restringido, lo cual no impide que ambas fuentes, derecho y costumbre, *ius et consuetudo*, puedan coexistir armónicamente en una misma localidad⁹¹. No albergamos, pues, ninguna duda sobre la probable penalización de estas otras conductas contra la moral y el matrimonio en los municipios catalanes, a pesar del mutismo de los textos consuetudinarios.

Otras conductas sancionadas penalmente, y relacionadas con el sentido moralizador del Derecho penal medieval y moderno, son los delitos contra el honor de Dios y contra la doctrina cristiana, en donde cabe mencionar los supuestos de blasfemia, falso testimonio, perjurio, hechicerías, encantamientos, brujería, etc.

Perteneciente a esta clase, la blasfemia sí aparece regulada en las *Costums catalanas*. Así reza el texto ilderdense al regular esta conducta:

«Nullus iuret Deum et Sanctam Mariam ad iochum, sin autem det V solidos aut quinque açotos accipiat in platea.» (Cap. 74.)

El delito de blasfemia, regulado por vez primera por la tradición mosaica⁹², y recogido en muchos textos normativos municipales peninsulares y extrapeninsulares⁹³, está presente en toda la tradición jurídico-penal europea, según pone de relieve la historiografía más moderna al respecto⁹⁴. Además, en

⁸⁹ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 354-359 (incesto, bigamia, concubinato y proxenetismo), pp. 359-363 (fornicación).

⁹⁰ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 227.

⁹¹ Esta idea aparece desarrollada en el trabajo de HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 126-144.

⁹² *Levítico* 24, 10-16; la primera ejecución a muerte por haber blasfemado se recoge en *Levítico* 24, 23.

⁹³ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 73 ss., 183, 248-251 y 323; WOLF, *Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter*, ob. cit., pp. 96, 105, 110, 119-120, 127, 166, 184-185 y 443.

⁹⁴ Una visión panorámica puede verse en la obra de CABANTOUS, ALAIN: *Histoire du blasphème en Occident (XVI-XIX siècle)*. Paris, 1998; LEVY, LEONARD W.: *Blasphemy. Verbal offense against the sacred, from Moses to Salman Rushdie*. Ney York, 1993; LAWTON, DAVID: *Blasphemy*. Philadelphia, 1993; respecto a la historia contemporánea del delito de blasfemia en Inglaterra, ver el trabajo de NASH, DAVID S.: *Blasphemy in modern Britain*. Aldershot, 1999; en Francia, OTIS-COUR, L.: «La répression des infractions contre l'ordre moral à Pamiers à la fin du Moyen Age: le jeu et le blasphème, Conformités et déviations au Moyen Age», *colloque 25-27 novembre 1993, Cahiers du CRISINA, Université Paul-Valéry de Montpellier 2* (1995), pp. 273-286; en Suiza, LOETZ, FRANCISCA: «La petite délinquance du blasphème. Jurons et jurements dans l'Etat de Zurich (vers 1450-1798)», *La petite délinquance du Moyen Age a l'époque contemporaine*. Zurich, 1998, pp. 417-430; en Alemania, SCHWERHOFF, GERD: «Blasphemie vor den Schranken der städtischen Justiz: Basel, Köln und Nürnberg im Vergleich (14.-17. Jahrhundert)», *Ius Commune* 25 (1998), pp. 41-98; LEUTENBAUER, SIEGFRIED: *Das Delikt der Gotteslästerung in der bayerischen Gesetzgebung*. Forschungen zur deutschen Rechtsgeschichte 14. Köln, 1984.

Cataluña esta conducta no sólo aparece castigada en la mayor parte de las *Costums*, sino también en las *ordinacions* municipales⁹⁵.

El castigo de la herejía, por otra parte, sólo se recoge en las *Costums* de Lleida y de Horta con estos términos:

«Si episcopus cum clericis suis tradiderit nobis aliquem pro heretico puniendum, illum solemus flamis tradere concremandum.» (Cap. 166.)

La redacción resulta lo suficientemente amplia como para dar cabida a cualquier supuesto de herejía, sin descender –según el proceder de otros textos municipales– a casos heréticos en particular, como la hechicería, los encantamientos y la brujería⁹⁶.

3.3 PENALIDADES Y FUNCIÓN EJEMPLARIZANTE DEL DERECHO PENAL

Si estos delitos reflejan el contenido moralizador del Derecho penal municipal catalán, las penalidades que se derivan de su comisión manifiestan a las claras su sentido o finalidad ejemplarizante, rasgos que, como venimos afirmando, no constituyen singularidades propias de la tradición municipal catalana, sino que corresponden a un marco territorial más amplio: el europeo.

No nos proponemos ahora realizar un análisis pormenorizado de la tipología y contenido de los castigos humillantes recogidos en los textos municipales catalanes y –mucho menos– europeos, pues tal propósito rebasaría por completo los límites de un trabajo como el presente, sino tan sólo resaltar el papel ejemplarizante y moralizador que jugaron las penas humillantes o vergonzosas en la tradición penal municipal europea, partiendo –eso sí– de los textos consuetudinarios catalanes, y más en concreto, de algunas disposiciones de las *Costums de Lleida*.

3.3.1 Influjos canónico y arbitrio judicial en la represión penal europea

López-Amo ya señaló que «las penas humillantes, ignominiosas e irrisorias, desarrolladas ya en la Alta Edad Media, tienen una brillante representación

⁹⁵ Para constatar la presencia de la blasfemia en las *ordinacions*, ver MASFERRER, «L'element sancionador i el contingut penal de les *ordinacions* municipals catalanes... cit., nota 7; ver también el breve artículo de SERRA I VILARÓ, JOAN: «*Ordinacions* contra la blasfèmia i el joc: un capítol d'història pirenenca», *Homenatge a Antoni Rubió i Lluch: miscel·lània d'estudis literaris, històrics i lingüístics*. Vol. II. Barcelona, 1936.

⁹⁶ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 255-257 (hechicería y encantamiento), pp. 163 y 258-261 (brujería); en el territorio peninsular encontramos fueros que recogen de modo expreso estas modalidades heréticas, según puede apreciarse en el trabajo de SARRIÓN GUALDA, «Encantamiento, herbolarias y hechiceras en el Fuero de Cuenca y en los de su familia», ob. cit., nota 9.

en las fuentes de la Baja (...), y en general todas éstas han debido quizá su aplicación al espíritu de penitencia del Derecho penal canónico»⁹⁷.

La historiografía penal europea, al examinar las penas humillantes o infamantes, ha reconocido sin titubeos tanto el influjo que ejerció el pensamiento tomista en la práctica penal bajomedieval y moderna⁹⁸, como el contexto de influencia eclesiástica en el que nacieron y se desarrollaron tales penalidades, periodo en el que las prácticas penitenciales públicas eran muy frecuentes (Kirchenbusse)⁹⁹.

En concreto, y siguiendo el planteamiento tomista —que hunde sus raíces en Cicerón y San Agustín—, la merma o sustracción del honor del delincuente mediante la imposición de estas penas infamantes se concibe como la medida más idónea para conseguir el fin intimidatorio que persigue el castigo penal en el periodo medieval¹⁰⁰. Y es precisamente en esta etapa cuando, al introducirse estas penas corporales y humillantes en sustitución de la venganza privada, la doctrina jurídica secular y canónica se plantea el problema de la culpabilidad¹⁰¹, sin la cual, el juez carecería de toda legitimidad para enjuiciar y castigar al delincuente¹⁰², surgiendo también el juicio de desvalor, inherente a la imposición de tales penas humillantes¹⁰³.

Si estas penas corporales infamantes han sido testigo del nacimiento del Derecho penal público en Europa¹⁰⁴, no es extraño que la doctrina iushistórica alemana, al pretender averiguar el momento inicial de tal Derecho penal público, se haya centrado en estas penas («peinliche Strafe»)¹⁰⁵.

⁹⁷ LÓPEZ-AMO, «El Derecho penal español de la Baja Edad Media», ob. cit., p. 367.

⁹⁸ LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., pp. 485 y 490; HEUWOLD, *Thomas von Aquino und die Grundfragen des Strafrechts*, ob. cit., p. 38; ver también el trabajo de COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, ob. cit., pp. 50-52.

⁹⁹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., pp. 162-163; pensamos con ORTEGO GIL («La literatura jurídica como fundamento en la aplicación práctica de la ley penal... cit., p. 84) que «curiosamente, no se ha procedido a una corporación (...) entre pena y penitencia», pues apenas existen estudios que aborden este interesante e importante cuestión, véase en este sentido el trabajo de MERLE, Rozer: *La pénitence et la peine. Theologie, droit canonique, droit pénal*. Paris, 1985.

¹⁰⁰ HEUWOLD, *Thomas von Aquino und die Grundfragen des Strafrechts*, ob. cit., p. 38,

¹⁰¹ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 227.

¹⁰² LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., pp. 486.

¹⁰³ WADLE, «Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens», ob. cit., p. 244.

¹⁰⁴ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., p. 162.

¹⁰⁵ Son varias las obras de estudiosos alemanes que han abordado las penas corporales infamantes con el propósito de arrojar cierta luz al problema del origen del Derecho penal público, a saber, junto a la ya mencionada en la nota 19, añadimos las elaboradas por WADLE, «Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens», y por HOLZHAUER, «Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter», ambas citadas en la nota 60; WILLOWEIT, DIETMAR: «Die Sanktionen für Friedensbruch im Kölner Gottesfrieden von 1803. Ein Beitrag zum Sinn der Strafe in der Frühzeit der deutschen Friedensbewegung», *Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag* (Hrg. E. Schlüchter und K. Laubenthal). Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, pp. 37-52.

El francés Laingui, gran conocedor del influjo canónico en el Derecho penal secular del periodo medieval y moderno¹⁰⁶, afirma que los juristas llegaron incluso a considerar el Derecho canónico como una fuente del Derecho penal laico o secular¹⁰⁷.

La historiografía actual señala por una parte el frecuente empleo de estas penas corporales en el territorio europeo¹⁰⁸, especialmente a partir del siglo XIII¹⁰⁹, y añade –por otra–, las graves consecuencias que producía su aplicación en la persona del delincuente, hasta el punto de irrogarle un perjuicio en ocasiones irreparable. Si bien parece cierto que en un principio tales penas no pretendían la definitiva sustracción de la fama del delincuente –pues incluso fueron utilizadas como medida penal sustitutiva de la pena de muerte–¹¹⁰, con el tiempo se agravaron hasta el punto de erigirse entre las penas más temidas por los miembros de la sociedad bajomedieval y moderna¹¹¹. La aplicación o imposición necesariamente pública de tales penas contribuía tanto a agravar, sin duda alguna, la desgraciada suerte del condenado para el resto de sus días¹¹², como a satisfacer la finalidad intimidatoria que perseguían tales castigos.

En esta línea, el estudioso Hagemann ha puesto acertadamente de manifiesto la estrecha conexión existente entre los siguientes tres elementos: principio de culpabilidad, finalidad intimidatoria de la pena y arbitrio judicial. La finalidad intimidatoria de la pena surge sobre la base de un delito cometido culpablemente, en cuyo caso, la cláusula penal arbitraria se erige en un elemento primordial para una correcta modulación de la pena para el caso concreto¹¹³.

No es extraño, pues, que algunos estudiosos hayan prestado atención al papel del arbitrio judicial en la imposición de estas penas, pues sólo tal cláusula arbitraria puede explicar satisfactoriamente que, en algunas ocasiones, se

¹⁰⁶ LAINGUI, ANDRÉ: «Le droit pénal canonique, source de l'Ancien droit pénal laïc», *Eglises et pouvoir politique: actes des Journées internationales d'histoire du droit d'Angers, 30 mai-1er juin 1985*. Angers, 1987, p. 213 ss.

¹⁰⁷ LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., p. 481.

¹⁰⁸ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 164 y 327; RAU, Ferdinand: *Beiträge zum Kriminalrecht der Freien Reichsstadt Frankfurt a. Main im Mittelalter bis 1532*, ob. cit., pp. 117-194.

¹⁰⁹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., p. 160.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 161.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 174 y 181.

¹¹² Sobre la imposición pública de estas penas no existe ninguna controversia en la doctrina, según puede apreciarse en HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., p. 242; RAU, *Beiträge zum Kriminalrecht der Freien Reichsstadt Frankfurt a. Main im Mittelalter bis 1532*, ob. cit., pp. 123-126; SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., p. 162; QUANTER, R.: *Die Schand- und Ehrenstrafen in der deutschen Rechtspflege*. Dresden, 1901; MEINHARDT, K.E.: *Das peinliche Strafrecht der freien Reichsstadt Frankfurt am Main*. Frankfurt, 1957; una obra antigua sobre la presencia de esta clase de penas en la tradición penal alemana de finales del siglo XVIII-principios del XIX, puede verse en FEUERBACH, Anselm: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. Giessen, 1803.

¹¹³ HAGEMANN, *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, ob. cit., pp. 241-242.

constate una mayor dureza penal en la legislación que en la práctica¹¹⁴, y que en otras –por el contrario–, la represión penal en la praxis sea más cruel que la misma normativa penal¹¹⁵. A nuestro juicio, sólo la cláusula penal arbitraria puede explicar también que, a menudo, por razón de la persona del delincuente, de sus circunstancias y posibles antecedentes, idénticos delitos sean castigados con diversas penas¹¹⁶.

El arbitrio judicial, sostenido por el pensamiento tomista, no sólo influyó en las obras de algunos juristas como Tiraqueau¹¹⁷, sino que también desarrolló un importante papel en la práctica. En este sentido, sostiene Laingui que todo el Derecho penal canónico pivotaba sobre el arbitrio judicial, y que tales reglas canónicas constituyeron más tarde la base del poder arbitrario de los jueces seculares¹¹⁸. Por otra parte, tanto la facultad que tenía el juez para graduar la pena que debía ser impuesta a los adúlteros y delincuentes análogos, como el trato discriminado a las mujeres en el castigo de tales delitos observado por Otis-Cour¹¹⁹, responden, entre otros aspectos, al arbitrio judicial.

Decimos «entre otros aspectos», porque el arbitrio judicial tan sólo dispensaba una vía jurídica para graduar o modificar la sanción penal en la sentencia condenatoria, pero los verdaderos motivos que movían al juez a agravar o disminuir el rigor en el castigo de un crimen podían ser muy diversos. Así, por ejemplo, el mayor rigor y escarnio público con que se castigaba a las mujeres que cometían adulterio se explica –entre otros motivos– por la influencia canónica, pues la Iglesia, a fin de proteger el vínculo indisoluble del matrimonio, estimuló la humillación pública de la adúltera, impidiendo así la repudiación secreta del marido, según se ha observado en la tradición penal de algún municipio francés¹²⁰.

3.3.2 Algunas penas corporales humillantes del Derecho consuetudinario catalán y su procedencia

Estas consideraciones resultan útiles y cobran especial sentido al toparse con supuestos poco coherentes o ilógicos, en los que parecería haber –a nuestros ojos– una desproporción entre el delito y la pena aplicable, y que, sin embargo, resultan más claros al comprender, por ejemplo, influjo canónico concreto que perseguía a menudo evitar los escándalos morales mediante la impo-

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 254.

¹¹⁵ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 338-339.

¹¹⁶ RAU, *Beiträge zum Kriminalrecht der Freien Reichsstadt Frankfurt a. Main im Mittelalter bis 1532*, ob. cit., pp. 2-6.

¹¹⁷ LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., p. 500; ver *Le «De poenis temperandis» de Tiraqueau (1559)*. Introduction, traduction et notes par André Laingui. Paris, 1986.

¹¹⁸ LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., p. 499.

¹¹⁹ OTIS-COUR, «Lo peccat de la carn: la répression des délits sexuels à Pamiers... cit., pp. 351-353.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 351.

sición de penas vergonzosas para los delincuentes, y de escarmiento para el resto de la comunidad.

Esta idea se aprecia en algunos preceptos como el establecido por el ya mencionado cap. 74 del texto ilderdense, en el que se dispone para el blasfemo la pena de azotes en la plaza pública.

Idéntica pena se dispuso para quienes recorrieran las calles por la noche sin la debida iluminación, según el cap. 78:

«Pulsata campana de nocte, nullus vadat sine lumine per villam, alias det quinque solidos vel quinque açotos accipiat in platea.»

Para el reo de hurto se establece con carácter alternativo la pena de mutilación y el último suplicio, según recoge el cap. 142:

«Pro furto membrum abscinditur, vel ultimum suplicium infertur.»

El supuesto de hurto y/o robo era un delito típicamente castigado con penas corporales y humillantes en la tradición penal europea, pues se consideraba un acto muy deshonoroso, según afirma Schwerhoff¹²¹. Quizá por esta razón, este precepto quedó recogido en muchas otras redacciones de *Costums* del territorio de la Catalunya Nova¹²². Esta pena la encontramos por vez primera en la Carta de Población de Lérida (1150)¹²³, y posteriormente aparece casi textualmente en la Carta de Población de Agramunt otorgada por Armengol, conde de Urgell, en el año 1163¹²⁴, cuyo texto también nos recuerda el tenor literal del capítulo 18 de Perpinyà en donde se consigna que *non punitur secundum leges, nec potest accusari aliquis de Perpinyano, nec in aliquo puniri alterium jam comissum*.

También se observa una estrecha relación con el capítulo 21 de la Carta de Montpellier¹²⁵.

La pena de azotes –de carácter humillante– en algunos derechos históricos llevaba consigo además la nota jurídica de infamia, conexión que hunde sus orígenes en el Derecho romano y visigodo, en donde determinadas penas corporales llevaban aneja la *infamia*¹²⁶. Aunque nada disponga la norma consuetudinaria respecto a la infamia, tampoco nada impide pensar que, quienes hubieran pade-

¹²¹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., p. 160.

¹²² Ver tabla de concordancias recogida al final del trabajo.

¹²³ «Et si quis fueris captus in adulterio cum uxore alterius, currant ambo vir et femina per omnes plateas civitatis Ilerde, nudi et verberati, nec aliud dapnum honoris vel pecunie inde sustineant.»

¹²⁴ «Si autem aliquis fuerit captus in adulterio cum uxore alterius, currant ambo vir et mulier per majorem carreriam Acrimontis nudi, et sint verberati.»

¹²⁵ GOURON, ANDRÉ: «Las relaciones jurídicas entre Cataluña y Provenza en el siglo XII», *España y Europa. Un pasado jurídico común*. Murcia, 1986, p. 135.

¹²⁶ BERNARDO SANTALUCIA, en *Derecho penal romano* (edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1990), p. 118, afirma que algunas sanciones corporales como la flagelación –considerada infamante– sólo se aplicaban a los humillioses y esclavos; sobre esta cuestión, ver mi trabajo ya citado en la nota 6.

cido la correspondiente humillación que debería de irrogar la imposición de tal pena, resultarían luego incapacitados para ejercer de testigos, pues la mayoría de los textos medievales exigían la buena fama a los que prestaban testimonio, y no parece que los reos de tal pena pudieran ser vistos con muy buenos ojos por sus convecinos¹²⁷. Nada disponen las *Costums* sobre el uso de indumentaria infamante alguna¹²⁸.

Por otra parte, el texto ilerdense no establece en este caso la posibilidad de sustituir esta pena por otra de carácter pecuniario, tal como recogen otros textos jurídicos¹²⁹. Cabe pensar que, al no figurar esta posibilidad en su Carta de Población¹³⁰ –de donde se recogió este precepto–, tampoco la contemplaron en la redacción de sus *Costums*.

Ciertamente, en no pocas ocasiones muchos aspectos regulados en estas *Costums* se deben a relaciones entre capítulos de distintos textos consuetudinarios catalanes, catalanes-peninsulares o catalanes-extrapeninsulares. A nuestro juicio, resulta aquí muy acertada aquella afirmación de Alvarado, según la cual, «algunas conexiones entre un lado y otro de los Pirineos se imponen de tal manera que, de no deberse al mero azar, hemos de suponer una influencia indirecta entre uno y otro a través del Derecho consuetudinario del sudoeste francés»¹³¹.

En esta línea, sigue anotando el mismo autor, existen costumbres jurídicas cuya similitud textual resulta ciertamente sorprendente. Por ejemplo, en el Fuero General de Béarn encontramos –para determinados actos contra la buena fe– el castigo de ser paseado por toda la villa con el documento clavado en la frente, al tiempo que se proclaman las conocidísimas palabras de «qui tau fara, tau prenera»¹³², lo cual nos recuerda –también– el tenor literal de algún capítulo dertosense¹³³, y de otros textos municipales foráneos al territorio catalán¹³⁴.

Pena de análoga humillación recoge el cap. 16 del texto de Orta al disponer que «tot aquell qui mati o fereixi... en què serà pregonat públicament a la vila d'Orta, serà tingut per convicte i confès»¹³⁵. Además, esta pena de «exhibir des-

¹²⁷ El cap. 62 del texto de D'Orta resulta especialmente claro al disponer «que dones discretes i de bona fama puguin prestar testimoni en les causes civils com els homes».

¹²⁸ Sobre esta cuestión, ver el trabajo de LALINDE ABADÍA, JESÚS: «La indumentaria como símbolo de la discriminación jurídico-social», *AHDE* 52 (1983), pp. 595-601, en donde se trata la indumentaria como «distintivo infamante».

¹²⁹ Los textos de Miravet, Torre del Español y Perpiñán establecen la posibilidad de sustituirla por otra de carácter pecuniario.

¹³⁰ «I si algú fos sorprès en adulteri amb la muller d'altri, tots dos, home i dona, nus i asso-tats, recorreran pre totes les places de la ciutat de Lleida i no en sofriran cap altre dany d'honor o de patrimoni.»

¹³¹ ALVARADO PLANAS, Javier: *El problema del germanismo en el Derecho español. Siglos V-XI*. Madrid, 1997, p. 259.

¹³² *Ibidem*, p. 259 y nota 155.

¹³³ Costumbres de Tortosa (CT) 9, 2, 8: «... e deuen esser correguts per la Ciutat, tenent un ferre per la lengua que li pas de part a part, e cridan lo Sayg: QUI AYTAL FARA, AYTAL PENDRA». Ver también CT 9, 26, 22.

¹³⁴ Por ejemplo en *El Libro de los Fueros de Castilla*, 278 (edic. Galo Sánchez), según nos informa ALVARADO, en *El problema del germanismo en el Derecho español...cit.*, p. 259.

¹³⁵ Ver las concordancias en el apéndice de este estudio.

nudos a los adúlteros por toda la población mientras se les somete a escarnio, y que se localiza en varios textos peninsulares –ya se ha mencionado el caso de Agramunt–, tiene sus paralelos en el precepto 2 del For de Morláas y el precepto 19 del For d’Oloron»¹³⁶, lo cual nos hace pensar aún más en el influjo franco de estas prácticas jurídicas. En consecuencia, este tipo de penas infamantes, tan propias de la tradición jurídico-penal europea, arribarían al territorio peninsular y catalán a través del Derecho franco, «coincidiendo con la expansión cultural del Cluny, alcanzándose una mayor influencia jurídica a partir del siglo XI»¹³⁷.

Siguiendo en la tipología de esta clase de penas, el capítulo 66 del texto ilerdense establece que «... *ponatur in costello vendritix illius panis*»¹³⁸.

La picota o la exposición a la vergüenza pública, de aplicación frecuente en el territorio peninsular –y europeo¹³⁹–, se inspira –según Bernaldo de Quirós¹⁴⁰–, en el principio de ejemplaridad, y sirvió para la ejecución ante el pueblo de los castigos corporales y afrentosos que constituyeron casi todo el sentido de la penalidad municipal.

Resulta innegable el carácter infamante de tal penalidad. Son castigos que, no siendo en principio jurídicamente infamantes, irrogaban un menoscabo, y en ocasiones, una marca imborrable en la reputación del reo ante la opinión pública. La aplicación de este precepto –como el mencionado anteriormente referido al pregón público por la villa–, debía de provocar una fuerte humillación sobre la persona del delincuente, satisfaciendo así dos objetivos bien claros: acentuar el juicio sobre la maldad intrínseca del delito –téngase en cuenta la conexión entre delito y pecado¹⁴¹–, y provocar el «escarmiento de terceros»¹⁴², lo que modernamente se ha venido a denominar como prevención general.

La mutilación, otra pena corporal deshonrosa recogida en las *Costums* de Lleida¹⁴³, ya fue muy aplicada en nuestras tierras en tiempo de los godos. En

¹³⁶ ALVARADO PLANAS, *El problema del germanismo en el Derecho español...cit.*, p. 260.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 261.

¹³⁸ Ver la tabla de concordancias al final del trabajo; el cap. 24 de Orta establece una pena pecuniaria como alternativa a la picota, «que la venedora sigui posada al costell o bé que pagui la pena de cinc sous al comanador», mientras que el cap. 55 de Miravet ordena que permanezca desnuda desde la hora tercia hasta mediodía.

¹³⁹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», *ob. cit.*, pp. 163-166.

¹⁴⁰ BERNALDO DE QUIRÓS, C: *La picota. Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios*. Madrid, 1907. También en la voz «Picota», *Enciclopedia Jurídica Seix*. Barcelona, 1910, tomo XXIV, p. 797.

¹⁴¹ Sobre la conexión entre delito y pecado en el Derecho penal medieval y moderno, ver el trabajo de SCHILLING, H.: ««Geschichte der Sünde» oder «Geschichte des Verbrechens»?», *Jahrbuch der italienischen-deutschen historischen Instituts in Trient* 12 (1986), pp. 169-192; sobre este punto, ver los trabajos ya clásicos de TOMÁS y VALIENTE (El Derecho penal de la Monarquía absoluta... *cit.*, pp. 219 ss.) y CLAVERO («Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones», en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 57-90), y otras menos conocidas de VEGA UMBASIA, L. A.: *Pecado y delito en la colonia: la bestialidad como una forma de contravención sexual (1740-1808)*. Santafé de Bogotá, 1994.

¹⁴² ANTÓN ONECA, JOSÉ: «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», *Revista de Estudios Penales*, 1964.

¹⁴³ Caps. 8 y 142. Ver las concordancias al final del trabajo.

los antiguos pueblos germánicos, la sentencia condenatoria a pena capital o de mutilación –*Rechtlosigkeit*– ya constituía una sanción infamante socialmente. Nada impide pensar que, con el tiempo, el influjo del Derecho canónico –que desaprobaba el uso de esta pena¹⁴⁴– se hiciera notar, propiciando así su paulatina y gradual inaplicación en la Edad Moderna.

3.3.3 El contenido jurídico de las penas corporales humillantes

Cabría pensar que la mayor parte de tales penas no se limitaban, sin embargo, al menoscabo o la sustracción del honor del delincuente, sino que producían otras consecuencias jurídicas accesorias, en ocasiones peores que el mero escarnio público. La nota de infamia podía ser una de ellas. La confiscación de bienes, otra. El Derecho penal romano estableció para ciertas penas corporales de especial intensidad, calificadas de aflictivas, el efecto automático de pérdida de todos los bienes y derechos.

Sobre este punto, resulta contundente, sin embargo, el contenido del capítulo 63, en el que se dispone que toda pena corporal, en principio, no comporta la privación de bienes ni la prohibición de testar:

«Si quis aliquid maleficium comiserit unde penam sustineat corporalem, non amitit bona neque partem bonorum suorum immo potest de eis testari et dimitere cui velit.»

Esta disposición coincide, además, con el capítulo 17 de Orta, 58 de Miravet, y 53 de Torre del Español, aunque estos dos últimos exceptúan los crímenes de herejía o de lesa majestad¹⁴⁵.

Según el tenor de este cap. 63, resulta claro que ninguna pena corporal comportaba en principio la confiscación de bienes, ni la incapacidad testamentaria. Tampoco parece que llevaran consigo en principio la nota de infamia. Esto significa que la pena de azotes y demás penas corporales, establecidas para determinados delitos en general, y también para los aquí examinados del texto ilerdense en particular, aunque no deben ser consideradas como penas jurídicamente infamantes, resulta innegable su efecto humillante y degradante –perseguido voluntariamente por la norma–, aunque sólo fuera por el carácter público de su ejecución.

Debemos concluir, pues, que estas penas corporales, si bien producen una humillación y en ocasiones incluso una marca incruenta en el reo, no resultan en principio jurídicamente infamantes¹⁴⁶, ni llevan consigo confiscación de bienes ni la incapacidad testamentaria.

¹⁴⁴ LAINGUI, «Théologie morale, casuistique et droit pénal: le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin», ob. cit., p. 485; NEHLSSEN, «Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen», ob. cit., p. 7.

¹⁴⁵ Cap. 17 de D'Orta: «Item, si algú comet una malifeta que impliqui pena corporal, que no perdi els seus béns ni part d'ells, ans en pugui testar i fer-ne les seves voluntats. Però si l'acusat o denunciat de la malifeta s'absenta, s'embargaran els seus béns i si no vindrà dins de l'any preparat per estar a dret, que es procedeixi contra aquells segons Usatges i dret comú.»

¹⁴⁶ Lo mismo podemos afirmar de otros preceptos no analizados –ni resulta necesario– como el cap. 114 de Miravet: «Mas si nulla fembra gitara ni gitara ni lexara sa criatura a porta de negu

Decimos «en principio», porque bien pudiera cambiar con el pasar de los siglos este régimen recogido en el texto ilerdense. Si se tiene en cuenta que, andando el tiempo, el derecho común –como fuente supletoria– fue unificando las diversidades y particularidades jurídicas de las distintas localidades, nada impide creer que en alguna ocasión, de conformidad con la posibilidad establecida por algunos preceptos¹⁴⁷, pudiera llegarse a imponer la infamia para determinados supuestos delictivos, o como consecuencia accesoria de determinadas penas ya humillantes de por sí. Pensamos que, con el tiempo, y por el influjo de los juristas catalanes, conocedores y portadores del *ius commune*, algunos de estos delitos y penas acabaron por irrogar la infamia. En este sentido, el Derecho común acabaría imponiéndose aun en aquellos territorios en los que, no habiendo previsto la pena de infamia al redactar sus *Costums*, bien pudieran acabar irrogándola accesoriamente, mediante la imposición de ciertas penas corporales que, a juicio de estos juristas formados en las fuentes justinianas, resultaban jurídicamente infamantes.

Más difícil sería –aunque no imposible– que, a partir de un momento concreto, tales penas llevaran consigo la confiscación de bienes y la incapacidad testamentaria, pues el mencionado capítulo 63 del texto ilerdense recogió de modo explícito tal extremo. Sólo un análisis exhaustivo de las fuentes de aplicación del Derecho, es decir, de las sentencias judiciales emanadas de los procesos criminales podría ofrecernos una respuesta fiable a este interrogante.

3.3.4 Arbitrio judicial e inaplicación de las penas corporales humillantes

Finalmente, cabe preguntarse si el delincuente que había cometido un delito castigado con una pena corporal infamante disponía de algún medio para eludir su imposición. En primer lugar, hay que señalar que la misma norma establecía a menudo la alternativa entre la pena de azotes y otra de carácter pecuniario, en cuyo caso, el arbitrio judicial, recogido expresamente en el texto ilerdense¹⁴⁸ –e implícitamente en las demás *Costums*–, debía erigirse de nuevo en el protagonista final de la suerte del delincuente. No obstante, si bien el ejercicio de la facultad discrecional del juez constituía la causa próxima de la sentencia final, el contenido de ésta no respondería generalmente al mero arbitrio, sino a diversas causas remotas que podían acabar condicionando el contenido de la decisión final. En este sentido, Schwerhoff señala que, en más de una ocasión, tanto

ne a porta de esglesia ne a altra plaça, derrenclint aquella creatura que no la vulle nodrir, sia presa e tota nua corregue per les places de la vila baten; apres sia tenguda de nodrir sa creatura.»

¹⁴⁷ La mayoría de las redacciones de *costums*, además de establecer el *dret comú* como supletorio, contienen un capítulo relativo a la arbitrariedad de las penas. En este sentido, ver el cap. 166 de Lérida y sus concordancias con las demás *Costums*.

¹⁴⁸ Cap. 166: «Sciendum est, quod pene omnes omnium criminum et delictorum arbitrarie sunt secundum delicti vel criminis qualitatem et quantitatem, et quibusdam aliis penis utimur quam sit iure cautum.»

el pago de una cantidad dineraria como la intervención final de terceras personas con capacidad de influencia –«Gnade vor Recht»–, podían acabar erigiéndose en factores decisivos para lograr eludir el cumplimiento de una pena corporal¹⁴⁹, cuyas nefastas consecuencias para el delincuente, y en ocasiones, para toda su familia, no podían dejar indiferente a conocidos ni a extraños.

Escaso efecto intimidativo produciría, sin embargo, la imposición de tal clase de penas, afirma este autor alemán, si el delito castigado con tal ignominia no produjera indignación social alguna, en cuyo caso, la imposición de una pena infamante podía originar, más que la deshonra del delincuente, un «conflicto vertical» («Vertical conflict»)¹⁵⁰ entre la autoridad del municipio y sus habitantes («Konflikt zwischen Volk und Obrigkeit»)¹⁵¹.

No es fácil comprender la dinámica y variadas formas adoptadas por estas penas humillantes en nuestro Derecho histórico, pues tienen una estrecha relación con el papel que desarrolló el honor y la fama en la tradición europea¹⁵². Pensamos con Schwerhoff, pues, que resulta utópico pretender historiar tales penas al margen de estas raíces comunes europeas¹⁵³.

ANICETO MASFERRER

¹⁴⁹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., pp. 175-176.

¹⁵⁰ Sobre esta clase de conflictos en el municipio europeo de la Edad Moderna, ver FRIEDRICHS, *The Early Modern City 1450-1750*, ob. cit., pp. 305-325.

¹⁵¹ SCHWERHOFF, «Verordnete Schande? Spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Ehrenstrafen zwischen Rechtsakt und sozialer Sanktion», ob. cit., p. 177.

¹⁵² *Ibidem*, p. 182.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 185.

APÉNDICE

Concordancias de capítulos de contenido penal de algunas *Costums* catalanas

	Lleida	Horta	Miravet	Torre Espanyol	Balaguer	Perpiñán
Rubrica i número capítulos						
<i>De inculpacione nobis non facienda</i>	5	3	4	4		
<i>De coto cultelli extracti</i>	8	5	6	6		
<i>De nafrar acordadament o en altra manera</i>			7	7		
Diversos feriments			8-13	8-12	62	
<i>De enpenyer ab una o ma ab dues</i>			14	13		
<i>De escopir en la cara</i>			15	14		
<i>De follia criminal</i>			17	16		
<i>De his qui comprehenduntur in adulterio</i>	15	9	22	21		18
<i>De bannitis</i>	61	16	55	50	61	
<i>De bonis dampnatorum</i>	63	17	58	53		
<i>De pane</i>	66	24	61	56		46
<i>De iuramento ludi 74</i>	19	70	65			
<i>De eo qui vadit sine lumine</i>	78	26				
<i>De tornis</i>	125		101	96		
<i>De testibus</i>	133	62/63	105/106	100/101	36	
<i>De muliere habente filium ab aliquo</i>	141		113	108		
<i>De furtis</i>	142	69	116	111		
<i>De eodem super furtis</i>	143	70	116	111		
<i>De homeyer a jutgar</i>			128	123		
<i>De pena acusati</i>	164	78	130	125		
<i>De hereticis</i>	165	79				
<i>De arbitracione penarum</i>	166	80	131	126		
<i>De usaticis</i>	167	81	129	124		
<i>De injuria a fer al senyor</i>			134	128		
<i>De legibus romanis</i>	169	81	129	124		1