

# El derecho penal en la edad moderna

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL

ÓSCAR HERNÁNDEZ SANTIAGO

BELINDA RODRÍGUEZ ARROCHA

FRANCESCO DI CHIARA



## El derecho penal en la edad moderna

The Figuerola Institute  
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:  
Carlos III University of Madrid

Book Series:  
Legal History

Editorial Committee:  
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*  
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*  
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*  
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at [www.uc3m.es/legal\\_history](http://www.uc3m.es/legal_history)

El derecho penal en la edad moderna:  
Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial

Gustavo César Machado Cabral  
Francesco Di Chiara  
Óscar Hernández Santiago  
Belinda Rodríguez Arrocha

EDITORIAL DYKINSON

2016

Historia del derecho, 45

© 2016 Autores

Editorial Dykinson  
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid  
Tlf. (+34) 91 544 28 46  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9085-812-7  
ISSN: 2255-5137

D.L.: M-16924-2016

Versión electrónica disponible en e-Archivo  
<http://hdl.handle.net/10016/23021>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

## SUMARIO

Foreword: Prof. Dr. Karl Härter .....	9
Introduction: Gustavo César Machado Cabral, Francesco Di Chiara, Óscar Hernández Santiago y Belinda Rodríguez Arrocha .....	11
I. Direito penal na literatura de <i>Decisiones</i> em Portugal (1578-1660): Gustavo César Machado Cabral .....	23
II. L'incontro tra normativa, dottrina e prassi nelle seicentesche <i>De-</i> <i>cisiones</i> penali dei supremi tribunali del <i>Regnum Siciliae</i> : France- sco Di Chiara .....	77
III. La justicia criminal novohispana. Entre la culpa del delincuente y la misericordia del juez: Óscar Hernández Santiago .....	111
IV. La conflictividad jurisdiccional en el ámbito de la justicia crimi- nal de la edad moderna: desencuentro y conciliación entre los jueces eclesiásticos y legos: Belinda Rodríguez Arrocha .....	149
Índice general .....	217





## FOREWORD

In the past years the history of criminal law has gained growing importance within the vast scope of legal history. The research of the Max-Planck-Institute for European Legal History reflects this development in many respects: Since the directorship of Prof. Dr. Michael Stolleis the history of public law blossomed as a new area of research including such topics as penal law, police ordinances and norm enforcement. They constitute the core of a specific research field and a research group led by the signer that deals with the history of criminal law and criminal justice between the late Middle Ages and the modern age. Accordingly the Max-Planck-Institute for European Legal History has expanded its respective collections – in particular the writings of the *ius commune* jurists within the field of criminal law – and has intensified the co-operation with researchers who study the history of penal law and criminal justice. These researchers from all over the world do not only use the library but also present and discuss their topics, approaches and insights in colloquia, workshops and meetings with the researchers of the Max-Planck-Institute for European Legal History.

This collected volume is a result of these research endeavours. As guest researchers Prof. Dr. Machado Cabral, Dr. Francesco di Chiara, Hernández Santiago and Rodríguez Arrocha did not only improve their respective case studies on early modern criminal law but have also developed common and comparative aspects of their research within the scientific framework of the Max-Planck-Institute for European Legal History. One result is a mutual methodological approach of the four contributions to this book: the interdependencies of criminal law, juridical discourses/doctrine and judicial practice. A prime source that facilitates such an approach are the *decisiones* and similar collections. They draw from practical experience and condense single cases to juridical knowledge that was used for teaching purposes and, most notably, in actual court practice. Using such an approach the four chapters analyse a broad variety of examples and provide insights in the early modern criminal procedure and the interrelated questions of discretion and jurisdictional collisions. Moreover, also specific conflicts and crimes are addressed such as asylum and immunities or *stuprum*, lése majesty, theft and homicide. The interdependences between law, discourses and practice constitute not only a basic angle of this book but correspond with the theoretical framework of the respective research projects of the Max-Planck-Institute for European Legal History. This in particular applies to the transnational exchange

of legal knowledge and practices, which range from European legal systems in Portugal, Sicily and Spain to New Spain. In this regard the case studies of this book on criminal law, juridical discourses/doctrine and judicial practice within the scope of the European *ius commune* communication network open up a global legal perspective on the pre-modern history of penal law and criminal justice.

PROF. DR. KARL HÄRTER  
Max-Planck-Institute for European Legal History  
Frankfurt/M.

EL DERECHO PENAL EN LA EDAD MODERNA: NUEVAS  
APROXIMACIONES A LA DOCTRINA Y A LA PRÁCTICA JUDICIAL

THE CRIMINAL LAW IN THE EARLY MODERN AGE: NEW RESEARCHES  
ABOUT DOCTRINE AND JUDICIAL PRACTICE

INTRODUCTION

The main purpose of this collective work is the explanation of some original topics in regard to the criminal justice in the Early Modern Age. Its contents are based on the juridical sources studied by the authors as guest researchers at Max-Planck-Institute for History of Law in 2013 and 2014 (Frankfurt)<sup>1</sup>. Their essays concern to the Early Modern Criminal Law in the European Southwest, composed by territories actually linked by diverse political, ideological and cultural factors, such as the influence of the *mos italicus* and the political strategies of the Iberian kings. In this sense, the statements by Giulio Claro, Baldo de Ubaldi, Bartolo di Sassoferrato, Tiberio Deciani, Manuel Barbosa or Martín Azpilcueta (Dr. Navarrus) had a powerful influence on the legal literature published in the Catholic Europe.

In the first chapter, Prof. Dr. Machado Cabral analyses the *Decisiones* in Portugal during a very important period to Iberian Kingdoms, which is known as Iberian Union. The chronological scope of his chapter also includes the first decades after the Portuguese Independence. Another significant aim is the contribution to the knowledge concerning to the Criminal Law in Portuguese Ancien Regime -a juridical topic not deeply studied in the bibliography regarding the Legal History in the country of Camôes-. In regard to the primary sources of his essay, it is important to highlight the deep study of Portuguese, Italian and Spanish authors, such as Gabriel Pereira de Castro, Martín de Azpilcueta and Giulio Claro, among others. Furthermore, the bibliography contents the reference works of prestigious legal historians from diverse countries, such as A.M. Hespanha, H. Mohnhaupt, M. Sbriccoli, M. Stolleis or V. Tau Anzoátegui. The *decisiones* had an important role in the development of the royal Portuguese Law and the process of political centraliza-

---

<sup>1</sup> The authors would like to thank Prof. Dr. Thomas Duve and Prof. Dr. Härter for their suggestions. Acknowledgments are also to the staff of the library of the Max-Planck Institute for History of Law.

tion. Furthermore, this gender of juridical literature is an important source to understand the criminal procedure of that period. The use of the *decisiones* within the courts is a proof of the relevance of the positive Law and the necessity of finding a solution for concrete cases, in a historical and juridical context of judicial discretionary and causalism. The theoretical dissertation by Prof. Cabral approaches six volumes of *decisiones* published for the first time between 1578 and 1660. These works were reprinted subsequently and had a successful spreading because of its useful, in a juridical context where the positive laws were not systematic and covered diverse legal systems. However, the Portuguese kings tried to unite the mentioned systems through the edition of laws for a common application and through the establishment of royal high courts. The *decisiones* were also important links between the doctrinal theories and the judicial practice because they contented statements about specific cases, based on doctrinal opinions and case law. That kind of legal literature was frequently used by judges and lawyers.

This essay contains a relevant summary about the development of the Criminal law in Portugal. It analyzes also the European juridical context, the strengthening of the monarchy and the medieval precedents of the legislative activity in the said Atlantic kingdom. Cabral explains the most important features of the Portuguese ordinances (*Ordenações do Reino*, the general law of the Kingdom) in regard to the crime and the characteristics of the judicial practice, such as the discretionary application of the punishments by the judges –that was too a significant characteristic of the Spanish criminal suits-. Subsequently, the author approaches the general features of the Early Modern Continental *decisiones*, which were the casuist reasoning, the discursive nature, the real and procedural origin of the explained particular cases and the links between the authors and the high courts that had inspired the contents of the works. The Portuguese works analyzed in this essay and concerning to the Modern Age highest secular court –*Casa da Suplicação*- are the *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae* by António da Gama, *Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae* by Álvaro Valasco, *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae* by Jorge de Cabedo, *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae* by Belchior Febo, *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae* by Gabriel Pereira de Castro e *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fiscii* by António de Sousa de Macedo. The *decisiones* were based on the positive laws, the doctrine and the statements of the high courts. Under

the structure of the royal Portuguese *Ordenações*, Prof. Cabral distinguished four groups of *decisiones*. The first group is constituted by the matters belonging to the Public and Ecclesiastical Law. The second one concerns to the civil procedure. The third one contains the matters about private law. Finally, the fourth group concerns to the Criminal law and procedure. Nevertheless Dr. Cabral proves that the criminal matters were not often discussed in the analyzed works. The authors explained the juridical fundaments in order to defend their opinions in their books, based generally on the Portuguese royal laws, the doctrine and the references about the said judicial statements from the sixteenth and the first half of seventeenth centuries, in regard to the regions close to the Court of the Crown. Several doctrinal statements were taken from the Italian jurists that wrote *consilia*, a kind of work that was similar to the *decisiones*. However it was also a lecture on Portuguese and Castilian authors, such as the canonist Diego Covarrubias and Antonio Gómez. Furthermore, the main Criminal matters approached by the *decisiones* and analyzed by Prof. Cabral were the jurisdictional competencies in the towns and cities, the ecclesiastical immunity, the crimes of *lesa maiestatis*, the falsification and the banishment and monetary penalties as punishments. It is important to note that the *Ordenações Manuelinas* defined that the *lesa maiestatis* was the treason against the king or Crown. Moreover, the crime of falsification was contemplated in detail by the *Ordenações Filipinas*. That criminal action was considered from the theological perspective in the Early Modern Age, even if its doctrinal origin was in Roman Laws. In this regard, the thought of Martín Azpilcueta is an illuminating example of that theoretical development. Moreover, the immunity of the sacred places, as a refuge for criminal defendants was a matter contemplated deeply by Manuel Álvares Pegas, Álvaro Valasco and António da Gama. Valasco approached also the cases of the defendants entering religious orders.

The *decisiones* as legal literature is a topic also studied deeply in the second chapter by Dr. Francesco di Chiara, in concern to the kingdom of Sicily in the 17<sup>th</sup> century. In regard to the sources of this essay, it is necessary to mention the original volumes of *decisiones* and the bibliography concerning to the Continental legal history, such as the works by P. Landau, M. Boulanger, K. Härter and M. Ascheri, among others. It is also interesting the use of monographs and articles in regard to the Early Modern Italian high courts. The author explains also briefly the background of the judicial procedure in Sicilia from the royal laws of the 15<sup>th</sup> century. At first, the author highlights

the juridical conscience of the monarch, as legislator and creator of tribunals. The European Criminal justice became in the said historical time an activity entirely controlled by the royal institutions. Moreover, the doctrine was important to the systematization of the laws in force in the kingdom, under the interpretations of the rules by the jurists. However, the Early Modern doctrine also paid attention to the judicial practice. Despite the relevance of the universities in the development of legal science, the high courts had later a prominent role. At the same time, the procedure was specially studied by the jurists. As a consequence, the doctors influenced the judicial practice, in a historical context characterized by the efforts to the centralization of monarchies and the application of the royal laws by the courts. Nevertheless, the statements of the tribunals held importance as legal sources. The prestige and authority of the jurisprudence developed within the high courts led to the printing and broadcasting of the collections of *decisiones*. It is important to note that the collected statements were well known by the authors, as judges or lawyers in the criminal trial. In summary, these jurists used the judgment in order to make a reconstruction of the statements from the doctrinal perspective. The *decisiones* offered information about the rules really contemplated within the diverse high courts, despite the contradictions in the legal literature. The Sicilian *decisiones* were also published outside the said Mediterranean island and circulated in Naples and in the Spanish dependencies<sup>2</sup>. Dr. Di Chiara approaches the most important authors of *decisiones*. At first, he mentioned the judge and prestigious jurist named Garsia Mastrillo, born in Palermo. His successful work was titled *Decisiones Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae* and had an undoubtedly influence over the *Decisiones* of De Franchis and Juan Pedro Fontanella –concerning to the high courts of Naples and Barcelona, respectively-. However, the oldest Sicilian collection of *decisiones* (1593) was written by the judge Francesco Milanese,

---

2 Furthermore, an interesting case of circulation of Criminal Doctrine between Sicily and the Spanish dependencies in America is the work by the archbishop Ambrosio Machín, titled *Resolución. En defensa de la jurisdicción de las tres órdenes militares de Santiago, Calatraua y Alcántara...* printed in Palermo by Decio Cirillo in 1636. It was sent to the Palafoxian Library, in Puebla (Mexico). Its contents concern to the legal privileges of the Spanish military knights in the field of criminal procedure. At the said library, this *allegatio* was collected in a doctrinal compilation titled *Allegationes iuris variorum de Iurisdictione et competentiis inter Suprema Consilia et Tribunalia Iustitiae Belli, Sanctae Inquisitionis, Indiarum, Lusitaniae, Ordinum Militarium et Regiae Facultatis. Pars* –catalogue number 19260, fol. 512r-540v-.

born in Catania. Its title was *Aureae decisiones Regiae Curiae Regni Siciliae*. Other prestigious authors were Intriglioli, Del Castillo, Mario Giurba, Mario Muta and Caracciolo. At the same time, several judges of the high Sicilian courts were professors at the universities of Catania and Messina. Their judicial statements, discussed and voted in the meeting of judges, had authority and prestige. Moreover, in the 17<sup>th</sup> century, the highest courts were the *Regia Gran Corte* and the *Concistoro della Sacra Regia Coscienza*. In regard to the Criminal laws, Mario Giurba wrote *Consilia seu decisiones criminales* and Girolamo Basilicò, who was also a lawyer in Castile, *Decisiones criminales*. Just like in the Portuguese case, *decisiones* concerning Civil Law were the most frequent in Sicily. Dr. Di Chiara explained also the distinction between *consilium* and *decisio*. Furthermore, the Sicilian *decisiones* mentioned the *communis opinio* jurists, as complements of the royal laws. In regard to the crimes analyzed by the *decisiones*, he approaches the *stuprum* and includes some relevant references about the works of Matteo D’Afflitto and Antonio Tesauro, concerning the jurisprudence of the high courts of Naples and Turin, respectively. Di Chiara highlights also the discretionary of the judges and their evaluations about the testimonies and evidence of the crime. Another issue presented in this chapter is the criminal confession under torture from the perspectives of the positive law, the doctrine, and the Sicilian case law. Furthermore this essay approaches the ecclesiastical asylum and the debates about its exceptions, motivated by the seriousness of the crimes perpetrated by the refugees. In this sense, is interesting the lecture of the diverse Sicilian interpretations about the known bull issued by Pope Gregory XIV.

In the third chapter, the researcher Hernández Santiago deals with the practice of the Criminal justice in New Spain, paying attention to the Mexican territories. The two main concepts analyzed in his essay are the guilt and the mercy of the judge. As an introduction, the author offers a summary of the ideas of the last Ancien Regime jurists, such as Manuel de Lardizábal, born in Tlaxcala. The introduction approaches also the fundamental principles about the juridical background of the Criminal Justice during the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries in Western Europe and in Mexico. In this sense, Hernández highlights the *Discursos críticos* of Juan Francisco de Castro (1765) and the role of Beccaria, a well-known author in the field of the history of Criminal laws. The end of the casuistry and the codification are two important legal facts of the new historical period. The literature of this chapter concern to the justice in the Early Modern Age, from the perspective of diverse European legal histo-

rians, such as J.M. Carbasse, M.P. Alonso Romero, M.I. Rodríguez Flores, B. Schnapper, M. Meccarelli, P. Grossi and K. Volker, among others. In regard to the history of the justice and judicial doctrine in Colonial Spanish America, the bibliography includes works of V. Gayol, E. Speckman, S. Cárdenas Gutiérrez, J. Sánchez-Arcilla, S. García León, A. Agüero, T. Herzog, J. Barrientos, J. Malagón-Barceló and T. Duve, among others. Furthermore, the researcher offers an illuminating and critical commentary about the historiography concerning to the Colonial Criminal Justice in Mexico. The historians had paid attention to the most important courts in the late Ancien Regime. Generally, their works denote the influence of F. Tomás y Valiente, one of the most important Spanish legal historians and certainly a specialist in the criminal justice during the Early Modern Age, despite a required revision of his ideas about the judicial discretion and the reasons of old verdicts. In this regard, Hernández proves that the discretion did not mean merely arbitrariness, but the use of the *arbitrium iudicis*. Under this principle, the judge could evaluate the circumstances of the crime in every case. Frequently he applied a punishment milder than the legal one. The *arbitrium* had a relevant role in the Criminal justice, also as the principles of equity and justice and the doctrinal commentaries on the Roman and Canon Law. In summary, the Justice in New Spain reproduced the Castilian judicial system, belonging to the *Ius commune* European countries. The researcher approaches also the relevance of the *infrajudiciaire* and the distinction between center and periphery in the field of the judicial practice. In this sense, the works by S. García León are innovative because of her deep study of the Criminal justice at a Mexican lower court.

The mercy of the judge and the guilt are two elements of the Early Modern criminal procedure that allow a reflection about the ductility of criminal justice. The primary sources of this chapter are the criminal records of the *Sala del Crimen* of the *Real Audiencia* –high royal court- of Mexico, belonging to the *Archivo General de la Nación* (Mexico City). The statements concern to the crimes of homicide and theft. Hernández proves the Catholic substrate of the judicial practice and the classical and religious foundations of the royal mercy, which was granted by the royal judges, who were representatives of the king. In addition, the *animus occidendi* was an element evaluated by the Colonial judges. The mentioned documents are also interesting in regard to the social characteristics of the defendants and victims of the crimes. The victim forgiveness was a projection of the Catholic morality. Moreover, the



researcher analyzes also in his chapter the basic ideas of prestigious Early Modern jurists, such as the Spaniards Domingo de Soto, Alfonso de Castro, Diego de Covarrubias and the French André Tiraqueau –known commonly as Tiraquellus-. In this sense, *De iustitia et iure* by Soto was one of the most important works about the theme in the European legal literature. The theoretical development of this chapter contents also some relevant references about Roman Laws and Medieval legal and doctrinal principles and their impact on the Spanish Criminal laws and doctrine. It is necessary to remember that the *Partidas* was the root of several Criminal precepts in force during the Ancien Regime. The essay also mentions some interesting references about the treatises regarding the judicial practice, such as the works titled *Instrucción política y práctica judicial* and *Política para corregidores*, by Alonso de Villadiego and J. Castillo de Bobadilla, respectively. Furthermore, the researcher also approaches the theological perspective of some Criminal matters, such as the kinds of homicide or the sin and consent. Pope Gregory IX, Petrus Lombardus, and Thomas Aquinas are some noted authors analyzed in regard to this field of knowledge. Undoubtedly, the Moral theology and the Canon Law had an important role in the theoretical development of the Early Modern Criminal Law.

Finally, in the fourth chapter the post-doc researcher Rodríguez Arrocha approaches the resolution of judicial conflicts between the ecclesiastical and the secular courts, from the perspective of some Spaniard authors, such as Jerónimo Castillo de Bobadilla, who was a Castilian judge mentioned in some Portuguese *decisiones*. The disagreements between the various royal, ecclesiastical and military authorities also characterized largely the functioning of justice during the Old Spanish Regime. The jurisdictional conflicts were the consequence of the judicial privileges of some victims and offenders –knights, priests, soldiers, etc.-. The mixed criminal matters were also a frequent reason for conflict between the different courts, among other factors. In this sense, the competences of the judges of the various jurisdictions of the early modern Spain were clearly and explained in short in the collective work coordinated by E. Martínez Ruiz and M. Pi (1996). The disagreements between royal officers and members of the clergy have been a frequent subject of analysis from diverse ideological and historiographical perspectives. Determining the judicial competition often caused the procrastination of processes and the loss of efficiency in the judiciary practice. Moreover the monograph of C. Maqueda (2000) highlights the conflicts of jurisdiction between the Inquisi-

tion and the episcopal and secular courts, as well as the solving methods that were applied during the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries from the perspective of legal history, as the *Concordias* –published agreements between jurisdictions- and the *Juntas* –boards-. During the first half of the 16<sup>th</sup> century, the disagreements between the secular and the inquisitorial courts were resolved by royal decrees and always in favor of the jurisdiction of the Holy Office. However from 1568, the enactment of the *concordia* or written agreement between the representatives of the faced courts became a noteworthy method of reconciliation. Furthermore the *Juntas de competencia* –meetings of few and important members of the competing jurisdictions- had the mediating role of the royal councils during the seventeenth century. The most important *concordias* were transcribed in some monographs that have approached the uses of coercion in the Castilian area, such as the work by E. Balancy, in regard to the violence in Andalusia and the role of the *familiares* –lay collaborators- of the Inquisition (1999). Furthermore, the disagreements between the royal representatives and the members of the secular and regular clergy because of the use of the right of asylum upon the sacred ground by the defendants or suspects have been approached from the perspective of legal history by H. Aldave Rico. This researcher pays special attention to the application of Canon Law in Navarra (2010). In the late 16<sup>th</sup> century Castillo de Bobadilla explained in his *Política para corregidores* –a *mos italicus* legal treatise- the limits of the ecclesiastical jurisdiction, the contents of the powers of the secular judges in cases of mixed matters and the measures that could be developed by the lay magistrates in order to defend the royal jurisdiction. Castillo introduced the theoretical development of the right to asylum in the fourteenth chapter of the second book of the first volume of his mentioned work. Furthermore, he approached the controversy concerning to the armed defense of the immunity of the sacred ground. In summary the author claimed that when a layperson had committed a murder or other crimes at a Catholic church, the royal judge of the town of the holy building had the judicial competence over the defendant –also in cases in which this layperson was held at the church-, in regard to the royal jurisdiction and the examples of mixed jurisdictions. However, Castillo interpreted that the ecclesiastical judge could punish the sacrilege. He could also impose a public penance. In short, the Castilian jurist explained the doctrinal arguments about the defense of the royal jurisdiction over others. His main sources are the Italian and Castilian jurists but at the same time, he explained some criminal cases that he knew during his judi-

cial career. His work was written in the Spanish language in order to spread its contents between readers not trained in legal studies, as some royal officers. Hevia Bolaños also explained in his *Curia Philipica* the exceptions to ecclesiastical privileges that derived from the crimes committed by clerics. The author mentioned Castillo, the most important *ius commune* jurists, and Castilian criminologists, among others. The first edition of the *Curia* dates from 1603. The multiplicity of special rights or privileges acquired along the Spanish Modern age a notorious importance in regard to the administration of justice. For this reason, it is not surprising that even in the mid-eighteenth century Pedro Murillo Velarde approached the powers of the various courts depending on the jurisdiction and the territorial constituency. Furthermore, the Jesuit jurist suggested that immunity was granted to the defendants because of the sacredness of the place where they found a refuge. The holy building could also be used as a jail. Murillo lists the types of offenders who could not enjoy the aforementioned asylum. His work appreciates occasionally the leniency concerning to some prisoners, such as the adulterers and sodomites. The author argued that the ecclesiastical judge had the exclusive competence or knowledge in cases in which there was a doubt about the defendant's right to immunity of the sacred ground, under the concordat in force. Murillo also claimed that inside the churches the arbitrators of the parties could intervene, choose guardians and develop extrajudicial activities but they could not begin a criminal prosecution. The religious author also highlighted the crimes added by the pope Benedict XIII in 1725 in regard to the exceptions to the ecclesiastical asylum.

Moreover, some bibliographical sources of this chapter are articles and books related to the legal history of the Canary Islands, a not well-known land in regard to the Early Modern Age royal justice, in comparison, for example, with the bibliography concerning to the Balearic Islands, another insular area of Spanish Kingdom. The works by Antonio Planas Rosselló and Ana Lucia Sabadell are illuminating examples in this sense.

To conclude, the research findings of the authors are published in this book in order to do a deep contribution to the current knowledge of the criminal proceedings and the broadcasting of the diverse doctrinal opinions through the South of Italy, the Iberian countries, and the New Spain<sup>3</sup>. All chapters

---

3 In order to know the importance of the broadcasting of legal ideas between Europe and Spanish America, see LUQUE TALAVÁN, M. *Un universo de opiniones. La literatura jurídica indiana*, Madrid, CSIC, 2003.

contains clarifying references to the fields of jurisprudence and Criminal doctrine. The readers will find in the subsequently pages some important similitudes and divergences concerning to the judicial practice in the remarked lands of the *ius commune* –the juridical root of the mentioned southwestern national laws-. Furthermore, all essays concern to the practice of justice in the Spanish Habsburg dominion. In this sense, it is important the clarifying of the Criminal procedure in European territories under the said royal dynasty, as H.C. Lea did in regard to the Spanish Inquisition. The predoctoral researcher Hernández, Dr. Di Chiara, and Dr. Cabral approach the judicial discretionary, that was one of the more important judicial features of the statements in the Early Modern Age. Furthermore, Dr. Cabral and Dr. Rodríguez explicate that in Portuguese and Spanish territories, respectively, the high and low courts had the duty to defend and apply the royal jurisdiction, despite the powers of the ecclesiastical tribunals and the system of judicial privileges in the Ancien Regime. The problems concerning to the judicial competences because of the nature of some crimes have been highlighted by both authors. Furthermore, the matters concerning to the ecclesiastical immunity of the clergy defendants and the holy places are analyzed in their chapters. Also, the ecclesiastical asylum is a topic approached by Dr. Di Chiara. The importance of the *decisiones* in regard to the judicial practice is fully proved by Dr. Cabral and Dr. Di Chiara. They explained that this gender of legal literature was based on positive laws, doctrine and judicial precedents. Their chapters contribute to the interesting discussion about the similitudes between the Italian doctrine and the *mos* belonging to the Iberian lands. In summary, both authors approach new ideas concerning to the *mos italicus*, which also inspired notoriously several ideas contented in the mentioned Castillo's work, analyzed by Dr. Rodríguez. In any case, the monarchs became clearly the highest legislators. Dr. Cabral proves the undisputed presence of the Italian jurists in the Portuguese *decisiones*, also as the mentions of Spanish and Portuguese authors. Dr. Di Chiara highlights that the *ius commune* jurists were not considered as foreign authors outside their countries, but they formed a community in the field of the doctrinal thought. In this sense, the *ius commune* has been debated at Max-Planck Institute since its creation.

The essays prepared by the predoctoral researcher Hernández and Dr. Rodríguez offer new findings of the judicial practice in the Spanish Colonies in America. On the one hand, Hernández analyzes the Criminal records in the high royal court in Mexico, and on the other hand, Rodríguez pays attention

to some broadcast Spaniard jurists in America. Castillo and Hevia showed in their works their consolidated experience in the field of the justice, even if the presence of the *Ius commune* jurists along the Castillo's pages is a remarkable feature of his practical book. Furthermore, Hernández proves the establishment of the *Ius commune* theoretical fundamentals in the Mexican Criminal justice. His chapter contributes to the knowledge of the medieval roots of the Early Modern Criminal laws. Its contents show the importance of comparisons between the European criminal justice and the judicial proceedings in Colonial America, in order to understand relevant issues in legal history also in a not Eurocentric perspective.

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL

FRANCESCO DI CHIARA

ÓSCAR HERNÁNDEZ SANTIAGO

BELINDA RODRÍGUEZ ARROCHA



# DIREITO PENAL NA LITERATURA DE DECISIONES EM PORTUGAL (1578-1660)

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Após o término do primeiro trabalho sobre a literatura de *decisiones* produzida em Portugal entre os séculos XVI e XVII, a tese de doutoramento intitulada *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*<sup>2</sup>, percebeu-se a necessidade de aprofundar algumas discussões insuficientemente abordadas. Com essa finalidade e tratando de matéria criminal, surgiu o texto *Jurisdição e competência em matéria criminal na literatura de decisiones em Portugal, séculos XVI e XVII* (no prelo). Em meio a outras questões de igual importância e a várias possibilidades de abordagem da matéria, resolveu-se dar continuidade ao referido trabalho, que, apesar de ter servido como base para este texto, foi alterado e ampliado, de maneira que praticamente dobrou a sua extensão.

Como objetivo geral, o trabalho que aqui se apresenta pretende oferecer uma análise específica de discussões relacionadas ao Direito Penal na produção portuguesa de literatura de *decisiones* entre os séculos XVI e XVII. Como se verá, sob o aspecto quantitativo, não se tratou de tema que tenha despertado grande atenção dos autores aqui estudados, mas, a despeito disso, a diversidade temática<sup>3</sup> oferece várias possibilidades de investigação. Não restam dúvidas, portanto, de que a intenção principal deste trabalho é escolher alguns desses pontos e abordá-los com maior riqueza de detalhes, focando-se, primordialmente, na questão criminal.

---

1 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor pelo *Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Frankfurt, Alemanha).

2 CABRAL, Gustavo César Machado. *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

3 Dentre as matérias criminais discutidas nessas obras, podem ser citados os crimes sexuais, adultério, falsificação, moeda falsa, lesa majestade e homicídio, bem como a aplicação de penas de exílio e de degredo, a concessão de graça e a utilização de fiança e de cartas de seguro. Uma discussão mais aprofundada sobre essas questões será realizada em trabalhos posteriores.

Em linhas gerais, a História do Direito Penal, especialmente no Antigo Regime, não foi objeto de muitos estudos relevantes em língua portuguesa<sup>4</sup>. Quando se fala de monografias, o número de trabalhos de qualidade se torna ainda mais reduzido<sup>5</sup>. Diante da pouca importância conferida pela literatura secundária e também pelas fontes aqui utilizadas (as *decisiones*), tema que já se tentou explicar<sup>6</sup>, não se pode deixar de reconhecer a estranheza dessa omissão. O impacto das obras de autores como António da Gama, Álvaro Valasco e Jorge de Cabedo pode ser medido pela quantidade de edições dos trabalhos em questão; segundo levantamento realizado por Johannes-Michael Scholz, Gama teve 19 edições entre 1578 e 1735, Valasco teve 12 entre 1588 e 1730 e Cabedo teve 11 entre 1602 e 1734<sup>7</sup>, números que evidenciam terem sido as obras em questão utilizadas com frequência por bem mais de um século. Como se verá adiante, as seis obras de *decisiones* às quais se dedicou este estudo tiveram as suas primeiras edições entre 1578 (António da Gama) e 1660 (António de Sousa de Macedo), o que explica o marco temporal traçado pelo título.

As razões para o sucesso deste gênero parecem estar ligadas a um fenômeno típico do Antigo Regime: a incerteza sobre o direito válido a ser aplicado. Esse período foi marcado, no âmbito do Direito, pelo pluralismo de ordenamentos e de jurisdições e pela incerteza quanto ao que deveria ser aplicado. Conviviam simultaneamente, num mesmo espaço, diversas ordens jurídicas, compreendendo umas mais ou menos gerais – como tentava ser o direito régio e como era o direito eclesiástico – e outras particulares, baseadas, geralmente, nas concessões de privilégios – podem ser citadas aqui as jurisdições senhoriais,

---

4 É inevitável a comparação com a língua espanhola, em que podem ser encontrados inúmeros trabalhos importantes, dentre os quais uma importante monografia escrita sobre o período por Tomás y Valiente. Cf. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI – XVII – XVIII)*. Editorial Tecnos, Madrid, 1969.

5 Talvez o melhor trabalho em português sobre direito e processo penal na literatura jurídica do Antigo Regime tenha sido a versão para o vernáculo da tese de doutorado de Ana Lúcia Sabadell. Cf. SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16. – 18. Jahrhundert)*. Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

6 Cf. CABRAL, Gustavo César Machado, op. Cit., pp. 113-115.

7 SCHOLZ, Johannes-Michael. “Portugal”, em COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung. C.H. Beck, München 1977, pp. 1335-1336.



mercantis e de algumas corporações. Em alguns Estados, como em Portugal, percebe-se que a Coroa exerceu um papel de unificação dos direitos que conviavam na sua área, tanto através da edição de leis gerais quanto do exercício da jurisdição superior, com a criação dos altos tribunais, os quais, ligados ao rei, tinham a pretensão de tentar dar uniformidade à incerteza; não foi à toa que Italo Birocchi ressaltou essa pretensão unificadora do direito régio, que, ao longo do Antigo Regime, funcionou como um direito comum do reino<sup>8</sup> – tese que é encontrada, com bastante frequência, nos autores aqui estudados<sup>9</sup>.

Exercendo o poder do príncipe, em reinos como o de Portugal, essa incipiente pretensão unificadora do Direito, é de se perguntar quais os instrumentos utilizados para se alcançar este objetivo; mais claramente, é importante saber qual Direito, em meio a tantos, deveria ser a matriz da unificação. O período em questão é descrito por historiadores do Direito da importância de Helmut Coing como sendo “a idade do direito comum”<sup>10</sup>, e esse *ius commune*, forma frequentemente utilizada, nada mais era do que um Direito válido em toda a Europa cristã, cujas raízes eram encontradas no Direito Romano justinianeu. Com a “redescoberta” do Direito Romano e o surgimento das universidades, na Baixa Idade Média, o uso do Direito Romano foi bastante intenso, mas se tratava menos de uma aplicação direta do texto do Digesto do que efetivamente das contribuições doutrinárias dos glosadores e comentadores, como Bártolo e Baldo<sup>11</sup>, fazendo surgir o que Koschaker chamou de

---

8 BIROCCHI, Italo. “La formazione dei diritti patri nell’Europa Moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento”, em BIROCCHI, Italo; MATTONE, Antonello. *Il Diritto Patrio tra Diritto Comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Vilella, Roma, 2006, pp. 32-40.

9 “Ius regium, us commune est in regno”. GAMA, António da. *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuriae IV*. Joannem Baptistam Verdussen, Antuérpia, 1683, Dec. L, 5, p. 97. “Nostrum ius regium est nostrum ius commune. Lusitani non possunt consentire in Principem non suum”. CASTRO, Gabriel Pereira de. *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugaliae*. Petrum Craesbeeck, Lisboa, 1621, Dec. II, p. 10.

10 O subtítulo do volume do monumental *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, dedicado ao período compreendido entre 1500 e 1800, é indicativo disso, uma vez que foi batizado como *Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts* (a idade do direito comum). Para uma crítica a essa perspectiva, cf. OSLER, Douglas. “The myth of European Legal History”, em SIMON, Dieter (org.). *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), pp. 393-410.

11 É nesse sentido a opinião, dentre outros, de Cassandro, ao afirmar que, ao se falar em “rinascita del diritto romano, non si vuol parlare di rinascita del diritto romano, com’era stato sistemato nella compilazione giustiniana, nella pratica della vita giuridica (che è

*Juristenrecht*<sup>12</sup>. A partir da difusão das obras desses autores e do ambiente jurídico culto, tornou-se o cenário bastante propício à circulação desse Direito; conseqüentemente, em boa parte da Europa Ocidental houve uma enorme influência do *ius commune* na formação dos direitos nacionais<sup>13</sup>.

Nesse panorama, a questão que se impõe é a seguinte: como deveriam ser resolvidos os conflitos entre os ordenamentos jurídicos ou entre as disposições do *ius commune* e do direito pátrio? Dever-se-ia privilegiar o particular ou o geral? As respostas a esses questionamentos não foram facilmente alcançadas, ainda que tenha havido uma grande tendência de se privilegiar o direito nacional, o qual, é importante que se diga, tinha, muitas vezes, fortes raízes no *ius commune*. Acredita-se que mais importante, contudo, do que averiguar, em cada situação concreta, se deveria prevalecer o *ius commune* ou o direito pátrio, ou, no caso deste, se teria havido influência do direito comum na sua elaboração, é ter em mente quem deveria decidir sobre a prevalência. Percebe-se o fortalecimento do poder régio ao longo do Antigo Regime justamente em virtude de pertencer aos grandes tribunais – que eram órgãos ligados à jurisdição régia, deve-se lembrar – a última decisão<sup>14</sup>.

A relevância da literatura de *decisiones*, nesse contexto, é enorme, justamente porque ela representou um importante canal de comunicação entre a teoria e a prática. Como se verá no próximo tópico, essas obras representavam opiniões sobre questões concretas cujos fundamentos residiam tanto em opiniões doutrinárias quanto em decisões tomadas pelos grandes tribunais; por outro lado, a ampla utilização dessas obras por quem tinha uma vivência prática no Direito (advogados e juízes) fazia circular essas ideias e permitia aos leitores terem contato tanto com a *opinio communis* sobre determinado assunto quanto com a jurisprudência dominante. Contribuiu-se, de forma decisiva, para a unificação do direito nacional.

---

di quelle rinascite che la storia non ha mai registrato), ma del diritto romano come scienza o, se preferite, come oggetto di una autonomia consapevole interpretazione e sistemazione scientifica”. CASSANDRO, Giovanni. *Lezioni di Diritto Comune I*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980, p. 16.

12 Um “direito de juristas” (*Juristenrecht*) seria, segundo Koschaker, aquele cuja formação ficava a cargo de um pessoal profissionalmente ligado ao Direito. KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. C.H. Beck, München, 1958, p. 165.

13 Nesse sentido, cf. BELLOMO, Manlio. *L'Europa del diritto comune*. 4 ed. Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1989, pp. 85-117; CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. I – Le Fonti. Giuffrè, Milano, 1954, pp. 453-467

14 Neste sentido, cf. CABRAL, Gustavo César Machado, op. cit., pp. 47-65.

Diante dessa introdução sobre o contexto que se pretende analisar, é possível apresentar um panorama deste trabalho. Mesmo se tratando de um trabalho sobre a literatura de *decisiones*, decidiu-se que o primeiro ponto seria dedicado essencialmente a caracterizar, de maneira introdutória, o Direito Penal português no período. Em poucas páginas, o que se pretende é mostrar o ambiente em que acontecem as discussões que se travarão a partir do segundo ponto, momento em que a literatura de *decisiones* em geral e o caso particular da portuguesa serão caracterizados. O terceiro ponto é o mais complexo justamente por guardar em si a essência do trabalho: depois da abordagem geral das *decisiones* criminais e do que se considerou como seus fundamentos, passa-se à discussão de quatro temas que se consideram relevantes para os objetivos deste artigo, a saber, jurisdição e competência, os crimes de lesa majestade e de falsidade e a imunidade eclesiástica.

## 1 DIREITO PENAL EM PORTUGAL NO ANTIGO REGIME: UMA INTRODUÇÃO

Este trabalho não tem a pretensão de abordar de modo integral o tema do direito penal português durante o Antigo Regime, razão pela qual este tópico servirá essencialmente para apresentar, em linhas gerais, os pontos mais relevantes da matéria. Se a intenção do leitor for conhecer de modo mais aprofundado o Direito Penal lusitano, recomenda-se a leitura da obra *Da 'iustitia' à 'disciplina': textos, poder e política penal no Antigo Regime*, com o qual António Manuel Hespanha atravessou o que chamou de Monarquia corporativa, nos séculos XVI a XVIII, e alcançou o período pombalino e as reformas marianas, notadamente na tentativa de sistematização desta área do conhecimento jurídico com o projeto do Código Criminal de Pascoal José de Melo Freire dos Reis<sup>15</sup>. Para os fins deste texto, no entanto, os limites temporais das discussões se restringirão aos séculos XVI e XVII.

O primeiro aspecto a ressaltar neste tema diz respeito às fontes do Direito Penal, em especial às leis. Em importante obra coletiva sobre o tema, Georges Martyn fez uma leitura do período anterior ao Estado Liberal, momento em que se consolidou no Ocidente o princípio da legalidade, e enxergou uma pro-

---

15 HESPANHA, António Manuel. “Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime”, em *Anuário de História del Derecho Español* 57 (1987), pp. 493-578.

gressiva, porém frequentemente presente, relação entre a lei, entendida como norma escrita, e a aplicação do direito penal<sup>16</sup>. A necessidade de a lei proibir e punir algumas condutas, separando o lícito do ilícito, foi expressamente mencionada por Tiberio Deciani em meados do século XVI<sup>17</sup>, mas o conceito de lei para Deciani também era encarado em um sentido largo e não restrito ao direito emanado do príncipe. Como lembra Michele Pifferi, no entanto, ao falar numa *lex publica scripta*, indicava uma vontade de separar nitidamente a esfera religiosa dos pecados da esfera jurídica do crime, transmitindo um claro sinal político de autoridade do poder central sobre os poderes periféricos e, por fim, uma imposição metodológica que assegura um primado conceitual à norma<sup>18</sup>. Para Deciani, a lei seria causa formal dos delitos, uma vez que, sendo anterior ao fato, tornava-o crime<sup>19</sup>. Ver em posições como a mencionada uma antecipação do garantismo penal soa equivocado, uma vez que as suas pretensões são bem mais fomentadas por motivações políticas e direcionadas a afirmação do poder do soberano legislador<sup>20</sup>.

O fato é que em muitas partes da Europa surgiram leis escritas sobre matéria criminal, com uma indicação de condutas consideradas criminosas, bem como sobre o processo criminal, tal qual aconteceu com as importantes *Constitutio criminalia caroliniana* (1532)<sup>21</sup>, no Sacro Império, e *Ordonnance Cri-*

---

16 MARTYN, Georges. “Introduction: from *Arbitrium* to Legality? Or Legality and *Arbitrium*?”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 14-20.

17 “Ut igitur delictum vere delictum dici possit, & puniri, necesse est quod lege prohibeatur. (...) Leges enim ad id inuenta, ut equum ab iniquo, licitum ab illicito separent; & ut bonos non solum metu penarum, verum & praemiorum quoque exhortatione efficiant”. DECIANI, Tiberio. *Tractatus criminalis*. Tomus primus. Franciscum de Franciscis Senensem, Veneza, 1590, Lib. II, Cap. V, 1-2, p. 20.

18 PIFFERI, Michele. *Generalia delictorum: il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di Diritto Penale*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 265.

19 “Formalem igitur causam delictorum esse dico legem ipsam, quae cum quid prohibet sub pena, delictum format, cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habebat delicti”. DECIANI, Tiberio, Lib. II, Cap. II, 4, p. 18.

20 PIFFERI, Michele, op. cit., pp. 269-271.

21 Sobre a Carolina, cf., entre outros, SCHROEDER, Friedrich-Christian (Hrsg). *Die Carolina: die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986; LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (Hrsg). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1984.

*minelle* (1670), na França<sup>22</sup>, entre outras<sup>23</sup>. Em todos esses casos, a lei escrita que constitui os crimes, tornando-se condição formal para a sua existência, era fruto do poder do soberano, o qual, mesmo convivendo com outras esferas de poder nos Estado e também ultrapassando esses limites, se estabelecia e consolidava como a mais importante fonte de poder político. E a justiça, cada vez mais régia à medida que avançaram os séculos, exerceu papel extremamente relevante nessa mudança de perspectiva. Se no Medievo a chamada *giustizia negoziata* tinha como paradigma a satisfação da vítima e o encerramento da disputa que envolvia problemas específicos, o fortalecimento do Estado Moderno fez surgir o que Mario Sbriccoli chamou de *giustizia egemonica*<sup>24</sup>, caracterizada pela função dos julgamentos de punirem a desobediência à autoridade política e garantirem a obediência à lei<sup>25</sup>.

O caso de Portugal não foi diferente dos seus vizinhos, exceto pela relativa anterioridade na utilização da lei para definir condutas que seriam punidas pelo poder régio. Há registros de atividades legislativas pelo menos desde as Cortes de Coimbra de 1211, as quais seguiram o modelo em que o rei se acercava dos representantes dos estados do Reino para legislar<sup>26</sup>. As inúmeras leis

---

22 Sobre a *Ordonnance* de 1670, cf., entre outros, BOULANGER, Marc. “Justice et absolutisme : la grande Ordonnance Criminelle d’août 1670”, em *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, T. 47e, No. 1 (Jan. - Mar., 2000), *Ordre et désordres, XVIIe-XXe siècles*, pp. 7-36.

23 Sobre o surgimento de uma legislação criminal na Suécia, cf. PIHLAJAMÄKI, Heikki. “Legalism before the Legality Principle? Royal Statutes and Early Modern Swedish Criminal Law”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 169-188. Para a Bélgica, cf. MONBALLYU, Jos. *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*. Acco, Leuven, 2006, pp. 37-38.

24 SBRICCOLI, Mario. “Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale”, em SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 1223-1246.

25 MECCARELLI, Massimo. “Dimensions of Justice from the Middle Ages till Juridical Modernity”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 51-53.

26 Sobre esse modelo de processo legislativo, cf. MOHNHAUPT, Heinz. “Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime”, em *Ius commune* 4 (1972), pp. 188-239. Para o caso português, notadamente sobre as cortes, cf., entre muitos outros, CARDIM,

foram compiladas, organizadas e publicadas inicialmente entre 1445 e 1446, tornando-se a compilação conhecida como Ordenações Afonsinas, em referência a D. Afonso IV, em cujo reinado se concluiu a empreitada. Atualizações se deram em 1521, quando as Ordenações do Reino passaram a ser conhecidas como Manuelinas, e em 1603, com a atualização que redundou nas Ordenações Filipinas. A sua divisão interna em cinco livros, sendo o último dedicado ao Direito Penal e ao Processo Penal, não se alterou nas três compilações.

É fundamental não perder de vista o caráter não sistemático das Ordenações, que não pretenderam ser códigos. Tratou-se de compilação com origens casuísticas<sup>27</sup>, as quais se refletem, por exemplo, quando, em matéria penal, não há as definições gerais que caracterizaram as tentativas de compilação da segunda metade do século XVIII e, principalmente, no Estado liberal. A ausência de definições sobre as quais se ergue todo o direito penal moderno, como crime, dolo e culpa, não significa que não se trabalhasse com elas. Essas ideias foram sendo moldadas pela *opinio communis*, na forma como fizera Deciano<sup>28</sup>, o que significava não ser a lei o local adequado para encontrar essas referências.

As Ordenações não apresentaram um conceito exposto de crime, e a forma de lidar com os crimes específicos também fugia do abstrato. Isso porque, salvo em algumas exceções pontuais, como o crime de lesa majestade, o raciocínio do Direito Penal no Antigo Regime era muito mais voltado para a pessoa que incorria no delito do que, propriamente, para o crime como categoria. É por essa razão que, no Livro V das Ordenações Filipinas, o Título XII se chamava “Dos que fazem moeda falsa, ou a despendem, e dos que cerceiam a verdadeira, ou a desfazem”, o Título XV se chamava “Do que entra em mosteiro, ou tira freira, ou dorme com ela, ou a recolhe em casa”, o Título XXXV era “Dos que matam, ou ferem, ou tiram com arcabuz, ou Besta” e o Título LIV “Do que disser testemunho falso, e do que o faz dizer, ou comete, que o diga, ou usa dele”. No rol de crimes, situavam-se condutas em que se comunicavam fortemente direito temporal laico e direito canônico, razão pela qual não eram raros os problemas de definição de competência, como se verá adiante.

---

Pedro. *Cortes e cultura política no Portugal do Antigo Regime*. Lisboa, Edições Cosmos, 1998.

27 TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *Casuísmo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

28 DECIANI, Tiberio, op. Cit., Liv 1, Cap. 4 (De dolo), pp. 3v-5v, Cap. 6 (De culpa), pp. 7-11v, e Cap. 9 (De crimine), pp. 13-14.

Mesmo se encontrando referências a punições bastante duras no Livro V, como a morte cruel ou as possíveis mutilações, não havia uma lista exaustiva de penas que poderiam ser aplicadas em casos de condenação nem a atribuição de penas específicas para cada delito (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) se constituía uma característica essencial do tratamento do crime<sup>29</sup>. Ou seja, definir as penas que poderiam ser aplicadas a cada crime não era essencial para todos os delitos previstos pelas Ordenações. Os juízes aplicavam as penas seguindo critérios de equidade que caracterizavam a atividade judicante como arbitrária, dentro do sentido de *arbitrium* recuperado por Massimo Meccarelli<sup>30</sup>. Desta forma, eles tinham uma larga margem de discricionariedade na definição da pena.

Ocorre que a mera condenação a uma pena, fosse ela cruel ou mais branda, não significava, necessariamente, a sua aplicação de fato. Como bem lembra Hespánha, havia vários fatores que dificultavam a aplicação dessas penas, como a multiplicidade de jurisdições, as delongas processuais e os muitos condicionalismos a que sua aplicação se submetia<sup>31</sup>. A partir da análise de dados estatísticos exemplares, o autor percebeu que, no período aqui tratado, penas como a capital eram executadas com uma frequência muito baixa<sup>32</sup>, pelo menos até a segunda metade do século XVIII. Entre os fatores apontados pelo estudo, destaca-se a ampla possibilidade de comutação da pena mais grave por uma menos severa – normalmente a pena capital pela de degredo, a qual também tinha aplicação severamente dificultada – ou mesmo o perdão pela condenação, e isso porque, acima da justiça ordinária, estava o poder extraordinário da graça de que os reis costumavam ser dotados<sup>33</sup>.

Quando se comparam os dados apresentados e discutidos por Hespánha com as fontes que serão utilizadas por este trabalho, os resultados apontam para uma convergência. As *decisiones* que trataram de matéria criminal, ao contrário do que poderia esperar um leitor mais desavisado, não mostraram penas cruéis nem execuções-espetáculos nem muito menos um abuso do po-

29 HESPANHA, António Manuel, op. cit., p. 497.

30 Cf. Principalmente MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in Età di diritto comune*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1998, pp. 97-128.

31 HESPANHA, António Manuel, op. cit., pp. 501-502.

32 HESPANHA, António Manuel, op. Cit., pp. 503-530.

33 Sobre o tema, Cf. HESPANHA, António Manuel. “La economía de la gracia”. *La gracia del Derecho: economía de la cultura en la Edad Moderna*. Trad. Ana Cañellas Haurie. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 151-176.

der do Estado na condenação. A posição dos autores e das decisões judiciais por eles referidas descreve uma realidade institucional em que o Estado busca a sua afirmação como poder hegemônico no seu espaço jurídico, sem que isso representasse um discurso de terror. No século XVI, já não há como negar que se está diante de uma *giustizia egemonica*, que, vendo a necessidade, condenava e aplicava penas tipicamente representativas desse poder, como as de banimento e confisco de bens<sup>34</sup>; entretanto, era um Estado que seguia regras que residiam além do direito natural e do direito divino: pelas fontes que aqui se utilizam, as regras que se costumavam seguir derivavam do próprio direito positivo.

## 2 LITERATURA DE DECISIONES

### 2.1 Características gerais

Com a expressão “literatura de *decisiones*”, pretende-se alcançar todas as obras que possuam as características que serão discutidas a seguir. Como retratou Milleti, desde o século XVII os repertórios bibliográficos costumavam agrupar numa mesma categoria as obras estudadas por este trabalho<sup>35</sup>, incluindo num mesmo grupo os livros de autores bastante populares na era do *ius commune*, a exemplo de Matthaes De Afflictis, Guido Papa, Octavianus Cacheranus d’Osascus, Johannes Gail, entre outros. No mais importante trabalho sobre fontes e produção doutrinária no Antigo Regime, o *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, organizado por Helmut Coing, essas obras foram chamadas de *Rechtssprechungssammlungen*; vários autores escreveram sobre este gênero e sua materialização em diversas partes da Europa (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Holanda, Bélgica e Escócia), elaborando, inclusive, listas das obras publicadas e ligadas ao gênero. A partir desses repertórios, foram encontradas as referências sobre as quais se trabalhou<sup>36</sup>.

34 Sendo sentido, cf., entre outras *decisiones*, CABEDO, Jorge de. *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Ioannem Keerbergium, Antuérpia, 1620, pars 1, Dec. LVII, p. 2.

35 MILETTI, Marco Nicola. *Stylus iudicandi: le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in Età Moderna*. Jovene, Napoli, 1998, pp. 1-10.

36 Para detalhes sobre o panorama europeu da literatura de *decisiones*, cf. CABRAL, Gustavo César Machado Cabral, op. Cit., pp. 93-100.



Allain Wijffels identificou essas obras com os *reports*, categoria de trabalhos dedicados à coletânea e ao comentário direto de decisões dos tribunais reais ingleses<sup>37</sup>; acredita-se, contudo, que essa identificação não seria absolutamente precisa, tendo em vista que, nos *reports*, a decisão judicial exercia um papel de protagonismo que nem sempre era observado na literatura de *decisiones*. Por essa razão, optou-se por não utilizar esse termo para fazer referência a este gênero. O termo *decisiones* foi escolhido em virtude de grande parte de essas obras terem esta expressão no título e, principalmente, por fazerem da *decisio* a unidade fundamental dentro do livro, funcionando com uma espécie de capítulo. Nem todas as obras analisadas seguiram esse padrão, a exemplo das *Singularium observationum iudicij imperialis camerae*, de Joachim Mynsinger von Frundeck, e *as Practicarum observationum*, de Andreas Gail. O título, portanto, não era determinante para identificar a obra como parte deste gênero.

Em trabalho anterior dedicado ao tema, buscou-se, a partir de uma ampla leitura comparada das obras dos principais autores comumente elencados neste gênero, estabelecer as características mais marcantes para a literatura de *decisiones*, tornando possível enxergar nessas obras um verdadeiro gênero da literatura jurídica. Aqui serão resumidas essas características, as quais devem ser observadas como uma totalidade; ou seja, em todas as obras de literatura de *decisiones* as quatro características estiveram presentes<sup>38</sup>.

A primeira característica é o *raciocínio tópico/problemático*, o que se observou com muita frequência entre os juristas medievais e modernos. O pensamento desses autores era apresentado sem que se preocupasse a construção de um grande sistema, pretensão que só passou a ser priorizada no começo do século XVIII, essencialmente com Christian Wolff e Christian Thomasius. Este raciocínio casuísta era marcado pela preocupação com a apresentação de problemas e a proposição de soluções, lançando-se para questões concretas uma argumentação convincente.

O segundo aspecto diz respeito ao texto, que era, essencialmente, uma *peça argumentativa*. Como partiam de problemas, os autores pretendiam

---

37 Entre outros trabalhos, WIJFFELS, Alain. "Orbis exiguus. Foreign legal authorities in Paulus Christianaeu's Law Reports", em DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions*. Volume 2: 'Foreign' Law. Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 37-62.

38 Essas características foram abordadas com mais profundidade em CABRAL, Gustavo César Machado, op. Cit., pp. 80-88.

construir soluções para o que se estava a discutir, e isso acarretava a transformação do texto num verdadeiro libelo argumentativo destinado ao convencimento do leitor quanto à correção da opinião apresentada. Para essa finalidade, os argumentos trazidos deveriam ser suficientemente consistentes, baseando-se na estrutura lei/decisões judiciais/opinião dos autores, na qual eram fundamentadas as opiniões nesses livros. Não eram quaisquer leis nem decisões de todo tribunal nem tampouco opiniões de autores pouco relevantes; as leis eram régias, os tribunais eram os mais altos do reino<sup>39</sup> e os autores eram os mais importantes dentro da *opinio communis doctorum*.

Em terceiro lugar, observou-se que a origem dos problemas concretos apresentados estava na *prática processual*, especialmente nos grandes tribunais régios. Muitas vezes, isso se observava a partir dos próprios títulos dos livros, que relacionavam o conteúdo das *decisiones* (unidades argumentativas dessas obras) a um tribunal; isso ocorreu, por exemplo, com o Sacro Regio Consiglio de Nápoles nas *Decisiones S. R. Consilii Neapolitani* de Matthaeus De Afflictis, o Senado de Piemonte nas *Decisiones S. Senatus Pedemontani* de Octavianus Cacheranus d'Osasco e com o Parlement de Grénoble nas *Decisiones grationopolitanae* de Guido Papa. É fundamental perceber, contudo, que o fato de a obra se basear em problemas práticos significava essencialmente que essas questões haviam sido inspiradas em casos práticos; isso não significa, contudo, que houvesse necessariamente uma referência ao caso concreto que originou o problema retratado na *decisio*. Se isso foi comum em autores como De Afflictis ou Guido Papa, em outros, como Álvaro Valasco, não se observou com tanta frequência. A consequência disso é que as obras de *decisiones* possibilitavam aos leitores um acesso a algo que não era tão facilmente conhecido, o conteúdo das decisões dos grandes tribunais.

Por fim, percebeu-se que os *autores dessas obras tinham ligações com os tribunais* que haviam inspirado as questões. Quase todos foram juízes desses tribunais, a exemplo de Benedikt Carpzov (*Decisiones illustres saxonicae*) na Suprema Corte de Apelação da Saxônia, Johannes Petrus Surdus (*Decisiones S. Mantuani Senatus*) no Senado do Ducado de Mantova e Johannes à Sande (*Decisiones Frisicae siue rerum in Suprema Frisiorum Curia*) no Raad da Frí-

---

39 Não era frequente, mas foram encontradas referências a julgados estrangeiros nas obras desses autores. Sobre o tema, cf. WIJFFELS, Alain, op. Cit., pp. 37-62; NÖRR, Knut Wolfgang. “Iura novit curia: aber auch fremdes Recht”, em DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions*. Volume 2: ‘Foreign’ Law. Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 9-16.

sia, nas Províncias Unidas. Em menor escala, houve autores que se atuaram como advogados com permissão especial para litigarem nesses tribunais, como Paul van Christynen ou Christianaeus (*Practicarum quaestionum rerumque in Supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones*) no Grande Conselho de Mechelen, nas Província Unidas, e Belchior Febo (*Decisionum Senatus Regni Lusitaniae*) na Casa da Suplicação de Lisboa. Isso explica como os autores tinham acesso a julgados dos grandes tribunais em uma época em que ainda se falava em *arcana imperii* para órgãos jurisdicionais.

Como já se afirmou, essas características não devem ser observadas isoladamente, mas em conjunto. Em todos os autores analisados, cada uma delas esteve presente.

## 2.2 A produção portuguesa de decisiones

Em Portugal, a produção da literatura de *decisiones* começou relativamente tarde. Se na França as primeiras obras do gênero foram os manuscritos, impressos séculos depois, elaborados por Aegidius de Bellemera e Jean Le Coq, ainda no século XIV, e o mais famoso desses livros, o de Matthaes De Afflictis, teve a sua primeira edição em 1499, em terras lusitanas a primeira obra foram as *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae*, de António da Gama, impressa em 1578. A partir de investigações em repertórios bibliográficos, como a *Bibliotheca Lusitana*, de Diogo Barbosa Machado, e o recente banco de dados do Projeto SILA<sup>40</sup>, foram encontradas oito obras ligadas à literatura de *decisiones*. As *Decisiones et quaestiones Senatus Archiepiscopalis Metropol. Ulyssiponensis Regni Portugalia* (1643), de Manuel Themudo da Fonseca, foram elaboradas a partir da prática processual do tribunal da Arquidiocese de Lisboa, fugindo dos objetivos deste artigo, da mesma forma que as *Decisiones seu questiones forenses ad amplissimo integerrimoque Portuensi Senatu decisiae* (1738), de Diogo Guerreiro Camacho de Aboim, cuja origem dos problemas práticos estava na jurisprudência da Relação do Porto. Priorizaram-se, para este trabalho, as obras relacionadas à jurisdição secular e do mais alto tribunal português no Antigo Regime, a Casa da Suplicação.

---

40 O Projeto SILA (*Stotia Iurisprudentiae Lusitanae Antiquae*) foi organizado pelos professores Nuno Camarinhas e António Manuel Hespanha, que gentilmente cedeu a este autor os resultados, e consiste num banco de dados que contempla toda a produção jurídica entre os séculos XVI e XVIII. Os dados são bastante completos, alcançando todos os gêneros literários produzidos em Portugal nesse período.

Este trabalho lidou, portanto, com as seis obras mais representativas deste gênero literário em Portugal, a saber: *Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae*, de António da Gama, primeira edição de 1578; *Decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae*, de Álvaro Valasco, primeira edição em 1588<sup>41</sup>; *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, de Jorge de Cabedo, primeira edição de 1602<sup>42</sup>; *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, de Belchior Febo, primeira edição de 1619<sup>43</sup>; *Decisiones Supremi Senatus Portugaliae*, de Gabriel Pereira de Castro, primeira edição de 1621; e *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fisci*, de António de Sousa de Macedo, primeira edição de 1660. Em meio aos outros gêneros literários produzidos em Portugal<sup>44</sup>, o número de obras ligadas às *decisiones* pode ser considerado como bastante relevante.

Como já mencionado no primeiro tópico deste artigo, algumas das obras de *decisiones* foram verdadeiros sucessos editoriais. Os trabalhos de Gama, Valasco e Cabedo tiveram mais de dez edições, algumas delas publicadas nos principais centros editoriais da Europa do período, como Veneza, Antuérpia, Frankfurt am Main, Colônia e Genebra, além de edições que saíram em Lisboa e Coimbra. O primeiro tomo de Febo saiu em 1619, com uma segunda edição em 1623, e o segundo saiu sozinho em 1625; a partir de 1672 e por outras três vezes (1713, 1737 e 1760), foram publicados conjuntamente, sempre em Lisboa e Coimbra. Tiveram quatro edições tanto Castro (entre 1621 e 1745) e Macedo (entre 1660 e 1734), todas em Lisboa e Coimbra.

### 3 DECISIONES E DIREITO PENAL: VISÃO GERAL E COMPARATIVA DAS OBRAS

#### 3.1 Visão geral

##### 3.1.1 As matérias criminais

Os parâmetros que guiarão um estudo comparado das obras de *decisiones* em Portugal são tanto de ordem formal quanto material. Com relação ao

---

41 O primeiro tomo foi editado inicialmente em 1588, ao passo que o segundo tomo saiu pela primeira vez em 1601.

42 A primeira edição do segundo tomo datou de 1604.

43 O primeiro tomo foi publicado em 1619, saindo o segundo apenas em 1623.

44 Para um panorama amplo dos gêneros literários produzidos em Portugal, cf. HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Almeida, Coimbra, 1982, pp. 518-524.

primeiro, a comparação das obras pode envolver aspectos como a quantidade de edições, os editores e as cidades em que foram editados; a estrutura formal também pode ser estudada, a fim de saber se houve semelhanças, por exemplo, no uso e na forma como se apresentavam e se estruturavam as unidades argumentativas dos livros, as *decisiones* ou, no caso de Valasco, as *consultationes*. Já na questão material, é essencial que a análise recaia sobre os fundamentos das *decisiones*, ou seja, aquilo em que se apoiavam os autores para optar por um ou outro caminho argumentativo; esses fundamentos seguiam basicamente o já mencionado tripé legislação/jurisprudência/opinião dos autores, ou seja, ou eram doutrina, ou decisões dos grandes tribunais ou textos legais, com as características que tinham as leis no Antigo Regime<sup>45</sup>.

Com a análise material dessas obras, por sua vez, possibilitou-se conhecer o conteúdo de cada uma das *decisiones* e os temas por elas abordados. Como a intenção era estabelecer uma comparação entre as obras a partir de critérios materiais, optou-se, no trabalho monográfico mencionado anteriormente, por classificar cada *decisio* de acordo com grupos temáticos fixados com essa finalidade taxonômica. Tomando como base a estrutura das Ordenações do Reino, foram estabelecidos quatro grupos: ao primeiro, pertenciam matérias de direito público e de direito eclesiástico<sup>46</sup>; ao segundo, as *decisiones* com conteúdo predominantemente de direito processual civil; ao terceiro, as questões de direito privado; e ao quarto, as questões de direito penal e processo penal. No trabalho anterior, aprofundou-se a comparação a partir da verificação dos temas que mais se repetiam em cada grupo, a fim de estabelecerem estatísticas das discussões mais frequentes. No entanto, não era sua intenção realizar um estudo mais verticalizado desse conteúdo, tendo-se pretendido essencialmente fornecer uma visão que possibilitasse enxergar essas obras como um gênero literário com características próprias. Acredita-se que a análise desses conteúdos seja mais adequada para artigos específicos.

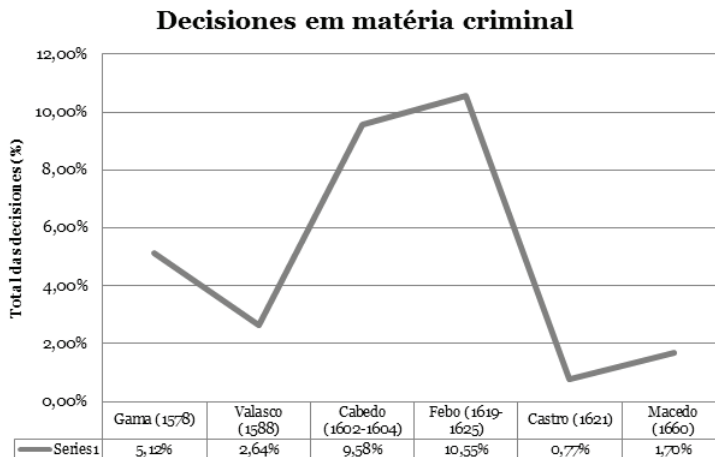
As estatísticas comprovam que o direito penal foi, em todas as obras analisadas, o grupo menos frequente. Se a maior parte das *decisiones* tratou de

---

45 Sobre o poder de legislar e as características da legislação no Antigo Regime, cf. MOHNHAUPT, Heinz, op. Cit.

46 Diante da dificuldade de se tratar do Direito Público no Antigo Regime, seguiu-se uma linha em que se viam como parte deste grupo as questões que abordassem temas como doações régias, bens régios, ofícios, tributos, organização da justiça (em que não se tratasse de questões processuais) e privilégios, razão pela qual as matérias de direito eclesiástico que aqui se classificaram diziam respeito aos privilégios concedidos à Igreja.

questões relativas ao direito privado, em direito penal esse número foi bastante reduzido. O gráfico abaixo retrata os referidos números:



Enquanto o interesse pelo direito penal parece ter sido maior em Jorge de Cabedo e em Belchior Febo, em António da Gama e em Álvaro Valasco ele foi bem menor, ao passo que em Gabriel Pereira de Castro e em António de Sousa de Macedo ele foi mínimo. Foram encontradas, no total, 84 (oitenta e quatro) *decisiones* tratando de matéria penal e processual penal. Analisando os números por cada autor separadamente, tem-se os seguintes resultados: em Gama, 20 *decisiones* cuidaram de questões de direito e processo penal num total de 390; em Valasco foram 5 de 195 (dois tomos); em Cabedo, foram 32 de 334 (dois tomos); em Febo, 23 de 218 (dois tomos); em Castro, 1 de 129; e em Macedo 2 de 117. Ao se comparar os resultados de direito penal com outros grupos, percebe-se que, de fato, não se tratou de tema da predileção dos decisionistas: se em Gabriel Pereira de Castro direito penal não correspondeu sequer a 1% do total, as questões envolvendo direito privado chegaram aos 78%, número próximo aos 72% de Valasco e ainda inferior aos 84% de Gama.

Por um lado, esses números significam, sem dúvida, um pequeno interesse pelas matérias criminais, o que pode ter diversas explicações. Entretanto, eles não podem levar ao pesquisador a relegar esses casos a um plano de inferioridade. Mesmo sendo poucos os casos em que as obras de *decisiones*

cuidaram de questões criminais, elas oferecem inúmeras possibilidades de discussões sobre como era encarado e aplicado o direito penal pela doutrina jurídica e pelos tribunais.

As questões indicadas pelo título deste trabalho foram algumas das mais importantes entre as enfrentadas pela literatura de *decisiones* em matéria criminal. Por serem questões que se relacionam intimamente com o exercício do poder político dentro do reino, compreender a forma como esses autores lidavam com esses temas pode auxiliar a enxergar, de forma geral, a organização do Estado em Portugal.

### 3.1.2 Os fundamentos das decisiones

Por fundamentos das *decisiones* entendem-se os elementos utilizados pelos autores para convencerem os seus leitores da adequação da sua posição. Como já anteriormente mencionado, o contexto do Baixo Medievo e dos primeiros séculos da Idade Moderna foi marcado por um raciocínio jurídico baseado na ideia de autoridade, o que implicava uma real necessidade dos autores de obras jurídicas de tornarem muito claras não somente as razões que os levaram àquelas opiniões, mas, principalmente, o que garantia que, entre várias opiniões possíveis, a adotada pelo autor era a mais adequada. Apresentar os fundamentos significava, na realidade, tentar convencer os seus leitores da força das opiniões defendidas na obra.

De uma maneira geral, os argumentos apresentados pelos juristas seguiam uma tipologia muito próxima ao que hoje se entende como fontes do direito<sup>47</sup>, sendo fundamental a ideia de autoridade, é dizer, as fontes do direito só existiam enquanto tal por serem dotadas de autoridade. Diante desse panorama, os autores buscavam fundamentar as suas obras com referências a legislação, decisões dos tribunais e opiniões de outros juristas. Mesmo sendo, na prática

---

47 Para crítica ao uso do termo fontes do direito na História do Direito, alertando para o significado contemporâneo, o qual se relaciona intimamente ao processo de sistematização no século XVIII, cf. GARRÉ, Roy. *Consuetudo: das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und der Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16. – 18. Jahrhundert)*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, pp. 12-14. Não obstante, trata-se de termo constante utilizado em leituras sobre o tema na Idade Moderna, como, por exemplo, o trabalho de Peter Oestmann sobre a pluralidade de direitos e ordenamentos no Sacro Império, no qual as menções aos *statuta* e aos *consuetudines* enquanto fontes do direito eram muito constantes. Cf., OESTMANN, Peter. *Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2002, pp. 29-36.

do período, uma das mais relevantes fontes do direito, praticamente não se encontraram referências a costumes locais nas obras de *decisiones* portuguesas.

Desta forma, passa-se à análise de cada um dos fundamentos das *decisiones*, vinculando-se os dados à matéria criminal.

### 3.1.2.1 *Legislação*

O conceito de legislação adotado para os fins deste texto é bem mais estrito do que o pensado, por exemplo, por Victor Tau Anzoátegui para o *derecho indiano*. De acordo com o autor, o termo *lei* pode ser encarado sob pelo menos três perspectivas, dentre as quais se destaca a ideia de lei como norma escrita e promulgada por autoridade competente<sup>48</sup>. Nesse conceito, enquadram-se, por exemplo, tanto normas gerais quanto normas específicas, bem como normas produzidas pelos poderes locais, no sentido dos *statuta*, ou por pessoas com jurisdição de outra natureza, como as normas de direito canônico, as quais poderiam ser elaboradas, por exemplo, por um bispo após um sínodo diocesano.

Adotou-se aqui uma noção mais estrita do conceito de legislação, a qual se foca mais fortemente na autoridade política e no poder régio como legislador<sup>49</sup>; nasce a lei, portanto, do poder soberano, que tem a prerrogativa de dizer o direito (*iurisdictio*<sup>50</sup>). Logicamente não se negam as considerações do parágrafo anterior, com as quais se está plenamente de acordo. Ocorre que a adoção de um conceito mais estrito de legislação é decorrência clara do que se encontrou nas *decisiones* dos autores portugueses estudados. Exceto por algumas menções muito específicas a disposições do Concílio de Trento, que tinham natureza de lei para o direito canônico, a legislação mencionada por esses autores foi basicamente oriunda do poder régio. Nas *decisiones* em matéria criminal, foram raras as menções a leis que não fossem portuguesas, mas, quando elas aconteceram, a referência foi sempre ao direito fruto do poder régio.

Na discussão criminal, em praticamente todas as menções a leis portu-

---

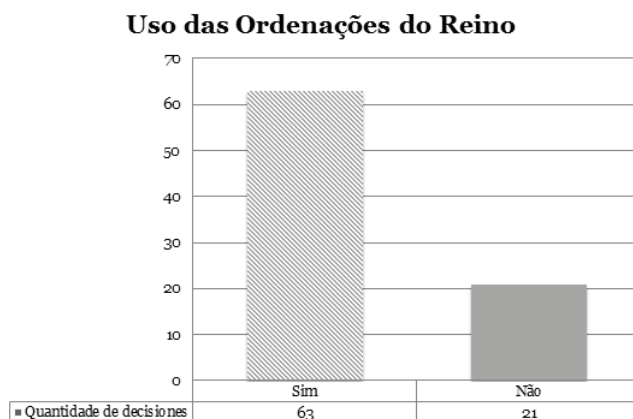
48 TAU ANZOÁTEGUI, Victor. “La noción de ley en America Hispana durante los siglos XVI a XVIII”, em TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *La ley en America Hispana: del descubrimiento a la Emancipación*. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 27-30.

49 Nesse sentido, cf. MOHNHAUPT, Heinz, op. Cit.

50 Nesse sentido, cf. COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere politico nella publicistica medievale (1100-1433)*. Giuffrè, Milano, 2002.



sas a referência foi às Ordenações do Reino, das quais já se falou na primeira parte do trabalho. Verificando, em cada uma das oitenta e quatro *decisiones* aqui analisadas, os dados sobre a utilização das Ordenações do Reino na construção da sua argumentação, os resultados foram os seguintes:



Do total, em 75% das *decisiones* há referências às Ordenações do Reino para fundamentar a sua opinião<sup>51</sup>. É importante saber, no entanto, que, quando da primeira edição das obras de António da Gama, Álvaro Valasco e de Jorge de Cabedo, as Ordenações vigentes eram as publicadas em 1521, conhecidas como Manuelinas. Cabedo participou, inclusive, do grupo responsável pela atualização que acarretou a publicação das chamadas Ordenações Filipinas, em 1603, as quais foram citadas pelos demais autores. Como para este tópico o mais importante é visualizar que esses autores se utilizavam de lei para a construção dos seus argumentos, optou-se por reunir num mesmo

51 A lista completa de *decisiones* em que aparecem referências diretas às Ordenações é a seguinte: a) António da Gama: *decisiones* LX, LXIII, CXXXIX, CXLII, CLXIX, CLXX, CLXXI, CCLXXIII, CCCLXII e CCCLXVIII; b) Álvaro Valasco: *consultationes* LXXXI, CLXIX, CLXX e CLXXIV; c) Jorge de Cabedo: *decisiones* XXIII, XXIV, XXIX, LII, LIII, LV, LVI, LVII, LXVII, LXXI, LXXIII, LXXV, LXXVIII, LXXIX, CXIII, CXCI, CCIX e CCX, no primeiro tomo, e L, LVII, LX, LXII e LXXXII, do segundo; d) Gabriel Pereira de Castro: *Decisio* LXXXVIII; e) Belchior Febo: *deciones* IX, X, XVIII, XXIII, XXXI, XLIX, LIII, LXIV, LXIX, LXXIX, LXXXI, CVIII, CXII, CXXII, CXXV, CXXXI, CXXXII, CXLIII, CXLIV, CLXIV, CLXXVIII, CLXXXIII e CXCIV; f) António de Sousa de Macedo: *decisiones* LXX e LXXVIII.

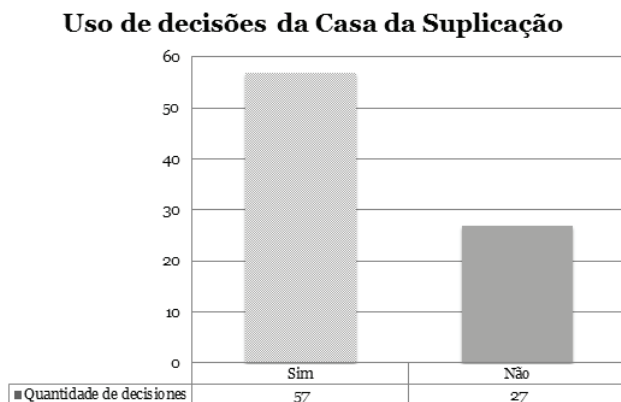
grupo as referências às duas ordenações gerais que se sucederam no tempo, o que se torna ainda mais justificável em virtude de serem os textos muito parecidos.

Deve-se mencionar, ainda, que Valasco e Cabedo, além das Ordenações, utilizaram as Leis Extravagantes organizadas em 1568 por Duarte Nunes do Lião<sup>52</sup>. Em contrapartida, não se encontraram referências a outras leis fora das Ordenações nas *decisiones* que versaram sobre matéria criminal.

### 3.1.2.2 *Decisões de tribunais*

Como já exposto, a literatura de *decisiones* não se constituiu meramente um repositório de decisões tomadas pelas mais altas cortes de justiça dos Estados europeus. Os casos julgados pelos tribunais costumavam se constituir, em essência, pontos de partida para a discussão nos livros. Os problemas concretos a serem enfrentados pelos autores costumavam ter origem na prática processual, mas isso não significava, por outro lado, a necessidade de se estar vinculado, na composição do livro, às decisões dos tribunais. Em outros termos, a literatura de *decisiones*, ainda que partisse de problemas concretos que costumavam ter origem nos tribunais, nem sempre apresentaram referências explícitas aos casos julgados.

Nesse sentido, os dados levantados sobre a presença de referências a decisões de tribunais na literatura de *decisiones* foram os seguintes:



<sup>52</sup> Utilizou-se a Legislação Extravagante organizada por Duarte Nunes do Lião nas *decisiones* LXXVII e LXXXIX, primeiro tomo, de Jorge de Cabedo e nas *consultationes* XLVIII e CLXIX, de Álvaro Valasco.

Do total de 84 (oitenta e quatro) *decisiones* que cuidaram de material penal e processual penal nos seis livros analisados, 57 (cinquenta e sete) apresentaram referências a decisões de tribunais (67,8%)<sup>53</sup>, ao passo que 27 (vinte e sete) não o fizeram. Para considerar como efetiva a existência de referências em uma *decisio*, considera-se a presença de alguma informação mais detalhada do que uma vaga menção no estilo “decidiu-se”, “foi decidido”, “julgou o tribunal”, entre outros. Assim, referências aos nomes das partes, à cidade de origem do processo, à data da decisão na Casa da Suplicação, aos nomes dos desembargadores e do escrivão e até mesmo a transcrição do dispositivo do acórdão, todos juntos ou com a presença de alguns deles, contanto que possibilitem identificar minimamente a causa, são suficientes para enquadrar no primeiro grupo.

A maneira como eram feitas as menções às decisões, no entanto, não foi uniforme, já que a quantidade de informações presentes nelas era variável. Em alguns casos, aos quais se fará referência adiante, informações como os nomes das partes eram expressamente mencionadas, além das muito comuns referências aos votos favoráveis ou desfavoráveis dos desembargadores, também com menção expressa. Especificamente quanto a essa questão, percebe-se que a literatura de *decisiones* facilitou o começo da superação do bloqueio que havia, desde o Medievo, dos segredos das deliberações dos tribunais, clara manifestação do que se conhece como *arcana imperii*<sup>54</sup>; e isso tanto

---

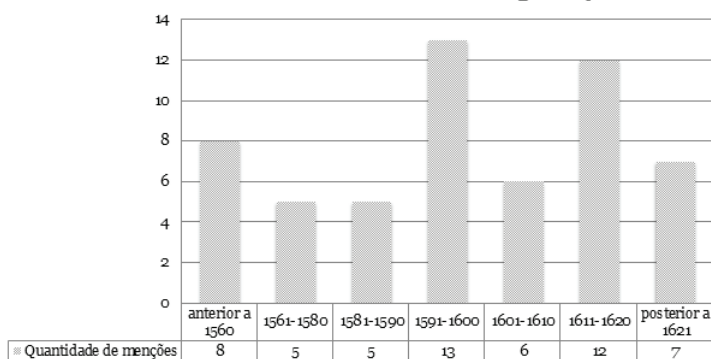
53 A lista completa de *decisiones* em que aparecem referências diretas a decisões da Casa da Suplicação é a seguinte: a) António da Gama: *decisiones* LIII, LX, LXIII, CXXXIX, CXLI, CXLII, CLXIX, CLXX, CLXXI, CLXXX, CCII, CCXXXIV, CCLXXIII, CCLXXIX, CCLXXX, CCLXXXI, CCCIX, CCCLXII, CCCLXIII e CCCLXVIII; b) Álvaro Valasco: *consultationes* XLVIII, LXXXI, CLXIX, CLXX e CLXXIV; c) Jorge de Cabedo: *deciones* XXIII, XXIV, XXIX, LII, LIII, LV, LVI, LVII, LXV, LXVII, LXXI, LXXIII, LXXV, LXXVII, LXXVIII, LXXIX, LXXXIX, XC, CXIII, CLVI, CLXXIV, CLXXXV, CXCI, CXCII, CCVI, CCIX e CCX, no primeiro tomo, e L, LVII, LX, LXII, LXXXII e LXXXIII, do segundo; d) Gabriel Pereira de Castro: *Decisio* LXXXVIII; e) Belchior Febo: *deciones* IX, X, XVIII, XXII, XXXI, XLIX, LIII, LXIV, LXIX, LXXIX, LXXXI, CVIII, CXII, CXXII, CXXV, CXXXI, CXXXII, CXLIII, CXLIV, CLXIV, CLXXVIII, CLXXXIII e CXCIV; f) António de Sousa de Macedo: *decisiones* LXX e LXXVIII.

54 “*Arcana imperii*” – die Geheimnisse der Herrschaftsausübung oder die verborgene Seite der Macht, das ist eine heute fast vergessene Formel. In den Wissenschaften ist zwar von Arkandisziplinen die Rede, in der Politik werden Arkanpraktiken als Verstoß gegen das Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie gerügt, in Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht steht das Prinzip der Öffentlichkeit gegen die ‘monarchische Arkantradition’, Doch gehört die Formel ‘*arcana imperii*’ heute nicht mehr zum Arsenal gängiger Redewendun-

porque as *decisiones* possibilitavam ir além da parte meramente dispositiva das decisões dos tribunais, possibilitando-se o acesso aos fundamentos da decisão, quanto pelo conhecimento, não raras vezes, do processo de decisão do tribunal e da opinião de cada desembargador no processo específico.

Duas espécies de informação relacionadas à presença de decisões dos tribunais merecem especial atenção neste trabalho, pois possibilitam conhecer, ainda que a partir de uma amostragem bastante reduzida, a prática processual portuguesa dos séculos XVI e XVII. Trata-se de detalhes sobre as datas de julgamento da decisão mencionada e sobre os locais de origem dos processos. Das 57 *decisiones* em que houve referências a decisões de tribunais, em 41 (quarenta e uma) houve menção ao ano em que a Casa da Suplicação decidiu o caso. Organizando-se essas informações em grupos e considerando que em algumas *decisiones* houve referência a mais de uma decisão do tribuna, obtiveram-se os seguintes dados:

**Datas das decisões da Casa da Suplicação**



O mais antigo dos casos citados, de 1532, apareceu na *Decisio LX*, parte 2, de Jorge Cabedo, ainda que a obra de António da Gama tenha sido anterior e

---

gen der politischen und juristischen Sprache. Im Gegensatz hierzu ist im späten 16. und 17. Jahrhundert das ‘arcanum’ ein Schlüsselwort der Epoche”. STOLLEIS, Michael. “Arcana Imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts”, em STOLLEIS, Michael. *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, p. 37.

que sete dos dez casos julgados datados por ele mencionados datem da década de 1550. O caso mais recente é de 1657 e apareceu, obviamente, na obra de António de Sousa de Macedo, cuja primeira edição é de 1660.

Com relação à origem dos casos julgados pela Casa da Suplicação e posteriormente referidos na literatura de *decisiones*, perceberam-se dados dessa natureza em apenas 23 (vinte e três) *decisiones*. Considerando-se que, em algumas *decisiones*, houve menção a mais de um processo com indicação de cidade ou vila de origem, os dados obtidos foram os seguintes:

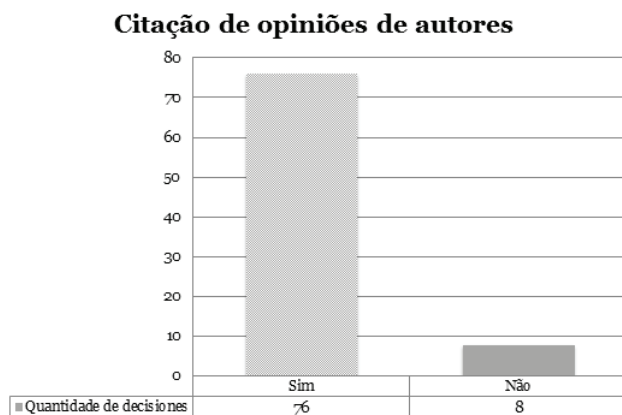
CIDADE OU VILA	QUANTIADE DE DECISIONES
Lisboa	4
Viana	3
Santarém	3
Vila Boim	1
Tavira	1
Setúbal	1
Ilha de São Tomé	1
Évora	1
Ericeira	1
Entre Douro e Minho	1
Elvas	1
Dagrela	1
Coimbra	1
Castelo Branco	1
Campo Maior	1

A presença mais efetiva de processos oriundos de regiões mais próximas à Coroa é exemplar da tendência da justiça régia de alcançar mais efetivamente essas áreas. Em virtude das inúmeras dificuldades que envolviam a efetividade do sistema recursal lusitano no período, incluindo as enormes distâncias que separavam os territórios ultramarinos e o Reino, não é de se espantar que, em matéria criminal, apenas na Decisão LXIII de António Gama haja sido mencionado processo que se originou fora do Reino, no caso a Ilha de São Tomé.

### 3.1.2.3 Autoridades dos autores

A literatura de *decisiones* era um gênero da literatura jurídica, o que implica dizer, com alguma obviedade, que ela era parte da produção erudita e doutrinária do período e compartilhava de alguns elementos comuns com os demais gêneros. Sem pretender aprofundar a discussão, sobre a qual já se escreveu anteriormente<sup>55</sup>, pode-se apontar como ponto de contato entre as formas de produção jurídica do Baixo Medievo e Idade Moderna a busca pela fundamentação dos argumentos em respeitadas opiniões de outros autores. A essa pluralidade de opiniões, muitas vezes conflitantes, chamou-se *opinio communis*. A construção dos argumentos não estava necessariamente ligada à quantidade de autores citados, mas sim à sua qualidade, ou seja, ao valor, à força e à capacidade de convencimento da sua opinião.

As obras aqui analisadas, em geral, recorreram, sobretudo, à opinião de outros autores para fundamentarem os seus textos, muito mais do que às decisões dos tribunais ou à legislação. Realizando-se um levantamento geral da quantidade de *decisiones* em que foi mencionado, para fins argumentativos, o nome de pelo menos um autor ou obra doutrinária, obtiveram-se os seguintes resultados:



Quando se colocam os dados em termos percentuais, percebe-se a diferença quantitativa com ainda maior intensidade: nada menos do que 90,4%

<sup>55</sup> Para uma visão geral da *opinio communis* nesse sentido, cf. CABRAL, Gustavo César Machado, op. Cit., p. 26-33.

das *decisiones* em matéria penal apresentaram pelo menos uma citação doutrinária. As oito *decisiones* que nenhum autor ou nenhuma obra mencionaram<sup>56</sup> foram, em absoluto, exceções em meio a uma regra que se apresentava de forma bastante clara: dever-se-ia buscar fundamentos nas opiniões mais importantes, a fim de que a nova obra fosse respeitada e se convertesse ela mesma numa opinião respeitada.

Um segundo nível de análise realizado a respeito da presença de autores foi uma tentativa de quantificação e de listagem individual daqueles que foram citados nessas obras. O parâmetro adotado foi o da quantidade de *decisiones* em que se utilizaram os autores, e os resultados foram os seguintes:

AUTOR	QUANTIDADE DE DECISIONES
Bártolo de Sassoferrato	54
Baldo de Ubaldi	37
Diego Covarruvias y Leiva	26
Alexander Tartagnus	23
Giulio Claro	17
António Gómez	16
Giacomo Menochio	15
André Tiraqueau	14
Hippolytus de Marsiliis	14
Paulo de Castro	14
Álvaro Valasco	13
Johannes Petrus Surdus	13
Philippo Decius	13
Prosperus Farinaceos	13
Angelo de Castro	12
Felinus Sandeus	12
Johannes Gutierrez	12
Bartolomé Saliceto	8
Ludovico Pontanus (Romanus)	8
Octavianus Cacheranus d'Osasco	8
Roberto Maranta	10

<sup>56</sup> Não se mencionaram opiniões de outros autores nas *decisiones* LXV e CXCI, primeiro tomo, de Jorge de Cabedo, e LXIII, CXLII, CLXX e CCCLXVIII, de António da Gama.

Tibério Deciano	8
Abade Panormitano/Nicolò De'Tedeschi	7
Barbosa	7
Giasone dal Maino	7
Martín de Azpilcueta Navarro	7
Sebastianus Vantius/Sebastiano Vanzi	7
Andrea Alciatus	6
António da Gama	6
Barthélemy Chasseneuz	6
Egidio Bossi	6
Giovanni D'Anania	6
Johannes Andreae	6
Matthaeus De Afflictis	6
Nicolas Boerius	6
Pedro Núñez de Avendaño	6
Petrus de Ancharano	6
Rodrigo Suárez	6
Aimone Cravetta	5
Jorge de Cabedo	5
Guiseppe Mascardi	5
Johannes de Imola	5
Luís de Molina	5
Petrus Rebuffi	5
Rolando do Valle	5
Aires Pinel	4
Andreas Gail	4
Angelus Aretinus	4
Benedictus Aegidius	4
Jerónimo Castillo de Bovadilla	4
Cino	4
Gregório López	4
Hieronymus Gigas	4
Lluís de Peguera	4
Paulo Parisi	4
Aegidius de Bellamera	3



EL DERECHO PENAL EN LA EDAD MODERNA

Alfonsus de Azevedo	3
Arch. Guido de Baisio	3
Bartholomeu Caepolla	3
Dynus Mugellanus	3
Francesco Vivio	3
Giovanni Cefalo/Johannes Cephalus	3
Hieronymus Gratis/Girolamo Grati	3
Jean Corserius (Capela Tholosana)	3
Johannes Franciscus Ripa	3
Mariano Socini	3
Thomaso Grammaticus	3
Antoninus Thesaurus	2
Camillo Borello	2
Etienne Aufreri/Stephanos Aufrerio	2
Guido Papa	2
Ignacio López de Salcedo	2
Josephus de Sesse	2
Juan Bernardo Días de Lugo	2
Juan Pedro Fontanella	2
Marco Antonio Pellegrini	2
Odraldo da Ponte	2
Pedro Agustin Morla/Velentinus	2
Philippus de Franchis	2
Remigio de Gonni	2
Sforza Oddi	2
Stephanus Gratianus	2
Acúrcio	1
Amator Rodrigues	1
Andre di Isernia	1
Andreas Ângulo	1
Antônio Cabrereros de Avendaño	1
Antonio de Butrio	1
Antonius Capicius	1
Antonius Faber	1
Antonius Maria Coratius	1

Bartolomé de Humada	1
Borgninus Caulcaneus	1
Burgos de Paz	1
Domingo de Soto	1
Fernando Rebello	1
Francisco Muñoz de Escobar	1
Franciscus Marcius	1
Fridericus Petruccius/Federicus	1
Gabriel Pereira de Castro	1
Garzia Mastrillo	1
Gaspar Pegado	1
Giacomo Antonio Marta	1
Giacomo Antonio Marta	1
Gonzalo Suarez de Paz	1
Guilielmus Cassadorus	1
Guilielmus Maynerius	1
Hieronymus Cagnolus	1
Joanes Bertachinus	1
Joannes Baptista de Sancto Blasio	1
Johannes Baptista Villalobos	1
Johannes Crotus	1
Johannes Nevizanus	1
Josephus Ludovicus	1
Juan Arce de Otálora	1
Marco Antonio Amato	1
Marco Antonio Natta	1
Martino Laudensis	1
Melchior Palaéz de Mieres	1
Paridis de Puteo/Paride del Pozzo	1
Pietro Cavallo	1
Simon de Praetis	1
Vincente de Franchis	1

Essa lista mostra, sobretudo, juristas, em sua esmagadora maioria italianos e autores de *consilia*, gênero que se aproximou bastante das *decisio-*

nes<sup>57</sup>. A presença de Bártolo em 64% das *decisiones* não é propriamente uma surpresa, bem como a pequena participação de autores portugueses em uma lista que ultrapassa a cifra dos cento e vinte nomes<sup>58</sup>. A participação de filósofos, como Cícero e Tomás de Aquino, aconteceu em bem menor escala<sup>59</sup>. Referências à Bíblia e a teólogos aconteceram em momentos determinados<sup>60</sup> e numa frequência muito inferior à presença de canonistas, da qual é exemplar o considerável número de menções a Diego Covarrubias y Leiva e Martín de Azpilcueta Navarro.

### 3.2 Temas relevantes

Para este tópico, foram escolhidos alguns dos tópicos que se acreditam mais relevantes em meio às discussões sobre direito penal e processo penal nas *decisiones*. Longe de ter a pretensão de esgotar o tema, os pontos a seguir pretende demonstrar como se posicionaram os autores portugueses com relação a algumas das questões mais relevantes na matéria.

Os pontos que serão discutidos foram os seguintes: jurisdição e competência, imunidade eclesiástica, os crimes de falsidade e de lesa majestade e as penas de banimento e pecuniária. Outros aspectos importantes para compreender a dinâmica do direito penal no Antigo Regime foram deixados de lado por hora, a exemplo dos crimes de adultério, defloramento, homicídio e das fianças e cartas de seguro, que serão analisados em outra oportunidade.

---

57 Sobre os *consilia*, cf. KISCH, Guido. *Consilia: einse Bibliographie der juristischen Konsiliensammlungen*. Helbing & Lichtenhahn, Basel/Stuttgart, 1970; BAUMGÄRTNER, Ingrid (Org.). *Consilia im späten Mittelalter: zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*. Jan Thorbecke Verlag, Sigmaringen, 1995; FALK, Ulrich. *Consilia: Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006. Para uma comparação entre *consilia* e *decisiones*, cf. CABRAL, Gustavo César Machado, op. Cit., p. 88-92.

58 Não há sequer um autor português entre os dez mais citados em matérias criminais, aparecendo Álvaro Valasco, o mais comumente relacionado, na décima quarta posição. Situações como a da Decisio CLVI, primeiro tomo, de Jorge Cabedo, em que foram citados apenas autores portugueses (no caso, Gama e Valasco), foram absolutamente excepcionais.

59 Em Febo foram encontradas menções a Cícero, nas *decisiones* XVIII e CXII, e a Tomás de Aquino, nas *decisiones* XXIII e CXLIII.

60 Na Decisio XVIII, Febo transcreveu trecho de uma das epístolas de Paulo, passo que, nas *decisiones* LXXIX, primeiro tomo, e LXXXIII, segundo tomo, Cabedo se valeu de teólogos para construir o seu argumento.

### 3.2.1 Jurisdição e competência

Em meio à pluralidade de ordenamentos e de jurisdições, as discussões envolvendo questões de competência foram muito frequentes no Antigo Regime, e em matéria criminal elas também se fizeram presentes. Na obra de Jorge de Cabedo, algumas *decisiones* trataram do tema.

Na Decisio LXXIII, discutiu-se a extensão da competência dos vereadores (*decuriones*) em matéria criminal, notadamente sobre a possibilidade de eles determinarem a pena de prisão. Essa discussão remete à questão dos poderes locais, notadamente aos conselhos, cujos poderes e deveres eram fixados, desde o Medievo, pelos forais<sup>61</sup>; pela origem desses documentos, que eram outorgados pelo rei ou por senhores a vilas ou cidades, percebe-se uma espécie de transferência, ainda que simbólica, de poderes, situação que ajuda a entender a resolução da questão proposta por Cabedo.

Retornando à *decisio*, vê-se que, nos prolegômenos, Cabedo foi categórico ao indicar que os vereadores não possuiriam jurisdição nem quando atuavam como juízes<sup>62</sup>; os juízes ordinários guardavam semelhanças com os vereadores, especialmente pela forma de investidura (eletiva), e com eles se equiparavam, mas isso não implicava serem os vereadores dotados de poderes jurisdicionais; só exerciam a jurisdição aqueles a quem havia sido transferida essa prerrogativa. Não podiam, portanto, mandar alguém ao cárcere, mas tinham alguns poderes de coerção, a exemplo da aplicação de multas pecuniárias. Ao final da *decisio*, Cabedo transcreveu decisão tomada pela Casa da Suplicação, em 1527, em que o tribunal seguiu essa linha, afirmando que os vereadores da cidade do Porto não tinham poderes para mandar encarcerar sujeito que cometeu crime de injúrias verbais, mas podiam mandar aplicar pena de multa pecuniária<sup>63</sup>. Nesta *decisio*, o único autor citado por Cabedo foi Bártolo.

Precipuamente de matéria processual penal cuidou a Decisio CLVI, na qual Cabedo discutiu a possibilidade de os corregedores do crime conhecerem de determinado feito através de apelação. A questão de fundo dizia respeito ao uso do recurso para impugnar o problema específico. A matéria

---

61 Sobre os forais, cf., dentre muitos outros, CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português (sécs. XII-XVI)*. 4 ed. Verbo, Lisboa, 2000, pp. 235-239; SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985, pp. 116-119.

62 “Decuriones nullam habent iurisdictionem ad iudicandum, nisi simul cum iudice, & adsque eo non possunt iubere, ut quisque capiatur”. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LXXIII, 2, p. 95.

63 Idem, ibidem.

discutia um pronunciamento sobre incompetência do juízo para conhecer do referido caso, o qual não é esclarecido pelo autor, e a tese de Cabedo, fundada nas opiniões de António da Gama e Álvaro Valasco, era que o pronunciamento sobre incompetência deveria ser fixado por decisão interlocutória<sup>64</sup>. Consequentemente, a decisão deveria ser atacada por recurso de agravo de instrumento (*instrumentum grauaminis*), e não por apelação. Além dos dois autores citados e das Ordenações do Reino, Cabedo indicou, sem dar maiores detalhes, uma decisão tomada pela Casa da Suplicação em 11 de julho de 1594 que foi justamente nesse sentido<sup>65</sup>.

A Decisio XXIII de Cabedo já se inicia afirmando a existência de dúvidas quanto à aplicabilidade de trecho das Ordenações Manuelinas (Liv. 5, Tit. 42, §último)<sup>66</sup>. Cabedo trouxe algumas situações que versaram sobre a indefinição de competência em razão da coexistência de causas cíveis e criminais numa mesma situação fática, envolvendo um dos casos uma apelação criminal. A última das discussões apresentadas na *decisio* envolveu a definição da competência para julgar querela contra testemunhas de processo cível por suposto crime de falso, um dos mais frequentemente encontrados nos autores aqui estudados e ao qual se voltará a seguir. A transcrição de decisão da Casa da Suplicação, de julho de 1533, é importante menos pela decisão final – assegurando a competência do local onde foram arguidas as testemunhas – do que pelas possibilidades de se conhecerem algumas práticas do referido tribunal: Cabedo afirmou que a Casa da Suplicação esteve reunida em Évora juntamente com rei, atestando a prática de esse tribunal acompanhar o rei e a sua corte, que no período ainda não tinha se fixado definitivamente; ademais, a transcrição demonstrou claramente uma tendência dos acórdãos de, até a primeira metade do século XVI, guardarem segredo sobre as suas deliberações, deixando de informar, por exemplo, as posições dos desembargadores na decisão, bem como de se fazerem representantes do rei, sendo do monarca a decisão, pelo menos de forma simbólica<sup>67</sup>. Trata-se de prática que foi sendo progressivamente abandonada ao longo do Antigo Regime, e a literatura de *decisiones* contribuiu nesse sen-

64 “(...) nam semper pronuntiatio incompetentiae, siue pronunciet quis se pro iudice, siue pro non iudice, est simplex interlocutoria”. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. CLVI, I, 1, p. 169.

65 Idem, ibidem.

66 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. XXIII, pp. 53-54.

67 “& ouve tãtos desembargadores por huã parte como por outra, mas el Rei o determinou asi (...)”. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. XXII, 5, p. 54.

tido, já que não eram raras as referências expressas dos autores às posições dos desembargadores.

Também sobre competência é a Decisio CCIX. Cabedo relatou caso ocorrido na cidade de Tavira, em que o juiz de fora<sup>68</sup> foi acusado de ter cometido lesão grave contra indivíduo, o que o fez se questionar sobre qual o juízo competente para conhecer o caso. A dúvida inicial era se a competência seria do corregedor da comarca (*praeses provinciae*), mas Cabedo respondeu negativamente à questão, pois esse magistrado careceria de poderes para julgar crime cometido por juiz de fora durante o seu ofício, uma vez que suas funções de fiscalização recaíam apenas sobre os oficiais locais<sup>69</sup>. A autoridade competente, neste caso, era o Corregedor do Crime da Corte (*praetore curiali*), da Casa da Suplicação, e o fundamento para essa medida residia no texto das Ordenações Filipinas (Livro III, Títulos VI e VIII), que garantia o direito de alguns de serem citados e trazidos à Corte para serem julgados por esse magistrado<sup>70</sup>. Mesmo sem apresentar maiores detalhes, afora a cidade de origem (Tavira, em Algarves) e o ano do julgamento (1591), percebe-se que o caso é oriundo da prática processual da Casa da Suplicação<sup>71</sup>.

Já no segundo tomo, Cabedo apresentou a Decisio LX, cujo tema principal era a aplicação das penas a cativos<sup>72</sup>. O argumento trazido pela Decisio LXXIII reaparece, e Cabedo mantém a determinação de que apenas os oficiais de justiça, que a exercerem em nome do rei, podiam aplicar penas, especialmente os casos de encarceramento; os vereadores até poderiam dispor sobre penas e

68 Juizes de fora eram magistrados letrados, ou seja, que tiveram formação universitária e foram aprovados no exame para ingresso na magistratura, a chamada Leitura de Bacharéis, perante o Desembargo do Paço.

69 Em síntese, “no plano jurídico, os corregedores tinham funções de fiscalização da justiça e dos seus oficiais locais (com exceção dos juizes de fora)”. CAMARINHAS, Nuno. *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*. Fundação Calouste Gulbenkian; Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa, 2010, p. 100.

70 É esclarecedor este trecho das Ordenações: “E podem ainda ser citados para a Corte, e hão de responder nella perante os Corregedores, ou outros Desembargadores, a que o conhecimento do caso pertencer, os Concelhos, não sendo o da cidade de Lisboa, que tem Juiz particular, e os Corregedores, Juizes e Alcaldes Mores, e quaisquer outras pessoas seculares, que jurisdição de Nós tiverem em qualquer parte de nossos Reinos e Senhorios, e os Mestre de Ordens, e os Commendadores, que tem lugar de senhorio, nos casos, em que a jurisdição à Nós pertença” (Liv. III, Tit. VII, 5).

71 CABEDO, Jorge, op. Cit., pars 1, Dec. CCIX, p. 206.

72 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LX, II, pp. 101-102.

executá-las, mas somente em se tratando de penas pecuniárias<sup>73</sup>. Portanto, Cabedo reafirmou a necessidade de ter um oficial régio como aplicador da pena.

Por fim, a solitária discussão de Gama sobre jurisdição e competência. Na Decisio LIII, o autor tratou da possibilidade de um português que já foi condenado em Castela por crime cometido contra castelhano ser julgado também em Portugal, por juiz ordinário. Partindo de descrição da situação concreta, Gama trouxe detalhes sobre o caso, como os nomes das partes, a cidade de origem e até o valor da multa à qual o indivíduo foi condenado, além dos desembargadores que cuidaram do caso (António de Macedo, Ario Pinz Cabral, Francisco de Leiria, Felipe Antunes e o próprio António da Gama). A opinião de Gama, para esta situação, foi pela possibilidade do julgamento, mesmo diante de condenação anterior em outro reino. Como fundamentos da sua opinião, o autor usou várias obras doutrinárias, podendo ser mencionados os nomes de Bártolo, Johannes Andreae, António Gómez e Diego Covarrubias y Leiva, além da já comentada decisão da Casa da Suplicação<sup>74</sup>.

### 3.2.2 Crime de lesa majestade

O crime de lesa majestade era, sem dúvida, uma das condutas mais graves do Medieval e do Antigo Regime, sendo provavelmente a que recebia punições mais graves. Pensar juridicamente este crime faz voltar ao Digesto e à descrição de Ulpiano da conduta de lesar a segurança do povo romano e, por conseguinte, de quem detinha as magistraturas<sup>75</sup>. Essa percepção foi se

---

73 «(...) quod loquuntur solum in poenis positis ab officialibus iustitiae, qui nomine regio exercent iurisdictionem, & qui poenas imponere possunt, his enim iubent ordinationes, ut eas ad arbitrium suum non applicent, at non loquuntur in Decurionibus seu officialibus Camerae, qui statuta, & decreta possunt facere, & poenas in illis ponere in bonum publicum oppidorum, & ciuitatum». CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LX, 6, p. 102.

74 GAMA, António da, op. Cit., Dec. LIII, pp. 100-101.

75 “Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium inicum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenientve adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur: cuiusve opera consilio malo consilium inicum erit, quo quis magistratus populi romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi romani consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat”. Ulpiano, D 48.4.1.1

adaptando às mudanças políticas da realidade baixo-medieval, e já no século XIV, ao descrever as condutas enquadradas nesse crime, Azo apontava para os atentados à cidade<sup>76</sup>. A leitura de Hieronymus Gigas, autor da mais importante obra do *ius commune* sobre o tema, foi mais ampla. De acordo com o autor, a majestade teria caráter dúplice, por ser tanto divina quanto humana. O monoteísmo, atestado no texto por uma referência bíblica, fazia uma a primeira, enquanto que, na segunda, enquadravam-se os atentados ao papa, ao imperador, aos reis e ao povo romano<sup>77</sup>, o qual não mais existiria, tendo sido transferido aos príncipes<sup>78</sup>. Para Giulio Claro, o crime de lesa majestade era entendido de forma mais ampla, como aquele praticado pelo súdito contra o seu senhor<sup>79</sup>, possibilitando o enquadramento, por exemplo, de duques como vítimas desse delito<sup>80</sup>. À medida que avançou a Idade Moderna, portanto, passou-se a encarar o crime de lesa majestade como atentado ao príncipe e ao seu poder e estabilidade. A definição de Gigas foi nesse sentido<sup>81</sup>.

76 “(...) crimen lese ma. ubicunque quis contra urbem aliquid molitur, vel quod profugit ad hostes, vel quod hostes qualitercunque innuat vel armis vel pecunia, vel consilio, vel quod subiectas prouincias nititur facere rebelles, vel quod seditionem mouet in ciuitate, vel quod magistratus occiduntur, vel princeps, vel qui circa latus eius militant: vel qui arma sumit: vel occupat loca contra rempublicam”. AZO. *Summa per vtilis*. Joannem & Franciscum Frellaeos, fratres, Lugdvni, 1540, fo. CCXXVII.

77 GIGAS; Hieronymus. *Tractatus de crimine laesae maiestatis*. B. Albinum, Spira, 1598, Lib. 1, Q. 2, 1-2, pp. 4-5.

78 “Ista autem maiestas Romani populi iam diu extincta est. Roma enim omne ius suum in Principem transtulit (...)”. GIGAS, Hieronymus, op. Cit., Lib. 1, Q. 2, 9, p. 6

79 CLARO, Giulio. *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*. Samuelis Chouer, Geneva, 1666, §laesae maiest. crimen., 1, p. 429.

80 O caso relatado por Claro alcançou ato praticado contra o Duque de Sabóia. CLARO, Giulio, op. Cit., §laesae maiest. crimen., 3, p.429.

81 “Crimen laesae maiestatis est, ubicunque quis subditus contra principem, rempublicamve superiorem non recognoscentem aliquid molitur, vel quod ad hostes, profugit, vel hostes qualitercunque adiuuat, vel armis, vel pecunia, consilio, eisque nuncios, vel literas mittit, secretave nunciat, vel subiectas prouincias nititur facere rebelles, vel in ciuitate seditionem mouet, vel efficit quod Princeps, senatores, collateralesve illius occiduntur, vel quod arma sumat, vel loca occupet, contra Rempublicam vel Principem, vel quod de prodicione & tractatu contra Principem, vel Rempublicam scientiam habeat & non reuellet, vel quodcunque; aliud quis dolo malo faciat, quo Princeps respublicae directe damnum patiatur”. GIGAS, Hieronymus, op. Cit., Lib. 1, Q. 3, 5, p. 10. Segundo Sbriccoli, o que fez Gigas foi muito mais descrever o crime do que defini-lo. SBRICCOLI, Mario. *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie dela scienza penalistica moderna*. Giuffrè, Milano, 1974, p. 180.



Em Portugal, as Ordenações Manuelinas apresentaram um conceito de lesa majestade como traição ao monarca ou à Coroa, comunicando-se a sua punição aos descendentes, mesmo que não tivessem culpa<sup>82</sup>, aplicando-se as penas de morte cruel e confisco de todos os bens<sup>83</sup>, disposições que ao mesmo representaram uma mudança em relação às anteriores Ordenações Afonsinas<sup>84</sup>, mas que se mantiveram, na sua essência, nas Ordenações Filipinas<sup>85</sup>. Ainda que a legislação tenha indicado uma série de condutas que caracterizariam esse crime caso alguém nelas incorresse, isso não significou, de maneira alguma, o fechamento do sistema. A cláusula geral da “traíam cometida contra a Pessoa do Rey, ou seu Real Estado” garantia o que Mario Sbriccoli chamou de possibilidades de integração doutrinária e expansão quantitativa<sup>86</sup>. Foi nesse contexto de preocupação com a proteção do poder político do soberano contra qualquer tentativa de desestabilização que o crime de lesa majestade se consolidou como um instrumento fundamental para a manutenção da ordem interna, coibindo revoltar e exercendo, em larga medida, um forte controle social sobre os súditos.

Dentre os autores aqui estudados, apenas Jorge de Cabedo abordou o tema, fazendo-o em três momentos distintos. No primeiro tomo, na Decisão CLXXXV<sup>87</sup>, Cabedo apresentou situação em que homem foi condenado pelo crime de lesa majestade à pena de morte e à perda dos seus bens, o que estava previsto pelas então vigentes Ordenações Manuelinas, tendo recebido, quanto à pena capital, remissão. A questão apresentada dizia respeito à extensão

---

82 “Lesá Magestade quer dizer traíam cometida contra a Pessoa do Rey, ou seu Real Estado, que he a pior cousa, e mais abominauel crime que no homem pode auer, a qual os antigos sabedores tanto auorreceram, e estranháram, que a comparáram a gafem, porque como esta enfermidade enche todo o corpo sem se nunca mais poder curar, nem soamente empece ao que a tem, mais ainda a toda a linhagem delle descendente, e aos que com elle conuersam, polo qual he apartado da comunicaçam das outras pessoas, assi o erro da traíam nom soamente condena o que a comete, mas ainda empece, e infama todos os que de sua linha descendem, e posto que culpa nom tenham”(Liv. 5, Tit. 3).

83 OM, Liv. 5, Tit. 3, 9. Egidio Bossi, ao examinar as penalidades previstas para a conduta, afirmou que elas costumavam ser, de fato, as penas capitais e de confisco. BOSSI, Egidio. *Practica et tractatus varii, sev questiones criminales materiam*. Sebastianum Henricpetri, Basileae, 1580., Lib. 5, 8, p. 207.

84 OA, Liv. 5, Tit. 2.

85 OF, Liv. 5, Tit. 6.

86 SBRICCOLI, Mario, op. Cit., p. 177.

87 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. CLXXXV, p. 186.

do perdimento aos bens do filho, sobre os quais ele tinha usufruto em razão da morte da mãe. Como resposta, Cabedo apenas disse que não, fundamentando apenas nos comentários de autores que escreveram sobre a questão, como Boerius, Gigas, Gómez e Octavianus.

De situações muito parecidas trataram as *decisiones* LXXXII e LXXXIII do segundo tomo. Na primeira delas, Cabedo apresentou um título que dava uma falsa impressão de que trataria de modo genérico do crime de lesa majestade (*Circa crimen laesae Maiestatis & ad intellectum Ord. lib.5. tit. 6. in aliquibus §§*), a qual, apesar de um começo dissertando sobre quem eram as vítimas do crime<sup>88</sup>, não veio a se confirmar com o desenvolver do texto. Em verdade, o autor apresentou duas grandes questões-chave sobre o crime de lesa majestade, as quais tiveram como pano de fundo o processo que chegou à Casa da Suplicação dos levantes liderados por D. António, conhecido como Prior do Crato e grão-mestre da Ordem de Malta, na crise dinástica de 1580. Com a vitória dos Habsburgo e o reconhecimento de Felipe da Espanha como rei de Portugal, discutiu-se no Tribunal se os movimentos teriam ou não constituído crime de lesa majestade, respondendo-se positivamente ao questionamento e aplicando-se, por conseguinte, a pena de confisco dos bens<sup>89</sup>, a qual precisaria ser reconhecida por sentença<sup>90</sup>. Levantou-se dúvida sobre a possível extensão das condenações a bens da Ordem situados no exterior, mas Cabedo argumentou, seguindo Johannes Andreae, Giulio Claro e Egidio Bossius, que o caso deveria seguir a regra de que a pena do perdimento deveria se restringir ao reino onde se havia cometido crime<sup>91</sup>.

A outra questão que Cabedo pretendeu responder disse respeito à aplicação aos clérigos das disposições sobre o crime de lesa majestade. O questionamento partiu de situação em que os clérigos tomaram conhecimento das conjurações relacionadas à referida crise de 1580 e busca entender se eles estariam ou não obrigados a informar às autoridades, sob pena de incorrerem no crime aqui discutido<sup>92</sup>. Cabedo afirmou que os clérigos não cometeriam crime de lesa majestade contra senhores laicos justamente por não serem seus

---

88 O autor segue a linha de que seriam sujeitos passivos do crime de lesa majestade o rei, a rainha e quaisquer descendentes legítimos na linha sucessória. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 1, p. 137.

89 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 6-7, pp. 137-138.

90 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 8, p. 138.

91 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 10, p. 138.

92 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 4, p. 137.

súditos<sup>93</sup>. Essa posição predominava no direito comum, como bem quis demonstrar Cabedo ao citar Bernardo Dias, Giulio Claro, Egidio Bossi, Rollando do Vale e Hieronymus Gigas, representando bem a distância entre os poderes secular e espiritual no que diz respeito ao alcance daquele sobre este. Pouco mais de cento e cinquenta anos depois da publicação deste volume, no final da década de 1750, o contexto já havia mudado de tal maneira que a expulsão da Companhia de Jesus e o confisco das suas vastas propriedades foi justificada pela participação numa suposta conspiração para assassinar o rei D. José I. Vê-se, portanto, que a situação política no final do século XVIII conferiu uma leitura totalmente diversa com relação ao alcance das disposições para o crime de lesa majestade.

A Decisio LXXXIII, tomo segundo, mantém a discussão iniciada na *decisio* anterior sobre o alcance dos clérigos pelas disposições concernentes ao crime de lesa majestade. O argumento geral é sentido de que não súditos não cometem o referido crime<sup>94</sup>, e os clérigos, por não serem súditos dos príncipes seculares, tampouco estão sujeitos a essa disposição<sup>95</sup>, mas cometem crimes graves que serão julgados pelo juízo eclesiástico competente, podendo até mesmo perder a sua dignidade eclesiástica. Ocorre que Cabedo levantou questionamento quanto aos casos em que clérigos e bispos tenham prestado juramento de fidelidade ou homenagem ao senhor temporal, e para essas situações específicas, por ter sido estabelecido um vínculo mais forte e pessoal com o referido senhor, enxergaram-se como aplicáveis as disposições relativas ao crime de lesa majestade<sup>96</sup>. Entretanto, não se pode dizer que se tratava de ponto pacífico, uma vez que Cabedo elencou posições antagônicas de im-

---

93 An clericus committat istud crminen contra dominium laicum, & qualiter tunc puniatur? (...) quod de iure communis opinio est, quod clericus non dicatur committere crimen laesae Maiestatis, quia post clericarum non est subditus Principi, non dicitur tale crimen committere contra eum. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 2, Dec. LXXXII, 11, p. 138.

94 “Quia non subditus non dicitur committere crimen laesae Maiestatis”. CABEDO, Jorge de, op. cit., pars 2, Dec. LXXXIII, 1, p. 139.

95 “Ed pro hac opinione facit, quod leges Principum secularium, quibus istud crimen constituitur, & punitur, non possunt comprehendere, nec ligare clericos”. CABEDO, Jorge de, op. cit., pars 2, Dec. LXXXIII, 2, p. 139.

96 “Quae tamen fallit, quando Episcopus, vel clericus praestitit iuramentum fidelitatis, vel homagium domino temporali; quia tunc potest dici ratione homagij, & iuramenti committere contra illum crimen laesae Maiestatis”. CABEDO, Jorge de, op. cit., pars 2, Dec. LXXXIII, 3, p. 139.

portantes canonistas no período sobre a natureza dessa isenção dos clérigos perante a jurisdição secular, a qual poderia ser de direito divino ou positivo<sup>97</sup>. A opção por esta linha e não pela primeira implicava a possibilidade de haver dispensas da imunidade, a qual poderia se manifestar por meio de bula papal. Por fim, tratando de irregularidades cometidas por clérigos ou contra eles, Cabedo se filiou muito claramente à posição defendida, entre outros, por Martín de Azpilcueta, segundo a qual somente por bula papal se concederiam poderes para dispensar de irregularidades, a exemplo da proibição da tortura<sup>98</sup>.

### 3.2.3 Crime de falsidade

Muito frequentes foram as discussões sobre os crimes relacionados com a ideia de falsidade, genericamente chamados de *Falsum* por autores como Giulio Claro. O Digesto cuidou do tema no Liv. 48, 10, posteriormente objeto de considerações por parte de juristas do baixo Medievo e da Idade Moderna. Ocorre que a leitura da falsidade no período foi fortemente influenciada pela teologia moral, o que se constata da afirmação de um dos mais importantes canonistas do *ius commune*, Martín de Azpilcueta Navarro, para quem mentir ou ocultar em juízo fatos que se sabiam falsos constituía-se ato absolutamente reprovável<sup>99</sup>.

As razões dessa influência são bastante óbvias ao se dar conta de que o oitavo mandamento bíblico proibia justamente o falso testemunho, em razão dos enormes danos que ele poderia causar. Azpilcueta é enfático ao descrevê-lo, em juízo ou fora dele, como pecado<sup>100</sup>. A mentira, que está na essência do falso testemunho, foi caracterizada pelo autor como algo que vai de encontro à mente e que tem a intenção de ser falso, ainda que não seja necessário querer enganar<sup>101</sup>. Em seguida, depois de caracterizar o falso testemunho, o

97 CABEDO, Jorge de, op. cit., pars 2, Dec. LXXXIII, 10, p. 141.

98 CABEDO, Jorge de, op. cit., pars 2, Dec. LXXXIII, 11-12, p. 141.

99 “Si jurado, o porjurar, afirma por verdad en juyzio lo que sabia que era falso, o daua, si era verdad: o callo alguna verdad que deuia dezir, diciendo lo que aprouchou a la una parte, y callando lo que a la otra conuenia. M. con obligacion de restituыр, segund la mente de S. Th. recebido. Porque offede a dios, al juez y al pximo, como lo diximos alibi. Y aunque el temor justo puede escusar de no atestiguar: pero no de atestiguar falso”. AZPILCUETA NAVARRO, Martín de. *Manual de confesores y penitentes*. Francisco Fernandez de Corboua, Valladolid, 1570, cap. 25, § de los testigos, 40, p. 541.

100 AZPILCUETA NAVARRO, Martín de, op. Cit., cap. 18, 1, p. 306.

101 “Lo quinto, q mentir, es yr contra la mente. Y ansi segun S. Aug. es significarlo

autor propôs as perguntas que deveriam ser feitas pelo confessor, e, a partir da primeira delas<sup>102</sup>, percebe-se a estreita relação entre um comportamento com valor jurídico e matérias de fé: Azpilcueta não está preocupado com a repressão do poder temporal laico, mas sim com suas as repercussões espirituais. Portanto, não restam dúvidas de que se trata de tema de enorme interesse tanto para a teologia moral quando para o Direito.

A preocupação com as repercussões jurídicas pode ser encontrada em várias obras do período. Muitos autores do Baixo Medievo escreveram sobre o tema das testemunhas e trataram das muitas possibilidades de manifestação de falsidade dos seus pronunciamentos<sup>103</sup>. As palavras de Giulio Claro sobre a falsidade elucidaram tanto a gravidade da conduta quanto a sua principal característica jurídica, o fato de se tratar de um crime<sup>104</sup>. Por ser crime, era matéria jurídica, ainda que fosse reservado um espaço de atuação para a justiça eclesiástica, notadamente nos casos envolvendo clérigos<sup>105</sup>; entretanto, a maior parte dos casos relevantes envolvia não-clérigos, o que retirava qualquer dúvida quanto à competência da jurisdição temporal laica.

Por ser matéria civil, coube ao poder régio delimitá-la em Portugal. As Ordenações Filipinas cuidaram da questão em sete títulos do Livro V, nos quais se tratou dos crimes de moeda falsa (Tit. 12), falsificação de selo real (Tit. 52), falsificação de escritura (Tit. 53), falso testemunho (Tit. 54), falsificação de ouro e pedras preciosas por ourives (Tit. 56), falsificação de mercadorias (Tit. 57) e de pesos e medidas (Tit. 58). Pela quantidade de casos, o falso testemu-

---

contrario delo q piensa, como cosa verdadera. (...) Siguesse tambien, que para ser mentira, no es necessario que el que la dize tenga intencion de enganar, como dizem algunos, por una difinicion de S. August. Basta tener intencion de dezir falso como lo sintio S. Thomas". AZPILCUETA NAVARRO, Martín de, Cap. 18, 2, pp. 306-307.

102 "Si presentado por testigo en juzio, o fuera del, jurado o sin jurar, dixo alguna falsedad: o callo alguna verdad, que la deuiera dezir, con dano notable del proximo, o quiebra de su juramento. M. con obligacion de restituyr". AZPILCUETA NAVARRO, Martín de, op. Cit., Cap. 18, 6, p. 310.

103 Uma compilação da doutrina do *ius commune* sobre as testemunhas pode ser encontrada em *Tractatus de testibus probandis vel reprobandis*. Ioannem Gymnicvm, Coloniae Agrippinae, 1575.

104 "Falsi a crimen grauissimum est, & propter eius frequentiam solet à legibus, & statutis grauiter puniri: & connumeratur inte publica delicta, non modo si agatur de testamento falso, sed etiam quocunque alio instrumento". BOSSI, Egidio, op. Cit., Liv. 5, § Falsum, 1, p. 340.

105 Sobre a questão, cf. CLARO, Giulio, op. Cit., 19, p. 342.

nho era a modalidade mais frequente, sendo relevante, entretanto, o crime de falsificação de escritura, muito em razão do grande poder que tinham os notários de elaborar documentos escritos num período em que a maioria da população era analfabeta. E essas duas situações foram justamente as abordadas pelas obras de *decisiones* aqui estudadas.

No primeiro tomo, Cabedo tratou do crime de falso testemunho em duas *decisiones*. Na Decisio LXXVII, tratou da competência para julgar a questão quando a falsidade for cometida durante processo judicial, e, sob argumento de que a jurisdição precisa ser interpretada dentro dos limites estritos da sua forma<sup>106</sup>, decidiu-se pela incompetência do juízo. O magistrado do caso era um ouvidor de competência limitada e estritamente determinada por lei, a qual não alcançava o poder de julgar causas crime, ainda que se tratasse de falso testemunho ocorrido durante o próprio processo.

Na Decisio LXXIX, por sua vez, Cabedo foi além da discussão sobre competência para verificar se, materialmente, se o caso tratava do crime em questão. Lembrando Navarro, para quem o falso testemunho, enquanto pecado, alcançava também uma omissão de informação relevante, especialmente quando se descobrisse pecado secreto que poderia colocar em perigo pessoa determinada ou a colectividade<sup>107</sup>, quis Cabedo verificar se clérigo estaria obrigado a testemunhar sobre determinado crime que só dele soube em virtude de segredo. Depois de apontar várias opiniões favoráveis e contrárias a essa medida e abordar a possibilidade de a conduta ser enquadrada como infâmia, Cabedo se posicionou pelo dever de testemunhar, notadamente nas situações em que se colocaria em risco a república<sup>108</sup>. Esse dever de testemunhar poderia levar, inclusive, a uma condução coercitiva de clérigos e pessoas eclesiásticas para servirem de testemunhas, conforme alegou e fundamentou nas Ordenações e em vários autores<sup>109</sup>.

À falsidade de escritura, outra modalidade bastante comum no período, Cabedo dedicou duas *decisiones*. Na primeira, a Decisio LIII, ele reiterou a invalidade de escrituras falsas e a impossibilidade de recebê-las em juízo,

---

106 “(...) imo querelam remittere debeat ad iudices competentes: quoniam iurisdictio eius est limitata, & restricta ad forman”. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LXXVII, 7, pp. 99-100.

107 AZPILCUETA NAVARRO, Martín, op. Cit., de cap. 25, § de los testigos, 42, pp. 542-543.

108 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LXXIX, 6, p. 101.

109 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LXXIX, 7-8, pp. 101-102.

ainda que no juízo cível<sup>110</sup>. Mais complexa, no entanto, foi a Decisio LXXI. Nela, a discussão girou em torno de caso de um Rodrigo Dias de Lobão, que teria acumulado, em razão de escritura falsa, dois tabelionatos, e se discutia se, sendo verdadeira a acusação, se trataria de matéria de pecado, notadamente de infâmia, e qual pena deveria ser aplicada, em especial a de se vender o ofício. Para fundamentar a sua posição, Cabedo citou uma decisão da Casa da Suplicação em processo de um Manuel Gomes, no qual se decidiu que, mesmo tendo sido condenado, ele não deveria vender o seu ofício. A razão dessa determinação, que foi fundamental para que Cabedo a mantivesse no caso analisado, foi uma carta régia de julho de 1512, segundo a qual o rei, ciente da prática da Casa da Suplicação de mandar venderem-se os ofícios em condenações similares, determinou que não mais se seguisse essa prática, a qual seria muito prejudicial ao bem geral do povo<sup>111</sup>. Para além da discussão sobre o crime de falsificação de escrituras, esta *decisio* é peça importante para conhecer a prática processual do período; essa carta régia demonstra tanto a existência de um costume adotado no tribunal que ia além das determinações legais específicas quanto da força de lei de uma carta régia, a qual foi capaz de alterar a tendência da Casa da Suplicação de seguir determinada medida. Justamente por ser encarado como delegado do rei na administração da justiça, o tribunal deveria seguir as determinações do monarca, e a posição de Cabedo, a qual reflete a sua atuação como desembargador, foi nesse sentido.

Belchior Febo dedicou a sua Decisio LXIX aos crimes de falsidade, notadamente o perjúrio, uma espécie de falsidade em depoimento. Febo apresentou algumas discussões ligadas a situações concretas julgadas pela Casa da Suplicação. Na primeira delas, os questionamentos giraram em torno da

---

110 CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LIII, p. 77. Nesta *decisio*, Cabedo não faz referência direta ao crime de falsidade de escritura, discutindo unicamente a sua invalidade.

111 “Regedor amigo: Eu el Rei vos emuio muito saudar, sou informado, que os desembargadores dessa casa nas sentencas que dao nos feitos de officiais de iustica que sao accusados per culpas ou erros de sous officios, mandao algumas vezes que os ditos officiais vendam os officios dentro em certo tempo, & porque isto he contra o asento que tenho tomado aserca de se nao venderem, nem renunciarem officios por auer as taes vendas, & renunciacoes per cousa muito preiudicial ao pouo, & a meu seruico, ei per bem, que daqui em diante se nao mandem pellas taes sentencas vender officio alguns, & que os officiais culpados se condemnen nas penas que merecerem conforme à suas culpas, & a os merecimentos dos autos, & c. Iulho de 1512”. CABEDO, Jorge de, op. Cit., pars 1, Dec. LXXI, 4, p. 94.

possibilidade de se propor querela, admissível nas hipóteses do Liv. V, Tit. 117, *caput*, das Ordenações Filipinas, contra alguém que tenha jurado falso em depoimento, respondendo de forma negativa, pois a acusação não se enquadraria dentro das possibilidades previstas expressamente pela lei geral<sup>112</sup>. Para fundamentar a sua opinião, citou um processo de Gonçalo Lopes de Vargas contra António de Nazaré, de 1614. Em seguida, tratou de situações de admissibilidade de querela quando alguém oferece denúncia supostamente verdadeira, mas, posteriormente, é descoberto que jurou falsa e maliciosamente, apresentando como fundamento dois processos judiciais, um de Sebastião Franco contra Pedro Vaz Vilas-Boas e outro de Juliano Delgado contra Miguel de Matos, ambos com a data incompleta<sup>113</sup>. Num parágrafo sobre a possibilidade de se querelarem cirurgiões, obstetras e outros árbitros, Febo citou Baldo, Cabedo e um processo envolvendo um Diogo Martins, de 1590, para se mostrar contrário<sup>114</sup>. Por fim, sem citar decisão da Casa da Suplicação, mas se referindo a muitos autores (Stephanus Gratianus, Johannes Petrus Surdus, Cardeal Thuscus, Bartolomé del Salcedo e Prospero Farinacius), Febo enfatizou o cometimento do crime de perjúrio por quem alega maliciosamente algo que não deveria<sup>115</sup>. Desta forma, Febo priorizou o perjúrio ao tratar da falsidade, tema que praticamente não foi abordado pelos demais autores.

### 3.2.4 Imunidade eclesiástica

Entre os conflitos de jurisdição, provavelmente o mais frequente no Antigo Regime dizia respeito às situações em que se cruzavam as jurisdições secular e eclesiástica. De um modo geral, em Portugal era muito forte a tese de que as relações entre o Estado e a Igreja seriam marcadas pelos privilégios que esta detinha em face daquele, e eram justamente esses privilégios as justificativas para tratamentos diferenciados, como a isenção de tributos. Sobre o assunto e retratando o que se pensava no período, é ilustrativa a opinião do principal comentarista das Ordenações, Manuel Álvares Pegas, que escreveu, na segunda metade do século XVII, que essas imunidades não poderiam ser revo-

---

112 “Et per supremum senatum fuit iudicatum; quod in hoc casu talis querela non proponeretur, ex eo quia non est de casibus in hac lege expressis, nec inuenitur in alia lege punitus paena relegationis”. FEBO, Belchior. *Decisionum Senatus regni Lusitaniae*. Tomus primvs. Officina Georgij Roderici, Lisboa, 1623, Dec. LXIX, 4, p. 256.

113 FEBO, Belchior, op. Cit., Dec. LXIX, 10, p. 257.

114 FEBO, Belchior, op. Cit., Dec. LXIX, 11, p. 257.

115 FEBO, Belchior, op. Cit., Dec. LXIX, 12, p. 257.



gadas pelo rei<sup>116</sup>. Desta forma, conviviam a jurisdição secular e a eclesiástica, mas havia grandes dificuldades em se determinar quando cada uma deveria predominar. Nas Ordenações, as regras sobre a questão pressupunham a independência das jurisdições, mas trouxe uma disciplina para essas relações, a começar, no Liv. II, Tit. I, com os casos em que clérigos e religiosos deveriam responder perante as autoridades seculares. O tratamento da imunidade, por sua vez, vinha do Título V do mesmo livro.

Entre os aspectos em que se tocavam as jurisdições secular e eclesiástica, a imunidade é de uma importância notável para as questões criminais. As relações entre o tema e o direito penal são tamanhas que é justamente nesse sentido o primeiro comentário a ele dedicado por Pegas, que a relaciona às fugas e refúgios de delinquentes em igrejas<sup>117</sup>. O texto das Ordenações sobre a imunidade é expresso quanto à finalidade desse instituto, destinado primordialmente aos casos em que pode a Igreja proteger todo aquele que nela adentra, ainda que seja um malfeitor. Os limites para essa proteção foram traçados em todo o Liv. II, Tit. V, a começar pelo próprio *caput*, em que o critério da pena aplicada ao condenado já começa a se fazer presente:

E porque a Igreja somente defende o malfeitor, que tem feito tal malefício, por que merece haver morte natural, ou civil, ou cortamento de membro, ou qualquer outra pena de sangue: E não cabendo no malefício cada huma dessas penas, a Igreja o não defende, ainda que se acoute a ella, em tal caso o Juiz secular poderá tirar dela o malfeitor, e fazer delle justiça, dando-lhe pena de degredo, ou qualquer outra pena de Direito.

Unicamente as penas mais graves justificariam a proteção da Igreja; caso contrário, não haveria que se falar em imunidade. Os parágrafos do Título V indicam outras situações não alcançadas pela imunidade eclesiástica, como o malefício deliberado antes de entrar na Igreja (§2) e a ação de ladrão público

---

116 “Aduerte tamen, quod quamuis haec exemptio Clericorum sit inducta Iure humano, Princeps saecularis, utcumque summus sit, non poterit huic immunitati, aut exemptioni proprijs Legibus, propriave autoritate, derogare”. PEGAS, Manuel Álvares. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*. Tomo VIII. Typographia Michaelis Deslandes, Lisboa, 1683, Gloss. I, 7, p. 3.

117 “De immunitate Ecclesiarum, siue eorum, qui ad Ecclesias confugiunt, & quando gaudeant immunitate delinquentes ad eam confugientes (...)”. PEGAS, Manuel Álvares, op. cit., Ad Tit. Quint., Gloss. I, 1, p. 341. Logo em seguida, Pegas trouxe rica revisão da literatura produzida sobre a questão, indicando majoritariamente autores lusitanos, mas também nomes de outras partes, como Jerónimo Castillo de Bobadilla, Diego Covarrubias y Leiva e Johannes Gutiérrez.

de estradas (§3). O elemento subjetivo – dolo – descrito no §4 merece uma investigação à parte, bem como o refúgio de escravo fugido (§6). Em linhas gerais, as disposições do Direito Pátrio sobre imunidade eclesiástica eram as descritas, mas é justamente a partir desses textos legais que surgiram dúvidas sobre a aplicabilidade do direito escrito a determinadas situações. Pensando em resolver essas questões, os autores de literatura de *decisiones* abordaram casos concretos problemáticos, que serão comentados a seguir.

Sobre esses conflitos, Gama escreveu algumas *decisiones*, geralmente retratando casos em que os réus ou condenados por crimes comuns buscavam refúgio em igrejas, visando escapar à perseguição pelo poder público. A Decisio CXLI trouxe uma curiosa situação em que o ladrão, um João Dias, de epíteto Limosna, mesmo estando amarrado, saltou em cima de jumento e fugiu da prisão, parando em átrio de igreja e sendo acolhido pelo vigário. No procedimento de recaptura, alegou que não poderia ser preso por estar protegido pela imunidade da Igreja. O corregedor da província não aceitou esse argumento, no que foi seguido na Casa da Suplicação pelos desembargadores Simão de Miranda, Gaspar de Melo, Simão Carvalho, Luís Alunz e o próprio Gama. Como fundamento da sua opinião, além da referida decisão judicial, Gama citou Tiberius Deciano e Oldrado da Ponte, não mencionando as Ordenações<sup>118</sup>. Caso parecido, exceto pela caricata situação descrita, foi o da Decisio CLXXI, também baseada em caso concreto julgado por Gama na Casa da Suplicação. O ladrão João Pedrosa, que à época trabalhava na Igreja de São Nicolau, em Lisboa, refugiou-se com a coisa furtada na própria Igreja, mas foi considerado “ladrão público”, o que implicou a não aceitação da tese da imunidade eclesiástica<sup>119</sup>.

Nas duas outras *decisiones* em que Gama abordou a questão, também prevaleceu o argumento de que não se poderia falar em imunidades eclesiásticas. Na Decisio CCLXXXI, Gama se questionou sobre a aplicação da imunidade eclesiástica ao caso de condenado a pena de tortura que se refugiasse em igreja. Para ilustrar a situação, relatou três casos, sendo o principal deles, que aparece logo no início da *decisio*, o de Belchior Dias, condenado à tortura por ter cometido adultério e homicídio contra o esposo de sua amásia. A justificativa para a negativa de Gama residia na gravidade da pena aplicada, que não seria uma pena ordinária<sup>120</sup>.

---

118 GAMA, António da, op. Cit., Dec. CXLI, p. 194.

119 GAMA, António da, op. Cit., Dec. CLXXI, p. 222.

120 GAMA, António da, op. cit., Dec. CCLXXXI, p. 362.

A Decisio CCCLXII, por sua vez, se baseou na situação concreta de um condenado a pena de três anos de exílio que buscou refúgio em igreja da cidade de Setúbal, mas tampouco logrou êxito na sua alegação da imunidade religiosa, que não prevaleceu em nenhuma das instâncias em que o processo foi apreciado. Trata-se de caso interessante, entre outras razões, por permitir um contato com situação concreta que foi julgada pelas três instâncias da jurisdição régia (o juiz da localidade, a corregedoria da comarca e a Casa da Suplicação); inexistiam indícios de que o condenado fosse pessoa influente ou com bens, o que representa uma sinalização de que processos comuns poderiam alcançar as mais altas instâncias da justiça portuguesa no Antigo Regime, mesmo diante da infinidade de dificuldades encontradas nesse percurso. Ademais, a fundamentação de Gama sobre a preponderância da jurisdição secular residiu, precipuamente, no fato de o réu ter sido condenado a pena de duração perpétua de trabalhos forçados, a qual foi cominada, pela Casa da Suplicação, em exílio por três anos<sup>121</sup>, sendo necessária, nesses casos, a manutenção da jurisdição secular para que seja acompanhada, pelo Estado, a execução da pena<sup>122</sup>.

Esses dois últimos casos indicam que a aceitação da alegação da imunidade eclesiástica – a qual, na prática, significava a cominação da pena, tendo em vista que haveria, nessa esfera, uma punição, ainda que mais branda do que a originalmente pensada – não poderia ser aceita quando a pena aplicada fosse severa. Dentre as várias penas previstas no Livro V das Ordenações, as perpétuas de trabalhos forçados e de tortura seguramente estavam entre as mais graves, impedindo, assim, que os casos em que elas fossem aplicadas autorizassem a cominação.

Por fim, os dois casos trazidos por Valasco. A Consultatio XLVIII, diferentemente das *decisiones* de Gama, teve uma estrutura diferente, tendo em vista que, mesmo retratando uma situação concreta, não houve indicação de decisão judicial da Casa da Suplicação; o caso foi retratado de forma genérica, sem detalhes sobre os envolvidos. Valasco, como de costume, buscou aprofundar as discussões com os temas que serviam de base para os seus argumentos. A situa-

121 “Et iudicatum fuit per iudicem, auditorem, ac Senatores nostros, ut ipse immunitate Ecclesiae non debeat gaudere. Ea ratione, quia per condemnationem perpetui exilij in opus publicum servus poenae remansit, ideo immunitate Ecclesiae non gaudebit”. GAMA, António da, op. Cit., Dec. CCCLXII, 1, p. 479.

122 “At vero sententia juridica est, quatenus iudicat executionem poenae perpetui exilij prius faciendam, quia semper saeculares iudices in executione negotium ad finem cum effectu perducere debent”. GAMA, António da, op. Cit., Dec. CCCLXII, 2, p. 480.

ção em questão tratava de condenado a pena de exílio que se integrou a ordem religiosa e passou a alegar o benefício eclesiástico. Valasco começou relatando que a remissão pelo juízo secular, em casos de condenados que entram para ordem religiosa, era comum, mas não liberava o condenado em casos de dolo, fraude ou de fuga do juízo secular<sup>123</sup>; ao lidar com a possibilidade de a entrada em ordem religiosa ter tido o intuito de fraudar a justiça secular, servindo, assim, para possibilitar a fuga da perseguição, Valasco afirmou que o direito pátrio dispensava a prova a depender de quando foi feito o voto<sup>124</sup>, constituindo verdadeiras presunções. Em seguida, discutiu-se situação em que já houve sentença transitada em julgado no juízo secular, condenando-se o indivíduo – na situação descrita, a pena foi de exílio por dez anos – antes da sua entrada na ordem religiosa, mas, no juízo eclesiástico, houve remissão. Após ilustrar a situação com diversas opiniões sobre o tema, o autor se posicionou pela prevalência da decisão do juízo eclesiástico, uma vez que não havia, de fato, sentença lata secular, pois esta deveria ser dirigida a pessoa leiga, o que não era o caso relatado, tendo em vista que o indivíduo em questão havia se tornado membro de ordem religiosa<sup>125</sup>. Portanto, no caso em questão, após bem articulada construção de hipóteses e de argumentos, prevaleceu a imunidade religiosa.

A *Consultatio* LXXXI, por sua vez, tratou da possibilidade de se realizar citação, em processo criminal na justiça secular, de réu refugiado em igreja. Novamente aqui Valasco segue uma estrutura diferente da utilizada por Gama, já que não apresenta dados reais sobre a situação concreta descrita na *consultatio*. Ademais, a forma como foram colocadas as questões denotam que o autor buscou dar maior complexidade à estrutura do texto, levantando vários pontos que pretendia responder ao longo do texto. Inicialmente, Valasco busca deixar claro que a imunidade eclesiástica alcançava os cemitérios das igrejas<sup>126</sup>. A questão de fundo da *consultatio*, contudo, dizia respeito ao

123 VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae*. Tomo I. Antonius Alvarez Typog., Lisboa, 1593, Cons. XLVIII, I, 2, pp. 49-49v.

124 VALASCO, Álvaro, op cit., Cons. XLVIII, I, 8, p. 50.

125 “Nec est mirandum, quod remissione facta ad ecclesiasticum in casu quo reus laicus post condemnationem in fraudem iurisdictionis factus est clericus, non teneatur stare sententiae iudicis laici, quia tunc remittitur tanquam homo fori illius, qui non potest puniri per sententiam iudicis saecularis, quae est lata tanquam contra laicum, non tanquam contra clericum, unde contra eum procedere tanquam contra subitum non aunt ut purus executor”. VALASCO, Álvaro, op. Cit., Cons. XLVIII, I, 11, p. 50v.

126 VALASCO, Álvaro, op. Cit., Cons. LXXXI, I, pp. 117v-118. Também Pegas examinou a questão. Cf. PEGAS, Manuel Álvares, op. Cit., 16-17, p. 349.

que era alcançado pela imunidade eclesiástica, ou seja, o que a justiça régia realmente não poderia fazer em locais onde prevalecia a imunidade, e aqui a citação em processos laicos se sobressai justamente por ser o ato que oficializa a entrada do réu no processo. Sua nulidade, segundo as próprias Ordenações, causaria a nulidade de todo o processo. Valasco discutiu a possibilidade de citação pela justiça laica ser feita em igreja e afirmou, seguindo os argumentos de dois expoentes da *opinio communis*, Bártolo e Alexandre Tartagnus, que a citação verbal realizada em igreja e em cemitério seria válida, mas a citação real seria nula, acarretando, assim, a nulidade de todo o processo<sup>127</sup>. Por fim, Valasco levantou a hipótese de réu ser citado por justiça criminal secular e, antes de a citação ser efetivada, se refugiar em igreja e fazer parte de ordem religiosa; para o autor, isso não seria motivo para que ele não fosse parte no processo, uma vez que ele poderia formar o processo, receber sentença e ter seus bens executados, e, ainda que não saia da igreja para comparecer em juízo, poderia nomear procurador para representá-lo<sup>128</sup>. Nas últimas linhas, Valasco utilizou estrutura conclusiva, a qual não é muito facilmente encontrada nos demais autores; assim, ele arrematou o seu argumento no sentido de ser válida a citação verbal em processo criminal feita em igreja ou cemitério<sup>129</sup>.

Ao se compararem as discussões travadas por Gama e Valasco com relação ao alcance da imunidade eclesiástica, percebe-se que as suas exceções eram suficientemente amplas para alcançarem casos de fraude, diretamente direcionados a uma tentativa do réu ou do condenado de escapar da percussão criminal por parte da justiça secular. Ainda que se respeitasse o ambiente eclesiástico, esse privilégio não poderia significar a institucionalização da impunidade. Os textos apresentados, típicos representantes da *opinio communis* em Portugal nos séculos XVI e XVII, são exemplares dessa preocupação, a qual tem um forte significado no sentido do fortalecimento do poder estatal.

127 VALASCO, Álvaro, op. Cit., Cons. LXXXI, I, 3-5, pp. 118-118v.

128 VALASCO, Álvaro, op. Cit., Cons. LXXXI, I, 5, p. 118v.

129 “Itaque apparet, quod commissio de citando censetur, ac dicitur esse pars processus, & actus iudicialis, quae si fiat in ecclesia, vel eius cimiterio, est nulla ipso iure, sed si nuncius verbaliter citet in ecclesia, etiam ad causam criminalem, non erit nulla talis citatio, & tenebunt processus sententiae eius virtute secure. Dummodo tamen per talem sententiam non infligatur citato aliquo poena sanguinis vel corporalis, sed tantum quae libet alia poena pecuniaria, satisfactoria delicti prout”. VALASCO, Álvaro, op. Cit., Cons. LXXXI, I, 6, p. 118v.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da literatura de *decisiones* para compreender o processo de formação de um direito nacional português foi enorme, bem como o seu igualmente relevante uso como fonte para conhecer a dinâmica processual do período. Isso já foi ressaltado em trabalho anterior e mesmo neste texto, tratando-se, na verdade, da primeira e mais elementar conclusão de qualquer estudo relativo às *decisiones*. Em uma época marcada pela pluralidade de ordenamentos jurídicos, o direito régio passou a exercer um papel de liderança no sentido da unificação, a qual representou uma das principais consequências – ainda que isso não seja tão facilmente percebido pelos estudiosos do período – dos movimentos liberais que sepultaram o Antigo Regime e fizeram surgir um modelo de Estado que, com algumas modificações, é a base do que se adota atualmente. Essa ideia do monopólio do Direito pelo Estado, tão forte ao longo dos séculos XIX e XX, sucedeu a um momento em que a pluralidade foi a regra, e o direito régio, manifestação do poder soberano detido pelo monarca, foi crucial para que o processo de centralização avançasse durante o Antigo Regime.

No que se refere especificamente ao Direito Penal, as fontes ajudam a compreender o funcionamento do sistema repressor e o seu próprio caráter *repressor*. No período analisado, o Estado tinha já adquirido uma feição de centralização que se refletiu fortemente na sua capacidade de condenar aquele que violasse as suas regras. Ocorre que também era típico do Estado Moderno um poder extraordinário do soberano de simplesmente deixar de aplicá-las quando achasse conveniente, o que só ressalta um interessante caráter da soberania régia: a reforma de decisão judicial que ultrapassava a barreira do direito positivo, sobre a qual se assentavam os pronunciamentos dos juízes régios, só acontecia em benefício dos réus. Apesar de não existir uma norma escrita nesse sentido, tratava-se de decorrência lógica da própria graça, mas era típica e provavelmente exclusiva dela.

A principal consequência dessa leitura é a seguinte: se a graça, que representava, ao final, uma possibilidade de benevolência para o súdito, era manifestação de um poder extraordinário, um estudo aprofundado do Direito Penal no período requer conhecer o sistema ordinário. Foi justamente com essa finalidade que foram utilizadas as *decisiones* como fontes, as quais demonstraram, como se afirmou de modo explícito em diversas oportunidades ao longo dessas páginas, a importância essencial do direito positivo. Buscava-

se a opinião mais razoável para os casos concretos em meio a uma pluralidade de possibilidades, e a segurança a que tanto se almejava parecia estar mais próxima, pelo menos para os autores, com as constantes referências à lei.

O ordinário era regrado, e descobrir a solução para os problemas concretos passava por agir dentro dessas regras. Isso não significava sistematicidade e completude, tendo em vista o caráter casuísta dessa ordem, mas uma extensão da discricionariedade – ou arbitrariedade, como preferem muitos. Trata-se de um arbítrio que só existia dentro de regras, as quais, apesar de serem amplas e balizadas pelo direito natural, não acarretavam uma desordem lógica. A ordem do Antigo Regime era própria e bem diferente da moderna; como a sua compreensão completa é impossível, cabe às suas tentativas de reconstrução ajudar a entender essa lógica própria e delimitar algumas das suas características mais relevantes. Com a análise das *decisiones* em matéria penal, espera-se ter contribuído com a discussão.

## REFERÊNCIAS

### Fontes primárias

- AZO. *Summa perviles*. Joannem & Franciscum Frellaeos, fratres, Lugdvni, 1540.
- AZPILCUETA NAVARRO, Martín de. *Manual de confesores y penitentes*. Francisco Fernandez de Corboua, Valladolid, 1570.
- BOSSI, Egidio. *Practica et tractatus varii, sev questiones criminales materiam*. Sebastianum Henricpetri, Basileae, 1580.
- CABEDO, Jorge de. *Practicarum obseruationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Ioannem Keerbergium, Antuérpia, 1620.
- CASTRO, Gabriel Pereira de. *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugaliae*. Petrum Craesbeeck, Lisboa, 1621.
- CLARO, Giulio. *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*. Samuelis Chouer, Geneva, 1666.
- DECIANI, Tiberio. *Tractatus criminalis*. Tomus primus. Franciscum de Franciscis Senensem, Veneza, 1590.
- FEBO, Belchior. *Decisionum Senatus regni Lusitaniae*. Tomus primus. Officina Georgij Roderici, Lisboa, 1623.

- GAMA, António da. *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae Centuriae IV*. Joannem Baptistam Verdussen, Antuérpia, 1683.
- GIGAS, Hieronymus. *Tractatus de crimine laesae maiestatis*. B. Albinum, Spira, 1598.
- PEGAS, Manuel Álvares. *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*. Tomo VIII. Typographia Michaelis Deslandes, Lisboa, 1683.
- Tractatus de testibus probandis vel reprobandis*. Ioannem Gymnicvm, Coloniae Agrippinae, 1575.
- VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae*. Tomo I. Antonius Alvarez Typog., Lisboa, 1593.

Fontes secundárias

- BAUMGÄRTNER, Ingrid (Org.). *Consilia im späten Mittelalter: zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*. Jan Thorbecke Verlag, Sigma-rinngen, 1995.
- BELLOMO, Manlio. *L'Europa del diritto comune*. 4 ed. Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1989.
- BIROCCHI, Italo. “La formazione dei diritti patri nell’Europa Moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento”, em BIROCCHI, Italo; MATTONE, Antonello. *Il Diritto Patrio tra Diritto Comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Viella, Roma, 2006, pp. 17-71.
- BOULANGER, Marc. “Justice et absolutisme : la grande Ordonnance Criminelle d’août 1670”, em *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, T. 47<sup>e</sup>, No. 1 (Jan.-Mar, 2000), *Ordre et désordres, XVIIe-XXe siècles*, pp. 7-36.
- CABRAL, Gustavo César Machado. *Os decisionistas portugueses entre o direito comum e o direito pátrio*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CAETANO, Marcelo. *História do Direito Português (sécs. XII-XVI)*. 4 ed. Verbo, Lisboa, 2000.
- CALASSO, Francesco. *Medio Evo del Diritto*. I – Le Fonti. Giuffrè, Milano, 1954.
- CAMARINHAS, Nuno. *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*. Fundação Calouste Gulbenkian; Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Lisboa, 2010.
- CARDIM, Pedro. *Cortes e cultura política no Portugal do Antigo Regime*. Lisboa, Edições Cosmos, 1998.



- CASSANDRO, Giovanni. *Lezioni di Diritto Comune I*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1980.
- COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere politico nella publicistica medievale (1100-1433)*. Giuffrè, Milano, 2002.
- FALK, Ulrich. *Consilia: Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006.
- GARRÉ, Roy. *Consuetudo: das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und der Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16. – 18. Jahrhundert)*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. “Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’: textos, poder e política penal no Antigo Regime”, em *Anuário de História del Derecho Español* 57 (1987), pp. 493-578.
- \_\_\_\_\_. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Almedina, Coimbra, 1982.
- \_\_\_\_\_. “La economía de la gracia”, em *La gracia del Derecho: economía de la cultura en la Edad Moderna*. Trad. Ana Cañellas Haurie. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 151-176.
- KISCH, Guido. *Consilia: einse Bibliographie der juristischen Konsilien-sammlungen*. Helbing & Lichtenhahn, Basel/Stuttgart, 1970.
- KOSCHAKER, Paul. *Europa und das römische Recht*. C.H. Beck, München, 1958.
- LANDAU, Peter; SCHROEDER, Friedrich-Christian (Hrsg). *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption: Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1984.
- MARTYN, Georges. “Introduction: from Arbitrium to Legality? Or Legality and Arbitrium?”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLA-JAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 7-31.
- MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in Età di diritto comune*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- \_\_\_\_\_. “Dimensions of Justice from the Middle Ages till Juridical Modernity”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLA-JAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 49-97.

- MILETTI, Marco Nicola. *Stylus judicandi: le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in Età Moderna*. Jovene, Napoli, 1998.
- MOHNHAUPT, Heinz. “Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime”, em *Ius commune* 4 (1972), pp. 188-239.
- MONBALLYU, Jos. *Zes eeuwen strafrecht: de geschiedenis van het Belgische strafrecht (1400-2000)*. Acco, Leuven, 2006.
- NÖRR, Knut Wolfgang. “Iura novit curia: aber auch fremdes Recht”, em DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions*. Volume 2: ‘Foreign’ Law. Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 9-16.
- OESTMANN, Peter. *Rechtvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2002.
- OSLER, Douglas. “The myth of European Legal History”, em SIMON, Dieter (org.). *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), pp. 393-410.
- PIFFERI, Michele. *Generalia delictorum: il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la “parte generale” di Diritto Penale*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- PIHLAJAMÄKI, Heikki. “Legalism before the Legality Principle? Royal Statutes and Early Modern Swedish Criminal Law”, em MARTYN, Georges; MUSSON, Anthony; PIHLAJAMÄKI (Org.). *From the Judge’s Arbitrium to the legality principle: legislation as a source of Law in Criminal Trials*. Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 169-188.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Tormenta juris permissione: Folter und Strafverfahren auf der iberischen Halbinsel – dargestellt am Beispiel Kastiliens und Kataloniens (16. – 18. Jahrhundert)*. Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- SBRICCOLI, Mario. *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*. Giuffrè, Milano, 1974.
- \_\_\_\_\_. “Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale”, em SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della Giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*. Dott. A Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 1223-1246.
- SCHOLZ, Johannes-Michael. “Portugal”, em COING, Helmut. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Zweiter Band: Neuere Zeit (1500-1800), das Zeitalter des Gemeinen Rechts. Zweiter Teilband: Gesetzgebung und Rechtsprechung. C.H. Beck, München, 1977, pp. 1319-1342.

- SCHROEDER, Friedrich-Christian (Hrsg). *Die Carolina: die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes do direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985.
- STOLLEIS, Michael. “Arcana Imperii und Ratio Status. Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts”, em STOLLEI, Michael. *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990, pp. 37-72.
- TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *Casuísmo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.
- \_\_\_\_\_. “La noción de ley en America Hispana durante los siglos XVI a XVIII”, em TAU ANZOÁTEGUI, Victor. *La ley en America Hispana: del descubrimiento a la Emancipación*. Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 25-65.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI – XVII – XVIII)*. Editorial Tecnos, Madrid, 1969.
- WIJFFELS, Alain. “Orbis exiguus. Foreign legal authorities in Paulus Christianaeu’s Law Reports”, em DAUCHY, Serge; BRYSON, W. Hamilton; MIRROR, Matthew C. *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions*. Volume 2: ‘Foreign’ Law. Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 37-62.



L'INCONTRO TRA NORMATIVA, DOTTRINA E PRASSI NELLE  
SEICENTESCHE *DECISIONES* PENALI DEI SUPREMI TRIBUNALI  
DEL *REGNUM SICILIAE*<sup>1</sup>

Francesco Di Chiara

L'irruzione dello Stato porta con sé dei mutamenti decisivi nel panorama del diritto della prima età moderna. I sovrani tendono ad ergersi a centro degli ordinamenti e l'appropriazione del giuridico diviene elemento comune delle nascenti monarchie.<sup>2</sup> Funzionale a tale scopo è in primo luogo il controllo sulle fonti di produzione del diritto, sempre più materie, infatti, vengono attratte nell'ambito della normazione dei sovrani legislatori. Ma alla proliferazione delle norme avrebbe dovuto far seguito anche la puntuale applicazione dell'atto volitivo del re. In tal senso, la centralizzazione dell'amministrazione della giustizia ed in particolare delle magistrature apicali era punto nevralgico, nelle politiche di accentramento dei sovrani "tendenzialmente" assoluti.<sup>3</sup> Produzione normativa e creazione di organi giudiziari costituenti la coscienza giuridica del sovrano sono due aspetti che testimoniano da una parte il tentativo di appropriazione del giuridico posto in essere dai regnanti, dall'altra danno atto della non compiuta realizzazione di un tale progetto.

Sia nella normazione che nella prassi giudiziaria, infatti, altri soggetti rimangono protagonisti, insieme e spesso in concorrenza con i sovrani, costoro sono i giuristi. La dottrina continua a svolgere un ruolo fondamentale nella creazione e nella riduzione a sistema del diritto vigente nei regni. Attraverso un'interpretazione che enfatizzava la frammentarietà del dettato legislativo, i giuristi ne giustificavano una rilettura estensiva se non addirittura alternativa.<sup>4</sup>

---

1 Il presente lavoro raccoglie i primi esiti di una ricerca che avrà come approdo finale la redazione di un'opera monografica sulle *decisiones* criminali del *Regnum Siciliae*.

2 Per un'approfondita analisi storica sulle relazioni tra potere e diritto si veda HESPANHA, A.M. *Storia delle istituzioni politiche*, Jaca Book, Milano 1993; ID., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna 1999, pp. 9-59.

3 Cfr. BIROCCHI, I. "La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento", in *Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004, a cura di I. Birocchi e A. Mattone, Viella, Roma 2006, p. 38.

4 Di questa forma d'interpretazione parla SBRICCOLI, M. *L'interpretazione dello*

Ma la dottrina Cinque-Seicentesca si caratterizza anche per l'attenzione riservata alla prassi giudiziaria. Nel passaggio all'età moderna si delinea, infatti, un progressivo spostamento del centro di elaborazione della scienza del diritto dalle università ai tribunali, i giuristi eleggono la prassi giudiziaria a oggetto privilegiato delle loro speculazioni.<sup>5</sup> Si assiste dunque alla creazione ed allo sviluppo di un diritto *sub specie interpretationis* che tra il XVI e il XIX secolo, in buona parte d'Europa, trova la sua "culla" nei supremi tribunali di ciascun ordinamento territoriale; i suoi interpreti principali sono i giudici di tali corti, rappresentanti di una vera e propria casta di giuristi legata alla pratica forense, i quali affiancano ed in certi casi surrogano, nella funzione creatrice ed innovatrice del diritto, i professori delle università.<sup>6</sup>

---

*statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi dell'età comunale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 270, secondo cui i giuristi praticano un sistematico "rovesciamento della norma in lacuna": essi, cioè ravvisano un vuoto o un'ambiguità non soltanto rispetto a casi non regolati, ma anche quando la legge appaia ingiusta o inopportuna. Nello stesso senso, ma specificamente per la realtà napoletana, si veda, MILETTI, M.N. *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «Decisiones» di V. de Franchis*, Jovene, Napoli 1995, pp. 55-61. Sulla portata assunta dalla lacuna legislativa negli ordinamenti di diritto comune si veda MECCARELLI, M. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè, Milano 1998, p. xx, 318 e ss. L'Autore sottolinea, infatti, come in tali ordinamenti essenzialmente giurisprudenziali, il fattore interpretativo è fondamento dell'effettività della norma. In tale prospettiva, la lacuna è lo spazio in cui l'*arbitrium* ermeneutico si muove per colmare il dettato normativo insufficiente. Appaiono scettici, invece, rispetto all'idea stessa di utilizzare la categoria di "lacuna" legislativa con riferimento alla situazione che poteva crearsi negli ordinamenti dotati di pluralità di fonti, come quelli precedenti alle codificazioni, CARONI, P. "Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario", in *Archivio Storico Ticinese*, 118, 1995 pp.134-146; BIROCCHI, I. *La formazione dei diritti patri*, cit., p. 57.

5 Su questo fondamentale fenomeno, che si può collocare a partire dal secolo XV, cfr. ASCHERI, M. *Tribunali Giuristi e Istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 152-153; CALASSO, F. *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 598-599; CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. I, Giuffrè, Milano 1979, p. 221 ss; MAFFEI, D. *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano 1956, p. 36; TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 20 ss. VAN CAENEGEM, R.C. *I sistemi giuridici europei*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 31 ss.

6 ROVITO, P.L. "Alle origini del costituzionalismo: mediazione giuridica e potere degli apparati tra Cinque e Seicento", in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Cedam, Padova 1988, pp. 162-202, delinea una storia "costituzionale dei Grandi Tribunali e del ruolo dei giuristi come soggetti cui attribuire già dal XV secolo caratteristiche di straor-

La materia del processo diventa quindi protagonista delle opere dei giuristi, specialmente con i commenti ai sempre più frequenti interventi normativi dei sovrani sulle procedure. I *doctores* influenzavano altresì la prassi giudiziaria dall'interno delle aule stesse dei tribunali, quali magistrati delle corti supreme dei singoli stati.<sup>7</sup>

Tali organismi, infatti, riformati o costituiti *ex novo* agli albori dell'età moderna occupavano il vertice del sistema amministrativo giurisdizionale dei regni; erano composti dai più rinomati giuristi, nominati direttamente dal sovrano, avevano competenza di appello nei confronti di tutte le sentenze emanate dai tribunali di grado inferiore e competenza esclusiva in specifiche materie, quali le cause che riguardavano direttamente il re, l'aristocrazia, i *debiles*, o infine le cause feudali.<sup>8</sup> Così organizzate, le corti supreme avrebbero dovuto assecondare le mire accentratrici del sovrano, soprattutto applicando il diritto che da quest'ultimo promanava, cioè la legge. Ma in realtà,

---

dinaria modernità, di valenza "costituzionale" (addirittura quasi repubblicana), di valori "borghesi ed antinobiliari".

7 Le prime elaborazioni sistematiche di una categoria storiografica unitaria dei "Grandi Tribunali" risalgono alla fine degli anni settanta del secolo scorso e si devono al comparatista GORLA, G. "I Tribunali Supremi degli Stati italiani. fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparatistico)", in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Olschki, Firenze 1977, pp. 445-532; a cui fanno seguito, se pur con annotazioni critiche rispetto all'impostazione comparatistica e all'unicità della categoria storiografica, le ricerche di ASCHERI, *Tribunali Giuristi e Istituzioni* cit., e SAVELLI, R. "Tribunali "decisiones" e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti", in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini-A. Mohlo-P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1994, pp. 397-421. Una più recente riflessione sul tema è di BIROCCHI, I. *Alla ricerca dell'ordine*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 85-93.

8 Fra gli esempi più significativi di studi sui grandi tribunali PETRONIO, U. *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, I, Giuffrè, Milano 1977; ID., "I Senati giudiziari", in *Il Senato nella storia. Il Senato nel medioevo e nella prima età moderna*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1997, pp. 355-453; MASSETTO, G.P. "Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle grazie nel Ducato di Milano. Secoli XVI-XVII", in *Archivio storico lombardo*, CXVI (1990), pp.75-112; MILETTI, M.N. *Stylus iudicandi. Le raccolte di "decisiones" del Regno di Napoli in età moderna*, Jovene, Napoli 1995; *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli-A. Bettoni, Giuffrè, Milano 1993; KRYNEN, J. « Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi? », in *Excerptiones iuris: Studies in Honor of André Gouron*, a cura di B. Durand-L. Mayali, Robbins collection, Berkeley 2000, pp. 353-66.

proprio grazie al ruolo centrale svolto in seno all'organizzazione dello Stato, all'autorevolezza dei giuristi che ne componevano i collegi, e agli ampi poteri equitativi riconducibili all'*arbitrium*, i grandi tribunali erano portati a porsi in concorrenza col sovrano proprio sul versante applicativo del diritto, considerando le proprie pronunce come fonte primaria per risolvere le controversie, con il risultato di attribuire, alle sentenze, una forza simile a quella della legge.<sup>9</sup>

Normativa, dottrina e prassi giurisprudenziale, dunque, insieme contribuiscono alla costruzione degli ordinamenti giuridici dell'età moderna. Dalla sovrapposizione di questi tre ambiti, trae origine e trova sistematizzazione il diritto effettivamente applicato nei regni.

Uno dei settori, che in un simile scenario risulta maggiormente riformato è quello del diritto penale. Ad esso, in gran parte d'Europa, i sovrani assoluti prestavano la loro costante attenzione attraverso l'emanazione di complessi normativi che contenevano sia diritto sostanziale che procedurale; costituiscono esempi di tale normazione la *Constitutio criminalia carolina* (1532),<sup>10</sup> nel Sacro Romano Impero, e l'*Ordonnance Criminelle* (1670),<sup>11</sup> in Francia. I regnanti avevano così impresso alla materia criminale, per mezzo delle loro leggi, un deciso carattere di pubblicizzazione, in virtù del quale il delitto era visto prima di tutto come un'offesa alla *Respubblica* e la punizione come un elemento essenziale alla sua stessa difesa. Si tratta di un processo di statalizzazione che segna il passaggio dalla giustizia penale negoziata, tipica del mondo medievale, alla giustizia penale egemonica, incarnata dallo Stato Cinque-Seicentesco.<sup>12</sup>

---

9 Questo scarto tra l'intento del sovrano, di cui i tribunali avrebbero dovuto costituire la coscienza giuridica, e la realtà in cui essi ne rappresentano un contropotere in chiave centrifuga, ha fatto parlare la storiografia più recente di una vera e propria ambiguità, con riferimento alla funzione giurisdizionale dei Grandi Tribunali. Sul tema si veda BIROCCHI, I. *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 85.

10 Sulla *Carolina* si vedano, tra i molteplici contributi, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, a cura di G. Radbruch, Reclam, Stuttgart 1975; *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, a cura di P. Landau, F.C. Schroeder, Klostermann, Frankfurt am Main 1984.

11 Sull'*Ordonance Criminelle* cfr. BOULANGER, M. "Justice et absolutisme. La grande Ordonnance Criminelle d'août 1670", *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 47, n° 1, *Ordre et désordres, XVII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, 2000, pp. 7-36.

12 Per una dettagliata descrizione di questo fenomeno cfr. SBIRICOLI, M. "Giustizia



Il genere letterario privilegiato dai giuristi per rappresentare il ruolo svolto, in simili stravolgimenti, dall'incontro tra dottrina e prassi giurisprudenziale, è quello della *decisio*. Al consolidarsi dell'autorevolezza dei supremi tribunali e della loro giurisprudenza fa diretto seguito, infatti, il fiorire ed il diffondersi delle raccolte di *decisiones* di tali corti.

Le raccolte erano il frutto dell'iniziativa privata dei singoli curatori e solitamente contenevano sentenze delle quali l'autore aveva avuto personale cognizione come giudice o come avvocato. La *decisio*, dunque, rimane atto stragiudiziale che non coincide con la sentenza, ma la utilizza quale presupposto per una rielaborazione eminentemente dottrinale. L'autore crea un percorso volto di ricostruire l'*iter* logico-giuridico che aveva condotto alla pronuncia. Attraverso una costruzione lessicale discorsiva, argomentata minuziosamente con incisi dottrinali, i curatori delle raccolte sembrano voler render note all'esterno le motivazioni, spesso oscure, delle sentenze delle supreme corti giudicanti.<sup>13</sup> Sia pur confinata ai margini della trattazione, ed identificata spesso soltanto con la data, la sentenza serve da indispensabile *auctoritas* formale, utile a suffragare quella sostanziale contenuta nelle argomentazioni di diritto sviluppate dall'autore.

Se da una parte, quindi, le *decisiones* offrono un resoconto della giurispru-

---

criminale" in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 163 ss; ID, "Vidi communiter observari". L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, pp. 231-268. Sui caratteri esteriori che lo caratterizzano, quali la ritualità e quasi sacralità del momento giudiziario, o l'evidenza delle pene, si veda TOMÁS Y VALIENTE, F. *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid 1969, p. 24 ss..

13 Cfr. ROBERTI, M. "Lodovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune", in *Rivista di Storia del diritto italiano* 1936, p.12 ss., per un'equiparazione limitatamente agli effetti tra *Decisiones* come *reports* e motivazione. Per una generale disamina sulla motivazione della sentenza dei tribunali dell'*ancien regime* si veda ASCHERI, M. *Tribunali Giuristi e Istituzioni*, cit., p. 97 ss. e TARUFFO, M. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", in *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del III Congresso Internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Olschki, Firenze 1977, II, pp. 599-633: quest'ultimo di grande utilità per la delineazione della dottrina del diritto comune in tema di motivazione (che in generale non veniva considerata condizione di validità della sentenza) e per il panorama della situazione nei vari stati dell'antico regime. In particolare negli ordinamenti italiani non erano tenuti a motivare i supremi tribunali di Venezia, Milano, Sicilia, Napoli (fino al 1774) e la Rota Romana.

denza della suprema corte da cui promanavano, allo stesso tempo propongono un percorso dottrinale che affonda invece le radici nella solida tradizione del diritto comune.<sup>14</sup> Ciò che effettivamente caratterizza la *decisio* è proprio la sua dimensione dottrinale che ha formazione, metodologie e lessico fondati sulla *scientia iuris* medievale. In una dialettica che vede contrapporsi *auctoritates* promananti da ordinamenti diversi, la cui vincolatività non va ricercata sul piano istituzionale ma su quello eminentemente dottrinale. Esse fanno parte di quel sistema di citazioni che si ripetono in maniera stereotipata, il cui contenuto era spesso ignorato dall'autore della *decisio* che le riportava, ma che in quanto rientranti nell'ambito del diritto comune venivano percepite come vincolanti.

La *decisio* mostra, dunque, che ad essere recepita non è la fonte promanante da un ordinamento straniero quanto piuttosto il percorso dottrinale in cui essa è inserita, che la vede quale tassello di una *communis opinio* che pare indifferente a limiti di carattere territoriale. Per tale via, l'autorità di alcune corti consentiva alle *decisiones* di valicare i confini degli stati e di dar luogo a una prassi internazionale. La diffusione delle raccolte di *decisiones* rappresenta, infatti, un evento di portata "globale" che coinvolge gran parte d'Europa. Le decisioni, selezionando, accreditando o respingendo determinate "*opiniones*", si presentavano come autorevole supporto nella pratica quotidiana del foro: per il loro tramite si poteva individuare come presumibilmente si sarebbero regolati gli organi giudicanti, e questi stessi, peraltro, quando subordinati, vi avrebbero trovato una guida certa nella complessità del diritto controverso.<sup>15</sup> Alle *decisiones* rinviavano gli operatori del diritto:

---

14 Quella di racchiudere sia "*law in action*", inteso come prassi giurisprudenziale, che "*law of the books*", vale a dire fonti dottrinali autoritative che fondano il diritto comune, sembra essere una costante delle raccolte di *Decisiones* della prima età moderna. Trattando della raccolta di *decisiones* del belga Paul Christinaeus, ad esempio, così argomenta sul tema WIJFFELS, A. *Orbis exiguus. Foreign legal authorities in Paulus Christianaeu's Law Reports in Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions*. Vol 2: 'Foreign' Law, Duncker und Humblot, Berlin 2010, p. 37: "As a work, written primarily by the standards of the ius commune literature, it reflects in many ways the "law of the books", but because its proclaimed emphasis is on the practice of the Belgian superior courts, it also reflects to some degree legal practice, or, as it is sometimes called, "the law in action".

15 ASCHERI, M. *Tribunali Giuristi e Istituzioni* cit., p. 92. Nello stesso senso già LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, p. 192 e più recentemente SAVELLI, *Tribunali, "Decisiones" e giuristi* cit., pp. 414-415 e soprattutto MILETTI, *Stylus iudicandi* cit., p. 184 ss.

sia per cercare un campo di certezze rispetto alle contraddizioni ed esitazioni delle opere teoriche e della letteratura consiliare, sia per conoscere il diritto quale effettivamente applicato nei maggiori tribunali di ogni ordinamento.

A tale fenomeno di circolazione della giurisprudenza delle maggiori corti europee e di creazione, per tale via, di un *usus fori* transnazionale parteciparono anche le raccolte di *Decisiones* dei supremi tribunali del *Regnum Siciliae*. Questo è testimoniato sia dal gran numero di edizioni stampate al di fuori dell'isola sia dai frequenti rinvii che ad esse facevano le *decisiones* promananti dai supremi tribunali soprattutto napoletani e di area spagnola. In tal senso, appare emblematico il caso della raccolta di *Decisiones* del palermitano Garsia Mastrillo, giudice del Concistoro e giurista di fama, la cui opera fu oggetto per tutto il Seicento di numerose ristampe in Sicilia ma anche a Spira e Colonia. La silloge, peraltro, costituisce un autorevole e costante punto di riferimento argomentativo sia nelle *Decisiones* del napoletano De Franchis che in quelle di Juan Pedro Fontanella, dedicate alla giurisprudenza del Senato di Barcellona.<sup>16</sup>

La prima raccolta di *decisiones* dedicata alla giurisprudenza di un supremo tribunale del *Regnum Siciliae* è quella composta dal giudice catanese Francesco Milanese nel 1593.<sup>17</sup> Tale opera sancirà l'inizio di una produzione che diverrà centrale nel panorama della dottrina giuridica siciliana. Ad essa fecero, infatti, seguito le edizioni di numerose altre raccolte, i cui au-

---

16 Su Garsia Mastrillo si veda PASCIUTA, B., DI CHIARA, F., "Mastrillo Garsia", in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Il Mulino, Bologna 2013, vol. II, p. 1304-1305; NAPOLI, M.T. "Mastrillo Garsia", in *Dizionario biografico degli italiani*, 72 (2008), p. 55-59. Più specificamente sulla raccolta di *Decisiones* di Mastrillo, sia consentito il rinvio a DI CHIARA, F. "Fonti per una storia dei Grandi Tribunali in Sicilia: le *decisiones* di Garsia Mastrillo (1606-1624)", in *Archivio Storico Siciliano*, sr. IV, 32 (2006), p. 95-110.

17 MILANESE, F. *Aureae decisiones Regiae Curiae Regni Siciliae*, vol. I e II, apud Robertum Meietum, Venetiis 1593. L'opera fu pubblicata per la prima volta in Sicilia nel 1624 (Panormi), ma a causa delle idee politiche del suo autore, nel 1766 venne bruciata in piazza in quanto ritenuta lesiva delle prerogative regie. Milanese, infatti, era stato convinto assertore della necessità di giudicare le controversie tra i siciliani all'interno dell'isola, spingendosi a negare financo al sovrano la potestà di avocarle fuori dal Regno. Cfr. LA MANTIA, V. *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia*, II, Virzi, Palermo 1866, p. 73.

tori – Mastrillo,<sup>18</sup> Intriglioli,<sup>19</sup> Del Castillo,<sup>20</sup> Giurba,<sup>21</sup> Muta,<sup>22</sup> Cutelli,<sup>23</sup> Caracciolo,<sup>24</sup> solo per citare i più noti - erano i rappresentanti maggiormente autorevoli fra i giuristi ed i giudici siciliani del tempo.<sup>25</sup> Nel cinquantennio dal 1600 al 1650 si contano addirittura oltre trenta edizioni di raccolte di *Decisiones*, che scemano poi a meno di dieci nel secondo scorcio del XVII secolo.<sup>26</sup>

Il proliferare delle raccolte di *decisiones* nell'Isola è il risultato più evidente dell'avvenuta saldatura tra il mondo della dottrina e quello della prassi giudiziaria. In tale lasso di tempo, infatti, intorno al nucleo dei grandi tribunali del Regno di Sicilia si sviluppa e fiorisce, per impulso dei maggiori giudici-giuristi,

---

18 MASTRILLO, G. *Decisiones Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, apud Erasmum Simeonem, Panormi 1606.

19 INTRIGLIOLI, N. *Decisionum aurearum Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae*, ex typographia Io. Baptistae Maringhi, Panormi 1609.

20 DEL CASTELLO, G.F. *Decisionum Tribunalis Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, apud Erasmum Simeonem, Panormi 1613.

21 GIURBA, M. *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, ex typographia Petri Breae, Messanae 1616.

22 MUTA, M. *Decisiones novissimae Magnae Regiae Curiae supremisque magistratus Regni Siciliae*, apud Io. Baptistam Maringum, Panormi 1619.

23 CUTELLI, M. *Decisiones supremorum huius Regni Siciliae tribunalium iuxta orationes editas per don Marium Cutelli...*, apud haeredes Petri Breae, Messanae 1632.

24 CARACCIOLO, O. *Decisiones curiae Pretoris Felicis Urbis Panormi*, apud Petrum Coppolam, Panormi 1641.

25 Per brevi profili dei giuristi sopra menzionati si veda *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., *ad vocem*. Sia pur datato, di notevole utilità è anche LA MANTIA, V. *Storia della legislazione civile e criminale*, cit., pp. 69-93. Qualche notizia è ritrovabile anche in ORLANDO, D. *Biblioteca di antica giurisprudenza siciliana*, Morvillo, Palermo 1851, *ad vocem*; MIRA, G.M. *Bibliografia siciliana*, Gaudino, Palermo 1875, *ad vocem*.

26 Pochissime e di scarso rilievo, sono invece le raccolte del secolo XVIII. Da una rapida lettura risalta subito come il genere sia oramai del tutto snaturato. Le raccolte contengono poche *decisiones*, solitamente non più di dieci, che riguardano prevalentemente la materia feudale. Chiaro è anche nello stile l'intento razionalizzante, tipicamente settecentesco, che si riscontra soprattutto nella scarsità delle citazioni dottrinali, adesso non più affastellate nei "chilometrici" corsivi, tipici della *decisio* classica, ma confinate in nota, a piè di pagina. Come esempio di raccolta di tal genere si veda quella di DE NAPOLI, A. *Decisiones tribunalis magnae regiae curiae sedis plenae Regni Siciliae in causis possessoriiis pro successione principatus Castri, & terrae Cassari, marchionatus terrae Sortini*, ex typographia D. Cajetani, M. Bentivenga, Panormi 1780.

una produzione tecnica legata all'attività delle Corti. È il segno dell'irrompere di una cultura propria di avvocati, ma soprattutto di magistrati -in buona parte anche professori o ex professori nelle università di Catania e Messina- i quali, alle speculazioni teoriche tipiche dei corsi ufficiali universitari, preferivano le trattazioni tecnico-professionali legate alla prassi forense.<sup>27</sup>

La dottrina giuridica siciliana sceglie dunque la materia del processo non solo come campo privilegiato per le sue riflessioni, ma anche e soprattutto per una interpretazione rivolta alla normativa regia che tale materia disciplina.<sup>28</sup> Ed ecco, quindi, vedere la luce un gran numero di opere, ascrivibili a vari generi letterari, per mezzo delle quali i giuristi siciliani, reinterpretandolo, creavano il diritto effettivamente applicato nelle aule dei tribunali. Tale attività interpretativa non poteva che prendere le mosse dal più corposo intervento normativo sulle procedure giudiziarie avutosi nel *Regnum* dopo le Costituzioni di Federico II, vale a dire il *Ritus Magnae Regiae Curiae et totius regni Siciliae Curiarum*<sup>29</sup>. È con questo provvedimento, emanato nell'ottobre

---

27 Per un simile fenomeno nell'Italia meridionale, in un ambiente da sempre assai attento alla prassi giudiziaria, cfr. CORTESE, E. "Sulla scienza giuridica a Napoli tra Quattro e Cinquecento" in *Scuola, diritto e società nel mezzogiorno medievale d'Italia*, I, a cura di M. Bellomo, Tringale, Catania 1985, p. 131 ss., ora in ID, *Scritti*, a cura di I. Birocchi e U. Petronio, II, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 1999, in particolare pp. 105, 130-132.

28 Si trattava del modo scelto anche dai giuristi siciliani per rimanere protagonisti in un ambito, quello delle procedure, che sempre più i sovrani tendevano ad attrarre tra le materie della propria legislazione. Su tale tema si veda PASCUTA, B. "Le fonti giudiziarie del Regno di Sicilia tra tardo Medioevo e prima Età Moderna: le magistrature centrali", in *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna (Atti del Convegno di Studi, Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008)*, a cura di A. Giorgi, S. Moscardelli e C. Zarrilli, Ministero per i beni e le attività culturali direzione generale per gli archivi, Siena 2012, pp. 315-330, secondo la quale "normativa regia e riflessione giuridica sono dunque costantemente impegnate in una contrapposizione silenziosa che elegge come terreno di attività il processo e le sue sistemazioni". Nello stesso senso sia anche consentito citare DI CHIARA, F. "The Judge in the Seventeenth century: a royal official between legislation, doctrine and case law. The Sicilian case", in *Proceedings of the 16th International Conference on the History of Concepts, Bilbao 29-31 August 2013*, DOI: <http://dx.doi.org/10.1387/conf.hcg2013.2>, Bilbao 2013, pp. 277-283.

29 La versione integrale del testo del *Ritus Magnae Regiae Curiae et totius Regni Siciliae Curiarum*, di Alfonso V il Magnanimo è edito in *Capitula Regni Siciliae*, a cura di F. Testa, tt. II, Felicella, Panormi 1741 (rist. an. a cura di A. Romano, Rubbettino, Saveria Mannelli (CZ) 1999), t. I pp. 240-273.

del 1446, che il sovrano Alfonso V il Magnanimo intendeva disciplinare la materia procedurale, sia civile che penale, nei Tribunali del Regno di Sicilia *ultra pharum*, con lo scopo precipuo di rendere più agevole lo svolgimento dei processi.<sup>30</sup>

Già dalla fine del '400 la dottrina si cimentava nell'interpretazione del *Ritus* alfonsino, apportando commenti a singoli articoli del testo normativo, in trattazioni destinate alla pratica forense. Ma sarà tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo che vedranno la luce i due più significativi e diffusi commentari al *Ritus*, quelli di Giuseppe Cumia<sup>31</sup> e di Marcello Conversano.<sup>32</sup>

Nel medesimo periodo, i giuristi siciliani si dedicavano altresì al commento di altre fonti normative vigenti nel *Regnum*, ma soprattutto alla compilazione di raccolte di *decisiones*, mettendo così a frutto l'esperienza maturata quali giudici nei supremi tribunali dell'Isola. Si assisteva, infatti, alla massiccia professionalizzazione della magistratura, dovuta alla presenza dei più rinomati giuristi come giudici dei tribunali supremi. In tal senso, va sottolineato che il carattere collegiale delle corti stesse, ovviamente, conferiva autorità e prestigio a sentenze adottate con parere unanime da tre o più sommi giudici-dottori, con esclusione di interventi di giudici non togati.<sup>33</sup> Utile alla diffusione del genere della *decisio* fu altresì il processo di stabilizzazione degli alti tribunali siciliani, che iniziatosi verso la metà del secolo XV, giunge a maturazione con la *prammatica de reformatione tribunalium* di Filippo II del novembre del

30 Sul *Ritus* alfonsino si veda PASCIUTA, B. *In regia curia civiliter convenire. Giustizia e città nella Sicilia tardomedievale*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 88-91.

31 CUMIA, G. *In ritus magnae regiae curiae ac totius regni Siciliae curiarum Commentaria, praxisque super eiusdem Magnae Regiae Curiae ritibus* [...], apud Io. Franciscum Carraram, Panormi 1588.

32 CONVERSANO, M. *Commentaria super ritu regni Siciliae ... a Marcello Conversano collecta*, apud Angelum Orlandi et Decii Cirilli, Panormi 1614.

33 Sul punto ROMANO, A. "La Regia Gran Corte del Regno di Sicilia", in *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports*, vol. 1, ed. A. Wijffels, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 111-161, osserva come il sistema giudiziario siciliano sembra avere maturato sempre più nel tempo una reale "specializzazione", reggendosi in effetti su tecnici del diritto. Una realtà che contribuiva decisamente ad una approfondita elaborazione giurisprudenziale del diritto siciliano, ma che nel contempo rendeva politicamente assai influente il ceto dei giuristi, che in Sicilia sosteneva sovente posizioni fortemente conservatrici a fronte di ogni mutamento politico istituzionale che potesse in qualche modo intaccare le prerogative non solo proprie ma anche del ceto nobiliare, cui esso era assai spesso strutturalmente legato. Su questi temi si veda anche BELLABARBA, M. *La giustizia nell'Italia moderna*, Laterza, Bari 2008, pp. 23-40.

1569.<sup>34</sup> Proprio in virtù di tale provvedimento, infatti, i tribunali regi di ultima istanza della Regia Gran Corte e del Concistoro della Sacra Regia Coscienza vengono posti al vertice del sistema giudiziario del *Regnum*.<sup>35</sup> Una diarchia determinata anche dalla necessità di tre sentenze conformi per giungere ad una decisione definitiva, con la previsione, a tal fine, di un complesso sistema di appelli ordinari ed incrociati tra i due organi giudiziari.<sup>36</sup>

Proprio dalle sentenze del Concistoro e della Regia Gran Corte traggono spunto le raccolte di *decisiones* siciliane, rielaborando in chiave dottrinale le materie maggiormente dibattute dinnanzi alle corti supreme dell'Isola.<sup>37</sup>

---

34 *Prammatica de reformatione Tribunalium*, edita in CESINO FOGLIETTA, J. *Pragmaticae Regni Siciliae*, II, apud Joseph Gramignani, Panormi 1700, pp. 1-7 e in DI BLASI, F.P. *Pragmaticae Sanctiones Regni Siciliae*, III, Regia typographia, Panormi 1791. Sulla riforma di Filippo II, che può considerarsi il momento conclusivo di tutta una serie di richieste di riforme giurisdizionali avanzate nei Parlamenti dalla prima metà del Cinquecento in poi cfr. SCIUTI RUSSI, V. *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI e XVII*, Jovene, Napoli 1983, p. 95 ss.; GREGORIO, R. *Considerazioni sopra la storia di Sicilia dai tempi normanni sino ai presenti*, Reale stamperia, Palermo 1805-1816, rist. an. a cura di A. Saitta, 3 vol., Edizioni della Regione Siciliana, Palermo 1972, pp. 541-543. Sulla politica di Filippo II cfr., per tutti, KOENIGSBERGER, H.G. *L'esercizio dell'impero*, Sellerio, Palermo 1997.

35 Sull'ordinamento giudiziario in Sicilia nei secoli XVI e XVIII cfr. BAVIERA ALBANESE, A. "L'ufficio di Consultore del Vicerè nel quadro delle riforme dell'organizzazione giudiziaria del secolo XVI in Sicilia", in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1960; ora in EAD., *Scritti minori*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 1992, pp.109-158; SCIUTI RUSSI, V. *Astrea in Sicilia*, cit., ed in particolare, sul parlamento del 1535, pp. 22-28 e sulla riforma del 1569, p. 79 e p. 216 e ss.; ID, *Il governo della Sicilia in due relazioni del primo Seicento*, Jovene, Napoli 1984, pp. 17-25. Sia pur per un periodo più risalente, si veda PASCUTA, B. *In regia curia*, cit., pp. 41-68 e la bibliografia ivi citata.

36 Data la necessità di tre sentenze conformi per ottenere il passaggio in giudicato, il sistema degli appelli risultava particolarmente complesso. Contro le sentenze della Gran Corte si poteva proporre appello al Vicerè o (con la riforma di Filippo II) al Concistoro della Sacra Regia Coscienza; contro le decisioni del Concistoro ci si poteva, invece, appellare alla Gran Corte (nella composizione criminale); le sentenze di questa erano appellabili innanzi alla Gran Corte (come giudice per le cause delegate) e contro quest'ultima si poteva, infine, adire il Concistoro (come tribunale per le cause delegate). Cfr. LA MANTIA, V. *Storia della legislazione civile e criminale*, cit., p. 197.

37 Unica eccezione è rappresentata dalla raccolta di Caracciolo e Lanza. Questa, se pur non riferibile ad un tribunale apicale dell'Isola, è dedicata alla giurisprudenza di una corte, quale la Curia Pretoriana che, dato lo status privilegiato dei cittadini di Palermo ed il determinante rilievo politico della città nel regno, era posta ad un livello istituzionale

La maggior parte delle *decisiones* riguardano la materia feudale ed il regime dotale, anche se non mancano volumi che collezionano pronunzie in materia di compravendite e censi.

Al diritto penale sono interamente dedicati i *Consilia seu decisiones* del messinese Mario Giurba<sup>38</sup> e le *Decisiones criminales* di Girolamo Basilicò.<sup>39</sup> Le due opere, comunque, non esauriscono l'interesse dei giuristi siciliani nei confronti della repressione criminale. La materia trova, infatti, spazio in tutte le raccolte di giurisprudenza del *Regnum*, alle volte in maniera episodica, altre invece risulta distribuita in un gran numero di *decisiones* sia pur all'interno di sillogi dedicate in maniera prevalente al diritto civile. Si alternano così raccolte come quella di Cutelli in cui compare una sola *decisio* penale dedicata allo stupro, ad altre quale quella di Mario Muta o il terzo volume della raccolta di Mastrillo in cui poco meno della metà delle *decisiones* riguardano il diritto criminale.<sup>40</sup>

I curatori nelle sillogi fissano un'istantanea della giurisprudenza siciliana che il più delle volte è limitata temporalmente al periodo della loro attività nelle supreme corti del Regno. Tali *decisiones* riportano, in pratica, le sentenze rielaborate che li videro protagonisti nelle vesti di giudici o componenti del collegio giudicante. Esse abbracciano, per tale ragione, un arco temporale necessariamente ristretto, dato il carattere della temporaneità prevalso per gran parte delle cariche magistratuali del *Regnum* dopo la riforma del 1569.<sup>41</sup> Nel rinnovare il sistema giudiziario Filippo II aveva, infatti, previsto la durata biennale per i giudici dei supremi tribunali della Gran Corte e del Concistoro.<sup>42</sup>

---

del tutto peculiare. Essa infatti non era subordinata rispetto ai tribunali centrali, mentre risultava egemone nei confronti delle corti periferiche delle altre città demaniali. Sul funzionamento ed il ruolo istituzionale della Corte Pretoriana fin dal tardo Medioevo si veda PASCIUTA, B. *In regia curia*, cit., *passim*.

38 GIURBA, M. *Consilia seu decisiones criminales*, Io. Francisci Bianco, Messanae 1626.

39 BASILICÒ, G. *Decisiones criminales Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae. Quibus adiectae sunt insigniores quaestiones ad materias decisum pertinentes*, ex typographia Io. Philippi Cecchi, Florentiae 1691.

40 Così, ad esempio, sono meno di dieci le *decisiones* inerenti a controversie di diritto penale presenti nelle raccolte di Milanese e Intriglioli, mentre arrivano a trentotto sulle novantaquattro totali quelle presenti nel terzo volume della raccolta di Del Castillo.

41 *Pragmaticarum Regni Siciliae*, II, cit., pp. 1-7.

42 La perpetuità era prevista soltanto per i Presidenti delle due corti e per tutti i giu-



Una situazione che determinava per uno stesso giurista un passaggio continuo tra i ruoli di magistrato e consulente. Tale alternanza influenza, ad esempio, i *Consilia seu decisiones criminales* di Mario Giurba,<sup>43</sup> la più corposa raccolta di giurisprudenza dedicata interamente al diritto penale. In essa, infatti, l'autore raccoglie cento tra *consilia* e *decisiones* mescolando due generi letterari dai caratteri omogenei, il cui elemento distintivo è proprio il ruolo del curatore rispetto al materiale giurisprudenziale trattato. Nel caso del *consilium*, egli rielabora il parere prestato in giudizio a favore di una delle parti in qualità di avvocato; mentre nella *decisio* la ricostruzione dottrinale ha ad oggetto una sentenza o il voto prestato in seno al collegio giudicante, a cui l'autore aveva partecipato in veste di giudice.<sup>44</sup>

Nelle raccolte si dà altresì conto degli incroci, o per meglio dire degli incontri degli autori quali componenti di un medesimo collegio giudicante. Per tale via, può infatti, accadere che una stessa controversia possa essere analizzata in raccolte diverse. È ad esempio il caso del processo penale che vede come protagonista Ettore Boccadifuoco. Costui, imputato ed assente per un periodo superiore a quattro mesi, viene dichiarato contumace dalla Regia Gran Corte che ne ordina altresì la confisca dei beni. Componenti del collegio giudicante erano contemporaneamente Mastrillo, Muta e Del Castillo, i quali nelle rispettive raccolte di *Decisiones* traggono spunto dalla controversia per

---

dici della magistratura contabile del *Regnum*, il tribunale del Real Patrimonio. Sul tema si vedano le argomentazioni sviluppate da SCIUTI RUSSI, V. *Astrea in Sicilia*, cit., p. 79 e ss.

43 Mario Giurba, nato a Messina nel 1565 da una potente famiglia feudale, fu giurista di fama europea. A lui si rivolse persino l'imperatore Ferdinando II per ricevere un parere sulla successione al ducato di Mantova. Addottoratosi in *utroque* a Pisa nel 1587, fece ritorno in Sicilia dove fu più volte giudice della Curia Stratigoziale di Messina e del Concistoro della Sacra Regia Coscienza. Parallelamente alle cariche magistratuali, Giurba esercitava con successo, anche fuori dai confini italiani, l'attività di avvocato. Dal 1626 fu anche chiamato dal Senato messinese a ricoprire la cattedra di diritto feudale presso la pubblica Università. Su Mario Giurba cfr. NAPOLI, M.T. "Mario Giurba e la "Iustitia politica" a Messina nel Seicento", in *Studi in onore di E. Cortese*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2001, pp. 448-470 e la bibliografia ivi citata.

44 Le affinità formali tra *consilium* e *report* sono state sottolineate da LOMBARDI, L. *Saggio*, p. 139; ASCHERI, M. "Rechtsprechungs und Konsiliensammlungen", in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di H.Coing, Band II Neuere Zeit (1500,1800), Beck Verlag, München 1976, p. 1210. Cenni sull'articolato schema espositivo dei *consilia* sono riscontrabili in DE STEFANO, F.P. "Orazio Persio iuris consultus materanus (1580-1649) e la raccolta inedita dei suoi consilia", in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXIII (1990), p. 220.

analizzarne il nodo problematico, consistente nell'entità dei beni da sottoporre a confisca.

In particolare, il reo prima di essere bandito aveva effettuato una donazione di tutti i propri beni a favore del figlio, riservando però per sé la disponibilità di una certa somma di denaro. Questa secondo il Fisco Regio, rappresentante l'accusa, doveva essere inserita nell'inventario dei beni da sottoporre a confisca, in quanto il bando cagionava la morte civile del reo, una situazione giuridicamente speculare alla morte naturale. La somma, per se riservata, poteva quindi essere incamerata dal Fisco quale erede interveniente in una fittizia successione *mortis causa ab intestato*. Dal canto suo, invece, la moglie del reo riteneva che la somma dovesse andare ad accrescere la donazione per almeno due ordini di ragioni. Da una parte, infatti, morte naturale e civile non potevano essere equiparate per tutti gli effetti prodotti, tanto da far scaturire dalla seconda una finta successione in cui chiamato a succedere fosse il Regio Fisco. Dall'altra, poi, il reo aveva riservato per sé ed i propri bisogni la disponibilità della somma, non già la somma stessa, al momento del bando quindi il denaro doveva andare ad accrescere la donazione. Alla fine, come attestano i tre giudici nelle loro raccolte di *Decisiones*, prevarranno le ragioni del donatario e la somma verrà esclusa dall'inventario dei beni da confiscare. La sentenza, comunque, non è adottata all'unanimità, nelle righe finali della sua *decisio* infatti, enfaticamente Mario Muta manifesta il proprio dissenso sottolineando che *licet fuerim in contraria opinione*.<sup>45</sup>

Un diverso approccio rispetto alla prassi giudiziaria del *Regnum* è riscontrabile nell'altra opera, che insieme ai *Consilia seu decisiones* di Gurba, è completamente dedicata al diritto penale, vale a dire la raccolta del giudice ed avvocato messinese Girolamo Basilicò.

L'autore, infatti, pur esercitando con successo l'attività forense sia in Sicilia che in Castiglia, non fu mai giudice della Regia Gran Corte, quindi non testimone diretto delle controversie citate nella sua raccolta. Ma nonostante ciò, proprio l'abbondanza delle sentenze citate e la vastità temporale che esse abbracciano, restituisce l'immagine di un profondo conoscitore della giurisprudenza della corte e dei suoi archivi.<sup>46</sup> Una conoscenza che, svinco-

---

45 MUTA, M. *Decisiones*, cit. fol. 290. Senza tale espressa menzione fatta nella *decisio*, peraltro, del dissenso dell'autore non si avrebbe avuta alcuna traccia nei registri del tribunale. Lo stesso Muta, infatti, rivela di non aver consentito a far mettere per iscritto il proprio voto contrario alla sentenza.

46 Girolamo Basilicò, *iuris utriusque doctor* messinese, fu attivo quale avvocato, sia

lata dalle sole cognizioni offerte dall'episodico contatto diretto, permette di tratteggiare un quadro composito e più ampio della prassi giudiziaria trattata. Di questa l'autore non vuole fornire un'istantanea, ma un vero e proprio resoconto che abbia un ampio respiro cronologico.

Fin dall'*argumentum*, che precede la singola *decisio* appare infatti chiaro che l'interesse dell'autore è quello di prendere le mosse da un nodo problematico, per poi analizzare, ricostruendola, la giurisprudenza che disciplina un intero istituto o una determinata fattispecie criminosa.<sup>47</sup> Legato ad un simile scopo è il trattamento della fonte giurisprudenziale. La *decisio* trae origine da una controversia, discussa solitamente dinnanzi alla Regia Gran Corte; di questa l'autore menziona il nome del reo (o dei rei), ne descrive la condotta criminosa ascrittagli e cita brevemente la sentenza con la relativa data. Si tratta sin qui di uno schema comune agli altri curatori di raccolte di *decisiones*. Ma a differenza di costoro, Basilicò non si sofferma su un'unica controversia. Dopo aver esposto un primo *casus*, infatti, il campo d'indagine si amplia e la *decisio* prosegue con la proposizione di una serie di altri quesiti su aspetti peculiari della materia trattata, dibattuti in varie pronunce giurisprudenziali. Questo è il vero cuore della *decisio*. Si assiste, dunque, all'affastellarsi di citazioni giurisprudenziali che celano, sotto un apparente disordine espositivo, un intento ordinante della materia penale. Proprio a tal fine viene proposto un vasto resoconto del trattamento ad essa riservato dalla prassi giudiziaria, considerando un lasso di tempo lungo quasi un settantennio.<sup>48</sup>

---

in Sicilia che in Spagna, nella seconda metà del secolo XVII. Ricoprì inoltre la carica di giudice della Corte Stratigoziale di Messina nel 1669. Oltre che giurista fu anche letterato, fece parte dell'Accademia della Fucina di Messina e dell'Accademia dei Riaccesi di Palermo. Per brevi cenni sulla vita di Basilicò si veda COCCHIARA, M.A. *Diritto e Cultura nella Sicilia Medievale e Moderna. Le edizioni giuridiche siciliane (1478-1699)*, prefazione di Andrea Romano, Rubbettino, Soveria Mannelli 1994, pp. 91-92; sia pur datati, utile può anche essere la consultazione di GALLO, C.D.-OLIVA, G. *Gli annali della città di Messina. Nuova edizione...*, 6 v., tipografia Filomena, Messina 1877-1893 (rist Forni, Sala Bolognese 1980), III, p. 384 e NIGIDO-DIONISI, G. *L'Accademia della Fucina di Messina (1639-1678) ne' suoi rapporti con la storia della cultura in Sicilia*, Giannotta, Catania 1903, pp.198-199.

47 Può essere preso come esempio l'*argumentum* della *decisio* VIII, nel quale ad un primo quesito su un aspetto particolare legato alla tortura: *Reus si in fine tormenti animo deficiat, an post horas teneatur brevissimum spatium complere*, si aggiunge che verranno altresì trattate *celebriores quaestiones ad materiam tormenti Regni praxi, ad decisiones illustratae proponuntur*. BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., *decisio* VIII, fol. 111.

48 Nella raccolta sono riportate sentenze di Tribunali siciliani, prevalentemente della

Ma se la giurisprudenza del *Regnum* costituisce ineludibile spunto per gli autori delle raccolte di *decisiones* criminali, i nodi problematici che essi scelgono di affrontare costituiscono altrettanti oggetti di riflessione e luoghi di approdo di una *communis opinio* le cui basi dottrinali valicano i confini dell'Isola. In effetti le raccolte siciliane offrono davvero un'imponente *demonstratio* di fonti dottrinali, una panoramica vastissima e atemporale. In tal modo la *solutio* scelta dal tribunale nella sentenza trova una legittimazione culturale ampia, fondata su apporti dottrinali eterogenei, ma tutti accomunati dalla riconosciuta autorevolezza. Dalle raccolte, quindi, si evidenzia una profonda conoscenza, da parte dei giuristi siciliani, delle fonti e dei meccanismi che affondano le radici nel sistema di diritto comune. In tal modo, nelle loro *decisiones* riescono a raccordare la prassi giudiziaria siciliana con la dottrina penalistica europea.

Nel diritto siciliano fanno così il loro ingresso, perché citati nelle *decisiones*, i più rinomati criminalisti, soprattutto Cinque-Seicenteschi. Le opere teoriche e pratiche di autori quali Farinacci, Marsili, Follerio e Carerio fanno parte di quell'autorevole *communis opinio* costantemente interrogata dai giuristi siciliani per risolvere le controversie penali che essi scelgono di trattare nelle proprie raccolte.

La dottrina, innanzitutto, fornisce gli strumenti per intervenire sulla normativa regia, in termini di completamento della stessa e di sua pratica attuazione. Emblematico è in tal senso il trattamento riservato nelle *decisiones* allo stupro. Si tratta dell'unico delitto i cui caratteri erano espressamente delineati dal *Ritus Magnae Regiae Curiae*. In virtù del capitolo 166 della previsione Alfonsina, infatti:

*Item, si committitur stuprum sine raptu, & violentia, punitur maleficus ad relegationem in quinquennium: qui per passam voluntarie non possit accusari, sed per alios, quorum interest, scilicet, per parentes, & collaterales usque ad septimum gradum, se-*

---

Regia Gran Corte, che riguardano nella maggior parte dei casi il secolo XVII fino al 1663. Ma sono anche riscontrabili due esempi di pronunce della fine del Cinquecento, menzionati nella *Decisio* XXIX, riguardanti la possibilità di applicare al minore la forgiudica. In esse appare evidente la discontinuità nella giurisprudenza della Regia Gran Corte sulla questione, infatti, nel 1582 il Tribunale decide di applicare l'istituto ad un minore, senza tener conto del suo particolare *status* personale. Mentre in senso diametralmente opposto, la stessa Corte decide nel 1594, mossa dalla *ratio* che non potendosi applicare al minore la pena di morte allo stesso modo non potrà applicarsi la forgiudica. BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio XXIX, fol. 289a.

*cundum formam iuris Civilis: si vero committatur cum raptu, & violentia, punitur poena ultimi supplicii.*<sup>49</sup>

Si delineavano così due diverse condotte riconducibili al reato, da queste poteva scaturire uno stupro “semplice” punibile con un quinquennio di relegazione ed uno stupro “qualificato”, compiuto con ratto e violenza, che comportava, in caso di condanna, la pena di morte.

Si trattava della normativa fondamentale nel *Regnum* in materia di stupro, ad essa, infatti, facevano costante riferimento i giuristi siciliani. Sottolineando, peraltro nelle loro *decisiones* la chiarezza della legge del sovrano, tanto che “...sic posita hac evidētia poenae in stupro dispositae, nullum esset loco Iudicis arbitrio...”<sup>50</sup>. Ma volendo entrare all’interno delle singole *decisiones*, e nella costruzione logico discorsiva creata dagli autori, la realtà è diversa. L’atto normativo, infatti, pur costantemente menzionato non è la fonte della risoluzione delle controversie sullo stupro, anzi diviene esso stesso diritto controverso. Necessità dell’intervento della dottrina che lo completi rendendolo effettivamente applicabile.

L’elemento più dibattuto nei supremi tribunali del *Regnum* è indubbiamente l’esatta portata da attribuire alla violenza e al ratto nello stupro. Tale qualificazione è indispensabile per determinare la presenza o meno delle due circostanze aggravanti nei casi controversi. Da questo deriva il diverso trattamento sanzionatorio previsto dal testo Alfonsino, che dal quinquennio di relegazione per lo stupro “semplice” può giungere fino alla pena di morte nella fattispecie criminosa aggravata.

Per delimitare i confini della violenza e del ratto, i giuristi siciliani si affidano soprattutto alla dottrina citata in due *decisiones* in tema di stupro rispettivamente di Matteo D’Afflitto e Antonio Tesauero, inerenti alla giurisprudenza del Sacro Regio Consiglio di Napoli e del Senato di Torino.<sup>51</sup>

49 *Capitula*, cit., t. I, pp. 261-262.

50 BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio XV, fol. 196a.

51 D’AFFLITTO, M. *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, per excellentissimum virum Matthaem De Afflictis*, ad Signum Concordiae, Venetiis 1584, decisio CCLXXVI, fol. 211-212; TESAURO, A. *Nouae decisiones sacri senatus Pedemontani*, apud Hieronymum Polum, Venetiis, 1591, decisio XII, fol. 12-16. I due autori, nell’affrontare la tematica dello stupro, fanno un utilizzo diverso della *decisio*, testimoniando della versatilità di un genere letterario modellabile dai giuristi a seconda degli scopi perseguiti. Mentre D’Afflitto, infatti analizza, in quello che in realtà è un *consilium*, una singola controversia avente ad oggetto uno stupro, che si sostanzia nel bacio dato in luogo pubblico ad una

Applicata alla prassi giudiziaria del *Regnum*, tale dottrina produce l'effetto di legittimare le pretese punitive del Regio Fisco in ordine alle richieste di applicazione di pene capitali. Innanzitutto viene, infatti, accolta la nozione ampia di stupro ereditata dal diritto comune, in virtù della quale il reato includeva qualsiasi tipo di rapporto sessuale avvenuto fuori dal matrimonio.<sup>52</sup> Di conseguenza risultano anche ampliati gli spazi di applicazione sia della violenza che del ratto. Nel primo caso si può arrivare a configurare uno stupro violento anche solo in presenza di una promessa di matrimonio non mantenuta.<sup>53</sup> Basta, invece la semplice seduzione per poter configurare il ratto della donna stuprata.

Per tale via, in una *decisio* di Del Castillo, si dibatte sulla pena da applicare ad un reo che per due anni aveva intrattenuto rapporti carnali con una fanciulla in casa del padre di lei.<sup>54</sup> Essendo la donna incinta ed appropinquandosi il momento del parto, il reo la conduce in un'altra casa per paura che i parenti la uccidano. Secondo il Regio Fisco si tratta di una condotta meritevole della condanna a morte, in quanto integrerebbe un stupro perpetrato con violenza e con ratto. La donna, infatti, sarebbe stata convinta ad avere rapporti carnali per mezzo di lusinghe, ma soprattutto tramite una promessa di matrimonio.

---

vergine matura d'età. Tesauro realizza invece un trattatello, in cui non viene esaminata una singola questione, ma tutta la materia del rapporto sessuale illecito con i connessi problemi derivanti dalla filiazione. Sulle due *decisiones* cfr. ASCHERI, M. *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 156-158; ID., "Una "decisio" cinquecentesca del senato piemontese in materia di "stuprum", in *La funzione del giudice nell'esperienza giuridica*, a cura di U. Santarelli, Servizio editoriale universitario, Pisa 1983, pp. 207-218.

52 Sul legame tra storia e genere e diritto penale si veda SBRICCOLI, M. "*Deterior est condicio foeminarum*". La storia della giustizia penale alla prova dell'approccio di genere", in *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, a cura di G. Calvi, Viella, Roma 2004, pp. 73-91. Per un approccio storico ai reati sessuali ed allo stupro cfr. DAVIDSON, N., "Theology, Nature and the Law: Sexual Sin and Sexual Crime in Italy from the Fourteenth to the Seventeenth Century", in *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, ed. by T. Dean, K.J.P. Lowe, Cambridge University Press, Cambridge 1994, pp. 74-98; *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Il Mulino, Bologna 2004.

53 Sui limiti della violenza nello stupro, elaborati dalla dottrina di diritto comune si veda ALESSI, G. "Stupro non violento e matrimonio riparatore. Le inquiete peregrinazioni dogmatiche della seduzione", in *I tribunali del matrimonio (secoli XV- XVIII)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 609-640.

54 DEL CASTILLO, G.F. *Decisionum*, cit., decisio CLXXXII, fol. 550-555.

Il sottrarla poi dalla casa del padre basterebbe a far pensare ad un rapimento. La difesa, invece, mira a far rientrare la condotta del reo nello stupro “semplice”, punibile con la ben più mite pena del quinquennio di relegazione. Alla fine la Regia Gran Corte decide di non applicare la pena di morte facendo soprattutto leva sull’abbandono volontario, da parte della fanciulla, della casa del padre e sull’assenza di una prova certa rispetto alle promesse del reo. Ad escludere la fattispecie aggravata di stupro sono quindi la mancanza di costrizione sulla donna ed una carenza probatoria rispetto alla condotta posta in essere dal reo. Non viene invece per nulla smentita la costruzione dottrinale della violenza e del ratto, figure dagli ampi e spesso indefiniti confini.

Si tratta di un dato che accomuna la *decisio* di Del Castillo alle altre dei giuristi siciliani in materia di stupro. Nella quasi totalità di queste le difese riescono nell’intento di non far condannare i rei a morte. Ciò soprattutto grazie alla sfiducia che i giudici del *Regnum* riservavano a quello che risultava spesso essere l’unico mezzo utile per provare la violenza ed il ratto, vale a dire l’accusa proveniente direttamente dalla stuprata o da qualche donna componente della sua famiglia. Sul punto, molto citato nelle *decisiones* siciliane, quale vera autorità è Garsia Mastrillo. Il giurista palermitano, nella sua *decisio* CXCI nel descrivere la condotta di un ufficiale che *sub praetextu officii stupraverat puellam virginem*, critica una sentenza che a Catania aveva condannato in un caso simile, il reo alla pena di morte, riscontrando uno stupro aggravato dalla violenza, provato peraltro dalle sole accuse della stuprata. In modo opposto giudicò invece il collegio di cui Mastrillo faceva parte, infatti, “et ex hac ratione nonnulli ex dominis videbantur inclinare in eadem opinionem, sed quia in casu isto, non constabat de violentia, nisi per dictum mulieris cui super hoc credendum non erat”.<sup>55</sup>

Su un piano di continuità con Mastrillo, si colloca Cutelli. Nell’unica *decisio* della sua raccolta dedicata al diritto penale, egli, infatti, tratta il *casus* di due stupratori, nei confronti dei quali le uniche prove attestanti la violenza nello stupro erano le dichiarazioni della stuprata e di alcune consanguinee di questa.<sup>56</sup> Nel corso della sua *oratio*, in difesa dei due rei, Cutelli cita a più riprese Mastrillo, per avvalorare la tesi secondo cui nella prassi giudiziaria del *Regnum* non bastava, per provare la violenza dello stupro, l’accusa della stuprata e di sue familiari. Si tratta inoltre di un difetto probatorio non sanabile nemmeno con un numero elevato di testimo-

55 MASTRILLO, G. *Decisiones*, cit., decisio CXCI, fol. 333a.

56 CUTELLI, M. *Decisiones*, cit., Oratio IX, fol.219-226.

nianze accusatorie, se comunque provenienti da donne, reputate soggetti non credibili. Sul punto pare esservi una sostanziale continuità nelle *Decisiones* siciliane, Cutelli enfatizza tale dato scagliandosi contro l'unica voce che è fuori da questo coro, vale a dire quella di Muta. Il giurista, infatti, in una sua *decisio* tende ad accordare maggiore credibilità nei confronti delle dichiarazioni della stuprata al fine di facilitare la prova della violenza. Contro tale tesi si schiera decisamente Cutelli, che così apostrofa l'operato del collega: “..quare resultat, evanescet illationem Mutae in dicta decisione, qui dum nimis est in scribendo repetitionis, & contraddictionis vitio laborat, ac multa per eum tradita non subsistunt”.<sup>57</sup> E' un attacco tanto diretto da risultare inusuale nel quadro piuttosto edulcorato offerto solitamente dai decisionisti siciliani, molto attenti a restituire un'immagine compatta del ceto togato dell'Isola.

In definitiva, comunque, spetterà al giudice la libera valutazione sulla credibilità e portata probatoria delle dichiarazioni delle testimoni.

Il magistrato, infatti, svolge un ruolo centrale nella gestione della testimonianza. Quest'ultima è il mezzo di prova a cui più volte i curatori delle raccolte di *decisiones* fanno riferimento, in quanto nella prassi costituiva il modo migliore per giungere alla prova piena del delitto, nei molteplici casi in cui la verità processuale non giungeva direttamente dalla confessione del reo. Ma il giudice viene dipinto nelle *decisiones* come il “signore” dell'intero sistema probatorio del processo penale nel *Regnum*. Tra i giuristi siciliani è Basilicò a dedicare lo spazio maggiore alla tematica dei mezzi di prova, più della metà delle *decisiones* che egli seleziona sono infatti ad essa dedicate.

Dalle *Decisiones criminales* si ricava una disciplina fortemente ancorata al sistema della prova legale, in virtù del quale si richiedeva un elevato livello di certezza al fine di addivenire alla condanna penale. Una prova *plena* che, secondo l'espressione consueta, doveva necessariamente essere *luce meridiana clariora*.<sup>58</sup> Viene così delineato un ordinamento caratterizzato

57 CUTELLI, M. *Decisiones*, cit., Oratio IX, fol. 226a.

58 Su tale inciso, che a partire dalla Costituzione del Codice giustiniano C. 4.19.25 caratterizzerà come elemento essenziale la prova nel processo penale per tutto il medioevo fino all'età moderna, e più in generale sul sistema probatorio in tale periodo, si vedano ALESSI, G. *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Jovene, Napoli 1979, p. 3 ss.; CORDERO, F. *Riti e Sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1985, pp. 555-568; LEVY, J. Ph. “L'évolution de la preuve des origines à nos jours”, in *La preuve. Moyen age et temps modernes*, deuxième partie, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1965, p. 37 ss.



da una serie di garanzie chiare, ed in un certo senso imprescindibili a favore del reo. Si tratta però di postulati, che elaborati nel corso del medioevo, devono necessariamente fare i conti con le nuove esigenze repressive a cui l'accentramento monarchico seicentesco dava, anche in Sicilia, un carattere prioritario. In un diritto penale che fungeva da *instrumentum* di potere e controllo sociale da parte del sovrano, la pena diviene una necessità a cui subordinare anche la pienezza della prova richiesta astrattamente per la condanna, con temperamenti ed eccezioni giustificati dall'esigenza punitiva specialmente dei reati gravi o comunque di difficile prova, come nel caso dei *crimina occulta*.<sup>59</sup> È proprio lo scarto tra previsione astratta ed effettiva prassi giudiziaria a costituire il nodo problematico più ricorrente. La via scelta per legittimare queste "aporie" del sistema era sempre legata al pervasivo ed onnipresente *arbitrium* del giudice; in ambito probatorio l'*arbitrium* si traduce in un potere ampiamente discrezionale che si sostanzia nella ricerca e nella valutazione degli elementi idonei a formare il convincimento del giudice.<sup>60</sup>

Tra i mezzi probatori, la confessione era l'unico in grado di fungere da sicuro anello di congiunzione tra la verità processuale e quella fattuale; tale identità è assicurata proprio dalle dichiarazioni autoaccusatorie del reo.<sup>61</sup> Per la pienezza del suo livello probatorio, essa rappresentava una costante "ambizione" verso cui tendevano i giudici del *Regnum*. Il compito della dottrina, così come appare dalle *decisiones*, era quello di realizzare tale ambizione, colmando gli eventuali vizi formali che si frapponevano ad una confessione giuridicamente perfetta. Venivano così create una serie di finzioni giuridiche, spesso frutto di una disinvolta interpretazione del dettato normativo, grazie alle quali il reo, pur non essendolo, doveva apparire comunque confesso, al fine di far scattare le conseguenze sanzionatorie.

In tale modo, si risolveva l'annoso problema delle confessioni estorte sotto

---

59 Sui temperamenti *extra ordinem* alle garanzie processuali, giustificati da finalità repressive, sono di sicuro interesse le riflessioni di LACCHE', L. "Ordo non servatus". Anomalie processuali, giustizia militare e "specialia" in Antico Regime", in *Studi Storici* 29 (1988) pp. 360-384.

60 In generale sull'*arbitrium* del giudice che da potere *extra ordinem* finisce per coinvolgere l'intero sistema giudiziario, si vedano le considerazioni di MECCARELLI, M. *Arbitrium*, cit. .

61 FIORELLI, P. "Confessione (storia)", in *Enciclopedia del Diritto* 8, Giuffrè, Milano 1961, p. 867 ss.; MARCHETTI, P. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 1994, p. 22 ss..

tortura, ma non ratificate successivamente in giudizio. Nelle rispettive raccolte, Giurba<sup>62</sup> e Basilicò<sup>63</sup> si occupano del tema prendendo spunto da una controversia in cui un falsario di monete per tre volte aveva revocato le confessioni rese sotto tortura. Parte della dottrina propendeva per la liberazione del reo o per una pena straordinaria, sicuramente più lieve di quella edittale, poiché “...ex quo confessio absque ratificatione nunquam poterit satis esse ad condemnationem; ratificatio enim cum tortura est illa, quae confessionem validat...”<sup>64</sup>. Ma nel *Regnum*, la questione aveva trovato, secondo Basilicò e Giurba, soluzione normativa con una prammatica del viceré Marco Antonio Colonna del 1576, con la quale si riconosceva un elevato grado di credibilità alla confessione resa sotto tortura.<sup>65</sup> L’atto normativo, pur nella sua genericità, viene comunque utilizzato dai due giuristi come fonte giustificativa per la sentenza della Regia Gran Corte con la quale si condannava il falsario alla pena ordinaria della decapitazione, oltre alla confisca dei beni. Seguendo, infatti, l’opinione di Jacopo Menochio, secondo cui “*confessio ficta a lege recepta tantum operetur quantum vera*,”<sup>66</sup> la dottrina isolana con un’abile operazione interpretativa, ritrova nell’atto viceregio il riconoscimento espresso della finzione giuridica per la quale “*habetur illa negatio ratificationis pro ratificatione*”.<sup>67</sup>

62 GIURBA, M. *Consilia seu decisiones*, cit., consilium LVIII, fol. 399-402.

63 BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio VIII, fol. 114-133.

64 BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio VIII, fol. 125b. A sostegno di tale tesi viene citato ZANGER, J. *Tractatus duo: unus de exceptionibus alter de quaestionibus seu Torturis rerum...*, apud Io. Ianssonium, Amstelodami 1643, fol. 580.

65 *Costituzioni Prammaticali del Regno di Sicilia fatte sotto il fedelissimo governo dell’Illustrissimo ed Eccellentissimo Vicerè, Luogotenente et Capitano Generale Il Signor M.A. Colonna...*, Gio. Francesco Carrara, Palermo 1583, fol. 29. La prammatica si inquadra all’interno della politica repressiva del viceré Marco Antonio Colonna, volta soprattutto a combattere l’impunità goduta da banditi e forgiudicati. Questa era causata dalla protezione ad essi accordata dalla nobiltà siciliana in cambio di preziosi favori consistenti nella commissione di crimini efferati. Sul tema si veda GIARRIZZO, G. *La Sicilia dal Cinquecento all’Unità d’Italia, Storia d’Italia, XVI, La Sicilia dal Vespro all’Unità d’Italia*, Utet, Torino 1989, p. 238 ss.

66 Cfr. MENOCHIO, J. *De praesumptionibus, Coniecturis, signis et indiciis*, apud haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis 1609, fol. 77.

67 BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio VIII, fol. 125. Sul punto, GIURBA, M. *Consilia seu decisiones*, cit., consilium LVIII, fol. 357, cita la medesima situazione del contumace, anche lui considerato confesso sempre in virtù di una finzione giuridica.

Il legame tra la confessione e la tortura appare inscindibile. La dottrina Cinque-Seicentesca ha ben chiara la differenza a livello teorico tra una confessione libera ed una ottenuta tramite i tormenti, ma nei fatti tale distinzione, che dovrebbe ovviamente implicare un differente grado di credibilità, sbiadisce, sopraffatta dalla necessità di ottenere la confessione a tutti i costi.

Dalle *decisiones* risalta che la tortura era divenuta nel *Regnum* lo strumento ordinario per giungere alla confessione. Sui tormenti e sulle modalità della loro esecuzione era decisivo l'arbitrio del giudice. Spetta alla dottrina far apparire tale arbitrio non illimitato, delineandone i confini.<sup>68</sup>

La *communis Doctorum sententia*, dunque, stabilisce che la tortura debba avere carattere residuale e che comunque da essa non si possa partire nell'indagine, dovendo altresì sussistere fondati indizi che ne legittimino l'applicazione.<sup>69</sup> La dottrina, quindi percepisce con chiarezza la natura estremamente afflittiva dell'istituto; da qui i ripetuti inviti al giudice *ad clementiam et benignitate semper propenso, et regulato*, oltre che a non proseguire nei tormenti all'infinito. Altro aspetto che accomuna i giuristi è quello di reputare applicabile la tortura soltanto ai reati più gravi, vale a dire quelli che in caso di confessione prevedano per il reo una pena, sia ordinaria che straordinaria, non inferiore a quella corporale. Ma tali principi non paiono trovare riscontro nella prassi giudiziaria del *Regnum*.

La tortura, infatti, è un elemento costante nella quasi totalità delle *decisiones* criminali, costituendo il mezzo di ricerca della prova più diffuso, il vero punto di avvio dell'indagine giudiziale da cui cercare altri indizi utili alla condanna del reo. La gestione dei tormenti è demandata alla discrezionalità del giudice, il quale appare libero di torturare anche per reati punibili con pene arbitrali lievi. Un quadro che aderisce perfettamente alla procedura *ex abrupto*, che nata come straordinaria, diviene il modo più comune di perse-

---

68 Sui limiti che i giuristi elaborano, con riferimento alla tortura regolata, la quale spesso si contrappone alla tortura praticata si veda SBRICCOLI, M. "Tormentum idest torquere mentem. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale", in *La parola all'accusato*, a cura di J.C.M. Vigueue- A. Parravicini Bagliani, Sellerio, Palermo 1991, pp. 30-33.

69 Sugli indizi precedenti che secondo la dottrina legittimano l'imposizione della tortura cfr. PENNINGTON, K. "Torture and Fear. Enemies of Justice", in *Rivista di diritto comune* 19 (2008), pp. 203-242, consultabile *on line* <http://faculty.cua.edu/pennington.TortureEssay.htm>.

guire i crimini nella Sicilia del Seicento.<sup>70</sup> In tale contesto, la tortura risulta spesso più afflittiva della pena stessa.

Così come visto per lo stupro, anche negli altri reati trattati nelle *decisiones* penali siciliane, quali ad esempio omicidio o furto, la dottrina, interpretando il dettato normativo, qualifica giuridicamente le fattispecie criminose. Questo implica necessariamente il delineare le figure stesse di reato al fine di ascrivere i comportamenti dei trasgressori. Si tratta, come è evidente, di un passaggio essenziale per addivenire alla pena da applicare. Ma in un simile percorso, la dottrina non può tralasciare quegli istituti che trasversali a più reati, si frappongono alla loro ordinaria punibilità. Tra questi, un ruolo centrale assume certamente l'immunità ecclesiastica.<sup>71</sup>

Il diritto d'asilo vive in maniera parallela agli ordinamenti penali di età moderna, costituendone, da una parte un elemento *extra ordinem*, ma dall'altra un'indispensabile valvola di sfogo nei confronti delle derive repressive che caratterizzavano gli stati assoluti. L'istituto viene istituzionalizzato e giuridicizzato alla fine del sedicesimo secolo, quando, nel 1591, papa Gregorio XIV diede la Bolla *Cum alias*.<sup>72</sup> Si intendeva per tale via cristallizzare in un unico provvedimento canonico gli aspetti più rilevanti inerenti al diritto d'asilo. Innanzitutto la Bolla elencava i *crimina atrociora*, vale a dire i casi eccettuati dal godimento dell'immunità; quindi descriveva la procedura di estrazione del reo dal luogo sacro e la fase decisionale, decisiva per la sorte del confugiato. La Costituzione pontificia andava, dunque, a disciplinare una materia gestita fino a quel momento liberamente dalla dottrina, la quale comunque

---

70 Sono due i modi di procedere, sommario ed ordinario, previsti dal Rito alfonso, Alfonso, Capp. 141-142 in TESTA, *Capitula* I, cit., fol. 254. Ad esse si affiancherà la procedura *ex abrupto*, la quale fin dal Cinquecento si diffonderà a tal punto da divenire la prassi più utilizzata nel regno. Su questo tema si veda diffusamente SORICE, R. "...*Quae omnia bonus iudex considerabit...*" *La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*, Giapichelli, Torino 2009, pp. 64 ss. E la bibliografia ivi citata.

71 Per la ricostruzione storica dell'istituto si rinvia a LATINI, C. *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 2002 ed alla bibliografia ivi citata. Utili spunti vengono altresì offerti da HÄRTER, K. "Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich", in *Das antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion*, a cura di M. Dreher, Böhlau Verlag, Köln 2003, pp. 301-336.

72 GREGORIO XIV, *Cum alias in Bullarum privilegiorum ac diplomatum romanorum pontificum amplissima collectio*, typis et sumptibus Hieronymi Mainardi, Romae 1751, n. XVII, 24 maggio 1591, fol. 3.

rimaneva protagonista attraverso l'attività interpretativa svolta sul testo normativo dai giuristi.

Le *decisiones* penali siciliane dedicate all'immunità ecclesiastica prendono spunto, non a caso, da controversie sorte nei tribunali del *Regnum* proprio dall'applicazione della Bolla di Gregorio XIV. Particolarmente dibattuta è la parte del testo normativo che disciplinava i soggetti eccettuati dal godimento del diritto di asilo, vale a dire:

*Publici latrones, viarumque grassatores, qui itinera frequentata, vel publicas stratas obsident, ac viatores, ex insidiis agrediuntur, aut depopulatores agrorum, quive homicidia et mutilationes membrorum in ipsis ecclesiis, earumve Coemeteriis committere non verentur, aut qui proditorie proximum suum occiderit, aut assassinii, vel haeresis, aut laesae Maiestatis in personam ipsiusmet Principis rei.*<sup>73</sup>

Un elenco di crimini eterogenei, che da quelli tipici del banditismo arrivavano fino alla lesa maestà, passando per l'omicidio semplice sia pur commesso con prodizione. Nell'ambito dei reati elencati dalla Bolla, la dottrina seicentesca si assume il compito di chiarire e dare pratica attuazione a quegli elementi qualificativi delle fattispecie criminosa a cui il testo canonico attribuiva rilevanza, ai fini dell'esclusione dal godimento del diritto d'asilo.

Così i giuristi del *Regnum*, nelle loro *decisiones*, si soffermano, ad esempio, sulla prodizione, una qualità che aggrava l'omicidio del consanguineo, tanto da escludere il reato dal godimento dell'immunità ecclesiastica. La definizione dell'omicidio proditorio risultava essere rilevante nella prassi giudiziaria siciliana, poiché come spesso ripetuto nelle *decisiones*, le controversie su tale questione *quotidie evenire possent*. Ma l'affrontare tale tematica era anche il modo per la dottrina giuridica siciliana per riconnettersi ai maggiori criminalisti europei. *Doctores* del calibro di Farinacci, Ambrosini e Del Bene in tale lasso di tempo, infatti, incentravano le loro speculazioni proprio sull'interpretazione della Bolla *Cum alias*.<sup>74</sup> Sono costoro che guidano i giuri-

73 GREGORIO XIV, cit., *Cum alias*, cit., fol. 2-3.

74 Cfr. AMBROSINI, A. *Commentaria in bullam Gregorij 14. Pont. Max. de immunitate, et libertate ecclesiastica, ... authore Alexandro Ambrosino Forosempronienſi ... Cum duplici ... indice locupletissimo...*, apud hæredes Erasmi Viothi, Parmae 1612; DEL BENE, T., R. P. D. Thomae Del Bene ... *De immunitate et iurisdictione ecclesiastica opus absolutissimum in duas partes distributum ...*, I. Piot, Avenione 1659; FARINACCI, P. *De immunitate ecclesiarum & confugientibus ad eas, ad interpretationem Bullae Gregorij 14. Appendix ad quaestionem 28, ex typographia Reuerendae Camerae Apostolicae, Romae 1621.*

sti siciliani nel delineare i tratti dell'omicidio proditorio, quello cioè commesso *per industrias et per insidias*.

È proprio la *communis opinio doctorum* che ispira Del Castillo in una sua *decisio* in cui si tratta di una controversia non ancora giunta ad una sentenza definitiva, ma che fornisce all'autore un utile spunto per delineare in maniera chiara i contenuti della prodizione. Innanzitutto viene chiarito che “sunt notanda duo verba per industrias, & per insidias, quae non sunt sinonima, nec convertuntur, omnis enim qui occidit per insidias, occidit per industrias, non tamen ex controverso”. Decisive per configurare l'omicidio proditorio non sono tanto le macchinazioni e gli atti pratici posti in essere, quanto piuttosto le *insidias*. Queste vengono realizzate da colui che “a tergo alium occidit, vel quocunque alio modo interficit hominem nihil tale praecaventem, maxime cum nulla esset praecavendi causa, seu qui dolose circumvenit alium”.<sup>75</sup> Del Castillo, dunque, mutua dai criminalisti seicenteschi una costruzione di omicidio proditorio incentrata sulla non prevedibilità da parte della vittima del delitto che subirà. Una visione questa che si ritrova in tutte le *decisiones* siciliane sull'immunità ecclesiastica. Ciò che invece muta nei vari autori è l'adattamento della costruzione dottrinale alla prassi giudiziaria siciliana.

Avviene così che Mario Giurba selezioni, nella sua raccolta, sentenze nelle quali l'assenza di prevedibilità, richiesta per configurare l'omicidio proditorio, venga infine superata grazie ad esempio ad una precedente inimicizia tra il reo e la vittima. In tal modo, la condotta criminosa “declassava” ad omicidio semplice, fattispecie che non rientrando tra quelle previste dalla Bolla di Gregorio XIV, rendeva possibile, a favore del reo rifugiatosi in luogo sacro, l'applicazione dell'immunità ecclesiastica. Quella di Giurba è un'opzione che può essere certamente legata alla natura stessa della sua opera, che raccoglieva in numero preponderante *consilia* tendenti a non far applicare la pena ai rei difesi dall'autore; quindi si voleva restituire l'immagine di una diffusa applicazione dell'immunità nella prassi giudiziaria del *Regnum*. Nei dieci *consilia* che il giurista messinese dedica all'istituto, infatti, il principio fondamentale è che *ecclesiae immunitati in dubio favendum est*.<sup>76</sup> Tale assunto determina un ampliamento delle maglie del diritto d'asilo, grazie anche ad

<sup>75</sup> DEL CASTILLO, G.F. *Decisionum*, cit., fol. 353b.

<sup>76</sup> Il principio è letteralmente espresso da Giurba nel *Consilium X* (GIURBA, M. *Consilia seu decisiones*, cit., fol. 60 a), in cui si dà, altresì, una nozione alquanto ampia di luogo immune. Si chiarisce, infatti che “*Immunitatis privilegium ad omne quod ecclesiae inhaereat extendi....quae enim religiosis inhaerent religiosa sunt*”. (fol. 57 a).

un'interpretazione letterale delle fattispecie eccettuate previste dalla Bolla di Gregorio XIV.

Diametralmente opposta è invece l'immagine che vuole offrire Basilicò nelle sue *Decisiones criminales*. In esse viene, infatti, sempre ampliata la portata della bolla di Gregorio XIV, in modo da moltiplicare le fattispecie escluse dall'immunità, per limitarne nei fatti la concessione. Per tale via, ad esempio, Basilicò ritiene esclusi dall'immunità quei delitti che pur non espressamente previsti dalla bolla pontificia siano comunque egualmente o addirittura maggiormente turpi, questo perché *mens in statutis attendenda est, non verba*; se quindi la Costituzione annovera l'omicidio o il ferimento consumati in chiesa, si chiede retoricamente l'autore *...quid dixisset de alijs enormia delicta committentibus?*<sup>77</sup> L'immunità è vista in generale come un ostacolo alle esigenze repressive giudicate prioritarie nel *Regnum*, in quanto le pene comunque infliggibili dal giudice ecclesiastico erano non adeguate, poiché considerate eccessivamente blande.

Come si è visto dalla trattazione che precede, le seicentesche *decisiones* criminali siciliane offrono un interessante spaccato dell'ordinamento giudiziario del *Regnum Siciliae*. Ne descrivono il diritto penale, sottolineandone la prevalente esigenza punitiva ed il ruolo centrale del giudice, il cui arbitrio è elemento *extra ordinem* indispensabile comunque ad equilibrare e completare il sistema. Le *decisiones* altresì tratteggiano la dinamica di un diritto che la legge del sovrano fonda, la dottrina di diritto comune interpreta ed infine i supremi tribunali applicano. I giudici-giuristi siciliani, dunque, come i colleghi stranieri, nelle loro *decisiones* sottolineano che anche nel *Regnum* i tre piani della normativa, della dottrina e della prassi si integrano a formare il diritto penale applicato nelle aule dei tribunali.

In definitiva, anche nella Sicilia del seicento si assiste ad un assolutismo "tendenziale", nel quale al tentativo dei sovrani di far coincidere il diritto con la legge regia, reagiscono i giuristi con la loro interpretazione creativa del dettato normativo ed i supremi tribunali, che composti da giudici-giuristi, giudicano avvalendosi della penetrante ed "eversiva" prerogativa dell'*arbitrum*.

---

<sup>77</sup> BASILICÒ, G. *Decisiones criminales*, cit., decisio V, fol. 72a.

## BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, G. “Stupro non violento e matrimonio riparatore. Le inquiete peregrinazioni dogmatiche della seduzione”, in *I tribunali del matrimonio (secoli XV-XVIII)*, a cura di S. Seidel Menchi, D. Quaglioni, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 609-640.
- *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Jovene, Napoli 1979.
- AMBROSINI, A. *Commentaria in bullam Gregorij 14. Pont. Max. de immunitate, et libertate ecclesiastica, ... authore Alexandro Ambrosino Forosempronensi ... Cum duplici ... indice locupletissimo...*, apud hæredes Erasmi Viothi, Parmae 1612.
- ASCHERI, M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Giappichelli, Torino 2003.
- *Tribunali Giuristi e Istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Il Mulino, Bologna 1989.
- “Una “*decisio*” cinquecentesca del senato piemontese in materia di “*stuprum*”, in *La funzione del giudice nell'esperienza giuridica*, a cura di U. Santarelli, Servizio editoriale universitario, Pisa 1983, pp. 207-218.
- “*Rechtsprechungs und Konsiliensammlungen*”, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di di H.Coing, Band II Neuere Zeit (1500,1800), Beck Verlag, München 1976, pp. 1213-1221.
- BASILICÒ, G. *Decisiones criminales Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae. Quibus adiectae sunt insigniores quaestiones ad materias decisum pertinentes*, ex typographia Io. Philippi Cecchi, Florentiae 1691.
- BAVIERA ALBANESE, A. “L'ufficio di Consultore del Vicerè nel quadro delle riforme dell'organizzazione giudiziaria del secolo XVI in Sicilia”, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1960, ora in EAD., *Scritti minori*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 1992.
- BELLABARBA, M. *La giustizia nell'Italia moderna*, Laterza, Bari 2008.
- BIROCCHI, I. “La formazione dei diritti patri nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento”, in *Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004*, a cura di I. Birocchi e A. Mattoni, Viella, Roma 2006, pp. 17-73.
- *Alla ricerca dell'ordine*, Giappichelli, Torino 2002.



- BOULANGER, M. "Justice et absolutisme. La grande Ordonnance Criminelle d'août 1670", *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 47, n<sup>o</sup>. 1, *Ordre et désordres, XVIIe-XXe siècles*, 2000, pp. 7-36.
- CALASSO, F. *Medio Evo del diritto*. I. *Le fonti*, Giuffrè, Milano 1954.
- CARACCILOLO, O. *Decisiones curiae Pretoris Felicis Urbis Panormi*, apud Petrum Coppolam, Panormi 1641.
- CARONI, P. "Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario", in *Archivio Storico Ticinese*, 118, 1995, pp.134-146.
- CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. I, Giuffrè, Milano 1979.
- COCCHIARA, M.A. *Diritto e Cultura nella Sicilia Medievale e Moderna. Le edizioni giuridiche siciliane (1478-1699)*, prefazione di Andrea Romano, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 1994.
- CORDERO, F. *Riti e Sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1985.
- CORTESE, E. *Sulla scienza giuridica a Napoli tra Quattro e Cinquecento in Scuola, diritto e società nel mezzogiorno medievale d'Italia*, I, a cura di M. Bellomo, Trigale, Catania 1985, ora in *Scritti*, a cura di I. Birocchi e U. Petronio, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto 1999, pp. 105-132.
- D'AFFLITTO, M. *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani, per excellentissimum virum Matthaeum De Afflictis*, ad Signum Concordiae, Venetiis, 1584.
- DAVIDSON, N. "Theology, Nature and the Law: Sexual Sin and Sexual Crime in Italy from the Fourteenth to the Seventeenth Century", in Dean, T, Lowe, K.P.J. (ed.), *Crime, Society and the Law in Renaissance Italy*, Cambridge University Press, Cambridge 1994, pp. 74-98.
- DEL BENE T. R. P. D. *Thomae Del Bene ... De immunitate et iurisdictione ecclesiastica opus absolutissimum in duas partes distributum ...*, I. Piot, Avenione, 1659.
- DEL CASTELLO, G.F. *Decisionum Tribunalis Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, apud Erasmum Simeonem, Panormi 1613.
- DI BLASI, F.P. *Pragmaticae Sanctiones Regni Siciliae*, III, Regia typographia, Panormi 1791.
- DI CHIARA, F. "Fonti per una storia dei Grandi Tribunali in Sicilia: le decisioni di Garsia Mastrillo (1606-1624)", in *Archivio Storico Siciliano*, sr. IV, 32 (2006), p. 95-110.
- "The Judge in the Seventeenth century: a royal official between legislation, doctrine and case law. The Sicilian case", in *Proceedings of the 16th International Conference on the History of Concepts, Bilbao 29-31 August 2013*, DOI:

- <http://dx.doi.org/10.1387/conf.hcg2013.2> Bilbao 2013, pp. 277-283.
- CONVERSANO, M. *Commentaria super ritu regni Siciliae ... a Marcello Conversano collecta*, apud Angelum Orlandi et Decii Cirilli, Panormi 1614.
- CUMIA, G. *In ritus magnae regiae curiae ac totius regni Siciliae curiarum Commentaria, praxisque super eiusdem Magnae Regiae Curiae ritibus [...]*, apud Io. Franciscum Carraram Panormi 1578.
- DE NAPOLI, A. *Decisiones tribunalis magnae regiae curiae sedis plenae Regni Siciliae in causis possessoriiis pro successione principatus Castri, & terrae Cassari, marchionatus terrae Sortini*, ex typographia D. Cajetani, M. Bentivenga, Panormi 1780.
- DE STEFANO, F.P. “Orazio Persio iuris consultus materanus (1580-1649) e la raccolta inedita dei suoi consilia”, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXIII (1990), pp. 177-273.
- CESINO FOGLIETTA, J. *Pragmaticae Regni Siciliae*, II, apud Joseph Gramignani Panormi 1700.
- Costituzioni Prammaticali del Regno di Sicilia fatte sotto il fedelissimo governo dell'Illustrissimo ed Eccellentissimo Vicerè, Luogotenente et Capitano Generale Il Signor M.A. Colonna...*, Gio. Francesco Carrara, Panormi 1583.
- FARINACCI, P. *De immunitate ecclesiarum & confugientibus ad eas, ad interpretationem Bullae Gregorii 14. Appendix ad quaestionem 28*, ex typographia Reuerendae Camerae Apostolicae, Romae, 1621.
- FIORELLI, P. “Confessione (storia)”, in *Enciclopedia del Diritto* 8, Giuffrè, Milano 1961, pp. 864-870.
- GALLO, C.D, OLIVA, G. *Gli annali della città di Messina. Nuova edizione...*, 6 v., tipografia Filomena, Messina 1877-1893 (rist. Forni Sala Bolognese 1980).
- GIARRIZZO, G. *La Sicilia dal Cinquecento all'Unità d'Italia, Storia d'Italia*, XVI, *La Sicilia dal Vespro all'Unità d'Italia*, Utet, Torino 1989.
- GIURBA, M. *Consilia seu decisiones*, Io. Francisci Bianco, Messanae 1626.
- *Decisionum novissimae Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, ex typographia Petri Breae, Messanae 1616.
- GORLA, G. “I Tribunali Supremi degli Stati italiani. fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico-comparatistico)”, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Olschki, Firenze 1977, pp. 445-532.
- GREGORIO XIV. *Cum alias in Bullarum privilegiorum ac diplomatum romanorum pontificum amplissima collectio*, typis et sumptibus Hieronymi Mainar-

- di, Romae 1751, n. XVII, 24 maggio 1591.
- GREGORIO, R. *Considerazioni sopra la storia di Sicilia dai tempi normanni sino ai presenti*, Reale stamperia, Palermo 1805-1816, rist. an. a cura di A. Saitta, 3 vol., Edizioni della Regione Siciliana, Palermo 1972.
- HÄRTER, K. "Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich", in *Das antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion*, a cura di M. Dreher, Böhlau Verlag, Köln 2003, pp. 301-336.
- HESPANHA, A.M. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna 1999.
- *Storia delle istituzioni politiche*, Jaca Book, Milano 1993.
- INTRIGLIOLI, N. *Decisionum aureae Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae*, ex typographia Io. Baptistae Maringhi, Panormi 1609.
- KOENIGSBERGER, H.G. *L'esercizio dell'impero*, Sellerio, Palermo 1997.
- KRYNEN, J. « Qu'est-ce qu'un Parlement qui représente le roi? », in *Exceptions iuris: Studies in Honor of André Gouron*, ed. B. Durand-L. Mayali, Robbins collection, Berkeley 2000, pp. 353-366.
- LA MANTIA, V. *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia*, II, Virzi, Palermo 1866.
- LANDAU, P; SCHROEDER, F.C. (ed.) *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Klostermann, Frankfurt am Main 1984.
- LACCHÈ, L. "Ordo non servatus". Anomalie processuali, giustizia militare e "specialia" in Antico Regime", in *Studi Storici* 29 (1988) pp. 360-384.
- LATINI, C. *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 2002.
- LEVY, J. Ph. "L'évolution de la preuve des origines à nos jours" in *La preuve. Moyen age et temps modernes*, deuxième partie, Editions de la Librairie Encyclopédique, Bruxelles 1965, pp. 1-70.
- LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967.
- MAFFEI, D. *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Giuffrè, Milano 1956.
- MARCHETTI, P. *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Giuffrè, Milano 1994.
- MASTRILLO, G. *Decisiones Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, apud Erasmum Simeonem, Panormi 1606.
- MASSETTO, G.P. "Monarchia spagnola, Senato e Governatore: la questione delle

- grazie nel Ducato di Milano. Secoli XVI-XVII”, in «*Archivio storico lombardo*», CXVI (1990), pp.75-112.
- MECCARELLI, M. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè, Milano 1998.
- MENOCHIO, J. *De praesumptionibus, Coniecturis, signis et indiciis*, apud haeredem Hieronymi Scoti, Venetiis 1609.
- MILANESE, F. *Aureae decisiones Regiae Curiae Regni Siciliae*, vol. I e II, apud Robertum Meietum, Venetiis 1593.
- MILETTI, M.N. *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «Decisiones» di V. de Franchis*, Jovene, Napoli 1995.
- *Stylus iudicandi. Le raccolte di “decisiones” del Regno di Napoli in età moderna*, Jovene, Napoli 1995.
- MIRA, G.M. *Bibliografia siciliana*, Gaudino, Palermo 1875.
- MUTA, M. *Decisiones novissimae Magnae Regiae Curiae supremisque magistratus Regni Siciliae*, apud Io. Baptistam Maringum, Panormi 1619.
- NAPOLI, M.T. «Mastrillo Garsia», in *Dizionario biografico degli italiani*, 72 (2008), p. 55-59.
- «Mario Giurba e la “Iustitia politica” a Messina nel Seicento», in *Studi in onore di E. Cortese*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2001, pp. 448-470.
- NIGIDO-DIONISI, G. *L'Accademia della Fucina di Messina (1639-1678) ne' suoi rapporti con la storia della cultura in Sicilia*, Giannotta, Catania 1903.
- ORLANDO, D. *Biblioteca di antica giurisprudenza siciliana*, Morvillo, Palermo 1851.
- PASCIUTA, B. «Le fonti giudiziarie del Regno di Sicilia tra tardo Medioevo e prima Età Moderna: le magistrature centrali» in *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna (Atti del Convegno di Studi, Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008)*, a cura di A. Giorgi, S. Moscardelli e C. Zarrilli, Ministero per i beni e le attività culturali direzione generale per gli archivi, Siena 2012, pp. 315-330.
- *In regia curia civiliter convenire. Giustizia e città nella Sicilia tardomedievale*, Giappichelli, Torino 2003.
- PASCIUTA, B; DI CHIARA, F. «Mastrillo Garsia», in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Milette, Il Mulino, Bologna 2013, vol. II, p. 1304-1305.
- PENNINGTON, K. «Torture and Fear. Enemies of Justice», in *Rivista di diritto comune* 19 (2008), pp. 203-242.
- PETRONIO, U. *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere*

- nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, I, Giuffrè, Milano 1977.
- «I Senati giudiziari», in *Il Senato nella storia. Il Senato nel medioevo e nella prima età moderna*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1997, pp.355-453.
  - RADBRUCH, G. (ed.) *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina)*, Reclam, Stuttgart 1975.
  - ROBERTI, M. «Lodovico Antonio Muratori e il tramonto del diritto comune», in *Rivista di Storia del diritto italiano* 1936, pp. 12-36.
  - ROMANO, A. «La Regia Gran Corte del Regno di Sicilia», in *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports*, vol. 1, ed. A. Wijffels, Duncker & Humblot, Berlin 1997, pp. 111-161.
  - ROVITO, P.L. «Alle origini del costituzionalismo: mediazione giuridica e potere degli apparati tra Cinque e Seicento», in *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Cedam, Padova 1988, pp. 162-202.
  - SAVELLI, R. «Tribunali “decisiones” e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti» in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini-A. Mohlo-P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1994, pp. 397-421.
  - SBRICCOLI, M. -«*Deterior est condicio foeminarum*». La storia della giustizia penale alla prova dell’approccio di genere», in *Innesti. Donne e genere nella storia sociale*, a cura di G. Calvi, Viella, Roma 2004, pp. 73-91.
  - «Giustizia criminale» in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 163-205.
  - «*Vidi communiter observari*». L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27, 1998, pp. 231-268.
  - «*Tormentum idest torquere mentem*. Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell’Italia comunale», in *La parola all’accusato*, a cura di J.C.M. Vigueue- A. Parravicini Bagliani, Sellerio, Palermo 1991, pp.17-32.
  - *L’interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi dell’età comunale*, Giuffrè, Milano 1969.
  - SBRICCOLI, M, BETTONI, A. (a cura di) *Grandi tribunali e rote nell’Italia di antico regime*, Giuffrè, Milano 1993.
  - SCIUTI RUSSI, V. *Il governo della Sicilia in due relazioni del primo Seicento*, Jovene, Napoli 1984.
  - *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI e XVII*, Jovene, Napoli 1983.

- SORICE, R. “...*Quae omnia bonus iudex considerabit...*”. *La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*, Giappichelli, Torino 2009.
- TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna 1976.
- TARUFFO, M. «L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo», in *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del III Congresso Internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Olschki, Firenze 1977, II, pp. 599-633.
- TESAURO, A. *Nouae decisiones sacri senatus Pedemontani*, apud Hieronymum Polum, Venetiis, 1591.
- TESTA, F. (a cura di) *Capitula regni Siciliae*, tt. II, Felicella, Panormi (rist. an. a cura di A. Romano, Rubbettino, Saveria Mannelli (CZ) 1999).
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid 1969.
- VAN CAENEGEM, R.C. *I sistemi giuridici europei*, Il Mulino, Bologna 2003.
- WIJFFELS, A. «*Orbis exiguus*. Foreign legal authorities in Paulus Christianaeu’s Law Reports» in *Ratio decidendi: guiding principles of judicial decisions. Vol 2: ‘Foreign’ Law*, Duncker und Humblot, Berlin 2010, pp. 37-62.
- ZANGER, J. *Tractatus duo: unus de exceptionibus alter de quaestionibus seu Torturis rerum...*, apud Io. Ianssonium, Amstelodami 1643.

# LA JUSTICIA CRIMINAL NOVOHISPANA. ENTRE LA CULPA DEL DELINCUENTE Y LA MISERICORDIA DEL JUEZ

Óscar Hernández Santiago

## I. Introducción

En pleno siglo XVII, Saavedra Fajardo recordaba al monarca que las leyes penales del reino “se significan por la espada símbolo de la justicia [...] los dos cortes de ella son iguales al rico y al pobre. No con lomos para no ofender al uno, y con filos para herir al otro”.<sup>1</sup> Tan sólo un siglo después, un destacado jurista novohispano redactaba una obra en la que reflejaba su deseo por la edificación de un nuevo ordenamiento criminal para la Monarquía Católica. Sus palabras mostraban un profundo malestar en contra del rigor excesivo de las penas y del arbitrio del juez que dejaban al reo “en una larga y penosa incertidumbre de su suerte”.<sup>2</sup>

Desde su óptica, los destinos de la justicia criminal no debían de seguir circunscritos al arbitrio de los jueces, sino que a partir de ese momento “sólo las leyes [podían] decretar las penas de los delitos, y esa autoridad [debía] residir únicamente en el legislador”.<sup>3</sup> Había nacido el principio de legalidad y, por consiguiente, el absolutismo de la ley que generaría un monopolio del poder y del uso legítimo de la fuerza por parte de los nacientes estados nacionales en detrimento del hibridismo jurídico y del pluralismo, con una especial acentuación de las diferencias entre lo público y lo privado. La ley se constituyó entonces en el espacio exclusivo de manifestación de la normatividad.<sup>4</sup>

---

1 SAAVEDRA Y FAJARDO, Diego de, *Idea de un príncipe político christiano representada en cien empresas*, Apud Ioh Iaussonum Iuniore, Amsterdam, 1664, pp. 176-177.

2 LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Imprenta de Repullés, Madrid, 2ª ed. 1822, p. 22.

3 *Ibidem*, p. 74. Era una frase común de la época decir que “toutes les peines sont arbitraires”. SCHNAPPER, Bernard, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècles. Doctrines savant et usages français*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 1.

4 Para una apreciación del nacimiento del principio de legalidad y su desarrollo véase VOLKER, Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes “nullum crimen, nula poena sine lege”*, De Gruyter, Berlin, 1983; MORIGIWA,

Los señalamientos de Manuel de Lardizábal y Uribe no eran aislados, sino parte de una oleada de críticas propias de la Ilustración que, para el orbe hispánico, arrancaban desde 1765 con la publicación del libro de Juan Francisco de Castro,<sup>5</sup> aunque en el plano europeo habían comenzado cuatro años atrás de la mano de César Beccaria.

Las principales detracciones al ordenamiento jurídico se dirigían a indicar la anarquía del mismo, producto de un aparente desorden tanto en la promulgación de la ley como en su aplicación. Debemos recordar que para la época no existía un derecho penal “racional” y “moderno”, propio de los códigos criminales del ochocientos. Antes bien, se trataba de un derecho en el que imperaba la casuística, de manera que el juez debía resolver conforme a la multiplicidad de circunstancias que intervinieran en la comisión del delito. Se partía pues del modelo casuístico romano: “El Derecho aplicado al caso singular no se toma de la regla, sino que del Derecho aplicado al caso se ha inferido la regla”. De esta forma, como indicaba Fritz Schulz, “en el principio estaba el caso”.<sup>6</sup>

---

Yasutomo, STOLLEIS, Michael y HALPERIN, Jean-Louis (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the rule of the King to the rule of Law*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011. Resulta siempre esclarecedor en este tópico GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2013.

5 CASTRO, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de derecho*, Joaquín Ibarra, Madrid, 1765. Sobre este momento de cambio revolucionario resulta interesante: ÁLVAREZ ALONSO, Clara, “¿Neoclásicos o prerrománticos? la ilustración penal española entre la barroca prohibición de interpretar las leyes y el principio de legalidad revolucionario”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze, n° 36, 2007, pp. 81-130. Con igual claridad: ÁLVAREZ ALONSO, Clara y AGÜERO, Alejandro, “Penal enlightenment in Spain: from Beccaria’s reception to the first criminal code”, en *Forum Historiae Iuris*: [http://www.forhisiur.de/media/zeitschrift/1211aguero-lorente\\_1.pdf](http://www.forhisiur.de/media/zeitschrift/1211aguero-lorente_1.pdf) [Consultado el 16 de marzo de 2014] y RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, “Las reformas borbónicas en el derecho penal y de policía criminal de la España dieciochesca”, en *Forum Historiae Iuris*: <http://www.forhisiur.de/media/zeitschrift/1001ramos.pdf> [Consultado el 17 de marzo de 2014]. También son importantes en un marco más amplio: COSTA, Pietro, “Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze, n° 36, 2007, tomo I, pp. 2-39 y HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, “Conceptual aspects of legal enlightenment in Europe”, en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Springer, New York, 2009, pp. 69-134.

6 SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, Facultad de Derecho de la Uni-



En las décadas posteriores, este fenómeno mutaría cuando en gran parte de Europa la experiencia codificadora se generalizó a un ritmo veloz; incluso podríamos hablar de un nacimiento simultáneo tanto de la codificación civil como de la criminal, pues en el caso de Prusia, primer código europeo, ambas materias fueron incluidas en el mismo código de 1794.<sup>7</sup>

Los revolucionarios franceses, paradigma del modelo codificador, discutirían inmediatamente después de su triunfo en 1789 un proyecto cuyo nacimiento sería obstaculizado por sus discrepancias. No sería sino hasta 1810 cuando finalmente pudo ser redactado; pero contrario a su símil civil, no sería muy asimilado en las naciones americanas.<sup>8</sup>

Para el caso mexicano, la recepción no sería demasiado tardía, pues fue en el estado de Oaxaca en donde se elaboró el primer código civil latinoamericano en 1829.<sup>9</sup> La codificación criminal sí tardaría unas décadas más, aunque desde 1822 se notaban indicios de instalarla, pero siempre con resultados infructuosos en los debates constituyentes. Las siguientes décadas testimoniarían el afán de los juristas decimonónicos por encontrar en el código la respuesta a la que en su opinión habían sido largos siglos de incertidumbre del derecho español en América.

Así lo testimoniaba la prensa mexicana desde los primeros años de la inde-

---

versidad Complutense, Madrid, 1990, p. 61. Sobre el sentido y origen del casuismo ver KEENAN, James F. y SHANNON, Thomas A., *The context of casuistry*, Georgetown University Press, Washington, 1995. Para el caso de Hispanoamérica resulta esclarecedor el inigualable trabajo de TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 1992.

7 Quizás el primer código penal, aunque no del todo moderno fue la *Constitutio criminalis thesariana* de Viena de 1769. Véase HELLBLING, Ernst C., *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Thesariana. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich*, Böhlau, Wien, 1996.

8 Sobre la genealogía del código en Europa ver CARONI, Pío, *Lecciones de historia de la codificación*, Universidad Carlos III, Madrid, 2013, pp. 57-87. Un efecto aparejado al de la codificación, aunque siempre en la órbita jurídica fue el del constitucionalismo. Sobre su origen común, influencias, similitudes y divergencias véase CLAVERO, Bartolomé, "Codificación y constitución: paradigmas de un binomio", en *Quaderni Fiorentini*, n° 18, 1989, pp. 79-145.

9 Para el origen de la codificación civil en México: ADONÓN VIVEROS, Akuavi, *El primer código civil en México: código civil de Oaxaca, 1827-1829*, Tesis de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho, México, 1997 y NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *La persona en el derecho civil (historia de un concepto)*, Porrúa, México, 2005.

pendencia: “Nos parece tan terrible el derecho de juzgar a los ciudadanos [...] que desearíamos ver este poder, no en tribunales permanentes, cuyos individuos tengan lugar y ocasión de consolidar la preponderancia que este poder les da, sino en poder de la ley, única fuerza que puede y debe juzgar. Por eso creemos muy útil la división de las decisiones judiciales, en decisiones sobre el hecho y sobre el derecho, la facultad de recusación concedida al reo hasta ciertos y delimitados límites prescritos por la ley; la división de la causa, en examen de la acusación y examen del delito; en fin, la variedad de jueces del hecho para las diferentes causas, según los nombramientos del magistrado superior y las recusaciones saludables, observadas en Inglaterra y la América unida, aumentan el imperio de las leyes, y disminuyen el de los jueces”.<sup>10</sup>

En la exposición de motivos del código de 1871 igualmente quedó asentada la voluntad de otorgar a México una ley penal que se adecuara a su realidad, la cual era muy diferente a la de la Hispania medieval, cuya legislación había sido formada “por gobiernos absolutos, en tiempos de ignorancia” y si no se realizaba el cambio, agregaba la comisión redactora, se corría el peligro de “seguir como hasta aquí, sin más ley que el arbitrio, prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia”.<sup>11</sup>

Durante el siglo XX, la historiografía jurídica mexicana ha realizado muy pocos esfuerzos por comprender a la justicia criminal. Si bien es cierto que han sido varios los trabajos dedicados a la cuestión, también lo es que cuando sobre ella se ha escrito ha sido para disertar sobre los tribunales más importantes y conocidos, con cronologías muy acotadas y cercanas al final del Antiguo Régimen.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> *La Sabatina*, 29 de junio de 1822, pp. 44-45.

<sup>11</sup> *Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República Mexicana para delitos contra la Federación*, Librería de Donato Miramontes, Chihuahua, 1883, pp. 7-8.

<sup>12</sup> Para un balance historiográfico de la justicia criminal novohispana véase GAYOL, Víctor, *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, El Colegio de Michoacán, México, vol. 1., 2007, pp. 21-34. En estas páginas, el autor menciona que el total de trabajos enfocados al estudio de las audiencias tan sólo representa un 5% del total de los estudios iushistóricos. Más recientemente: SPECKMAN GUERRA, Elisa y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “La justicia penal: estado actual de la investigación histórica”, en ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, UNAM-INACIPE, México, 2011, 291-304. Para un tratamiento más general de la historiografía jurídica mexicana véase MIJANGOS Y GON-

Es precisamente en la mayoría de estas obras en donde se ha expresado una versión que debería ser matizada, pues ha pretendido mostrar a la justicia novohispana con una imagen muy coercitiva, fenómeno no exclusivo de la historiografía jurídica mexicana, y que obedece a la notable influencia de la obra de Francisco Tomás y Valiente.<sup>13</sup>

De nuevo adelantamos: tres siglos de virreinato, y las distintas peculiaridades judiciales consignadas en cada realidad local ameritan opiniones más equilibradas por parte de los estudiosos del tema, en las que se estudien categorías analíticas como centro-periferia o los distintos niveles de justicia, labor que en el campo historiográfico hispano ha sido ya realizada con amplitud. Debemos recordar que el derecho penal ha evolucionado a distintos ritmos, incluso en territorios como la Nueva España en los que aparentemente existía una centralidad de la autoridad judicial.<sup>14</sup>

A pesar de esta lectura de la justicia novohispana, una rápida mirada a su

---

ZÁLEZ, Pablo, *El nuevo pasado jurídico mexicano*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011. Sobre la ausencia de estudios en este período y esta temática, ya llamaba la atención hace algunos años el profesor José Sánchez-Arcilla para quien “son todavía muchos los interrogantes que se nos presentan en torno a algunos aspectos de la administración de justicia en general y de la aplicación de ésta en particular”. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, “La Administración de Justicia inferior en la Ciudad de México a finales de la época colonial. I. La punición de la embriaguez en los Libros de Reos (1794-1798)”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, nº 7, 2000, p. 311.

13 TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969. Para una crítica mordaz a esta obra y su influencia en la historiografía de corte hispánico véase SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, “¿Arbitrariedad o arbitrio?: El otro derecho penal de la otra Monarquía (no) Absoluta”, en SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen: España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 9-46. En el mismo sentido, pero más matizado: ÁLVAREZ CORA, Eduardo, “Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna”, en *Rechtsgeschichte*, Frankfurt, nº 17, 2010, pp. 92-125.

14 Sobre este punto merece la atención el excelente estudio de GARCÍA LEÓN, Susana, *La justicia en la Nueva España. Criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos XVII y XVIII)*, Dykinson, Madrid, 2012. En esta obra, la autora desmenuza las peculiaridades del procedimiento criminal en la pequeña corregiduría de Teposcolula en la Nueva España, al margen de la justicia criminal de la Real Audiencia de México. A nivel de Latinoamérica son importantes: AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, CEPC, Madrid, 2008 y HERZOG, Tamar, *La administración como un fenómeno social: La justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, CEPC, Madrid, 1995.

praxis nos ofrece otra visión, mucho más cercana a la recientemente descubierta por la historiografía europea.<sup>15</sup> Se trataba de una justicia flexible, en la que el poder del juez, las más de las veces, se tornaba efectivamente arbitrario, es decir, sus decisiones estaban regidas por el *arbitrium iudicis*, facultad que no era equivalente a “arbitrariedad”, es decir, a un poder despótico.<sup>16</sup>

En consecuencia, el juez poseía amplísimas facultades para ir más allá de la letra de la ley y valorar de forma individualizada las circunstancias del crimen, procurando, casi siempre, la mitigación de la pena para el reo. Y es precisamente en el derecho penal en donde se desarrollaría con mayor agudeza el arbitrio. Desde el siglo XIV Bártolo llamaría la atención sobre este punto: “*antiqua iura dabant arbitrium iudici imponendi poenam malorum maleficio liquidato*”.<sup>17</sup>

Las decisiones eran reguladas por principios de equidad y de justicia, principios religiosos, la razón natural, los derechos romano y canónico comen-

---

15 Los mejores acercamientos historiográficos en clave europea son: ROUSSEAU, Xavier, “From medieval cities to national states, 1350-1850. The historiography of crime and criminal justice in Europe”, en EMSLEY, Clive y KNAFLA, Louis A. (eds.), *Crime history and histories of crime. Studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history*, Greenwood Press, Connecticut, 1996, pp. 4-22 y MECCARELLI, Massimo, “La dimensión doctrinal del proceso desde una perspectiva de historia de la justicia criminal, a la luz de la lección historiográfica de Mario Sbriccoli”, en CONTE, Emanuele y MADERO, Marta (eds.), *Procesos, inquisiciones, pruebas*, Manantial, Buenos Aires, 2009, pp. 14-23.

16 Sobre el tema del *arbitrium* en el antiguo régimen: SCHNAPPER, Bernard, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrines savantes et usages français)*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1974; MECCARELLI, Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè Editore, Milano, 1998; DURAND, Bernard, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle*, Publications de la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1993. En los años recientes, la literatura hispana también se ha interesado por esta temática: SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (coord.), *El Arbitrio Judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI-XVIII)*, Dykinson, Madrid, 2012; DUNAITURRIA LAGUARDA, Alicia, *La justicia en Madrid. El arbitrio judicial en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte (1751-1808)*, Dykinson, Madrid, 2010; ALLOZA, Ángel, *La vara quebrada de la justicia. Un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVII*, Catarata, Madrid, 2000 y ORTEGO GIL, Pedro, “Notas sobre el arbitrio judicial usque ad mortem”, en *Cuadernos de Historia del derecho*, extra 1, 2004, pp. 212-232.

17 Citado por MECCARELLI, Massimo, *Arbitrium*, *Op. cit.*, p. 195.

tados por los doctores, los usos de los tribunales y las leyes del rey. El juez, a pesar de gozar de un amplio margen de discrecionalidad, sí tenía límites, aunque éstos no fueran del todo visibles. Debía supeditarse a las normas y principios descritos, pero en los que existían unas jerarquías normativas que no podía transgredir: *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex positiva*, leyes en las que era imposible la existencia de antinomias que pudieran desequilibrar al sistema.

Esta práctica, debemos recalcarlo, no era particular de nuestra tradición hispana, sino el eco de un derecho enraizado y esparcido por los países de tradición jurídica romano-canónica: el *ius commune*, ordenamiento que sería “traducido” a la realidad americana con peculiaridades. La justicia novohispana reproduciría así, como consecuencia de su herencia medieval y castellana, el modelo importado de Europa.<sup>18</sup>

Las siguientes líneas nos servirán para explorar una de las múltiples ramificaciones desde las cuales es posible observar a la justicia criminal novohispana. He elegido el tema de la “misericordia” del juez y la “culpa” (responsabilidad) del criminal, pues son dos elementos representativos del proceso criminal que nos pueden instruir para reflexionar sobre lo “dúctil” de este derecho. En este lenguaje forense podremos ver la búsqueda de la concordia y la pacificación de la *communitas* cristiana que pretendía instruir a los indi-

---

18 Sobre la adopción del *ius commune* en tierras latinoamericanas, véase BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España (sobre la recepción de la tradición jurídica durante el virreinato)*, UNAM, México, 1993; CASSI, Aldo Andrea, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Giuffrè Editore, Milano, 2004; MALAGÓN-BARCELO, Javier, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, UNAM, México, 1959; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Acerca de la recepción del *Ius Commune* en el Derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indios”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, tomo XV, 2003, pp. 447-523 y ZAVALA, Silvio, *Las Instituciones Jurídicas en la conquista de América*, Porrúa, México, 1971. En años recientes el derecho en general, y la historia del derecho en lo particular, se han beneficiado de conceptos tales como “transplantes jurídicos” o “traducciones” que buscan analizar, desde la óptica del derecho comparado, la recepción de las instituciones jurídicas en tierras ajenas a las que les dieron origen. En la circunscripción iushistórica resulta destacado el trabajo de DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014 y DUVE, Thomas y PIHLAJAMAKI, Heikki (eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Max Planck Institut for European Legal History, Frankfurt am Main, 2015.

viduos para que actuaran como buenos cristianos y perdonaran a quienes los habían injuriado, con el fin de lograr así la reconciliación con Dios.<sup>19</sup>

Para llegar a este punto analizaremos algunas sentencias de la jurisdicción de la Real Audiencia de México, enfocadas en los crímenes de homicidio, robo y sexuales, los cuales se encuentran dentro del ámbito de la ley humana, pero antes de ello, eran expresiones de la ley de Dios. Si bien la casuística utilizada en las siguientes líneas pudiera parecer nimia al estudioso del tema, debemos decir que la mayoría de los expedientes analizados se han manifestado en el mismo sentido, por lo que los casos aquí utilizados son sólo ejemplos de los cauces por los cuales transcurría la praxis judicial novohispana.

Hay que advertir que en la mayoría de las sentencias, tanto de la Sala del Crimen como de los tribunales *ad quem*, parece intrincado establecer cuáles eran los fundamentos legales, doctrinales, jurisprudenciales o consuetudinarios de los que abrevaba el juez al momento de dictar su sentencia, ya que las mismas carecían de fundamentación y motivación, puntos nodales de las actuales y los que le otorgan certeza a las mismas.<sup>20</sup>

Aun con esta carencia de información, es factible encontrar de manera indirecta las columnas jurídicas sobre los que descansaban estas decisiones. Más aún, como adelantábamos, las normas legales eran tan sólo una parte de ese entramado jurídico que se nutría también de la experiencia de la cultura católica, un espacio en el que es posible extraer una radiografía de las prácticas, rituales y lenguajes de la época.<sup>21</sup> El ritual judicial representa así una

---

19 En síntesis, se trataba pues de una “reforma de las costumbres”, lo que significaba “ordenar la conducta de los seres humanos a la moral deseada por la iglesia católica acorde a principios doctrinales y canónicos, esto es, acorde a una disciplina determinada”. Véase TRASLOSHEROS, Jorge, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1688*, Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2004, p. 82. Para entender la cotidianidad de estas prácticas en el contexto novohispano: ROSELLÓ SOBERÓ, Estela, *Así en la Tierra como en el cielo: manifestaciones religiosas de la culpa y el perdón en los siglos XVI y XVII en la Nueva España*, El Colegio de México, México, 2006.

20 Para el caso de España, las sentencias comienzan a fundamentarse desde mediados del siglo XIX, tal y como apuntan GARRIGA, CARLOS y LORENTE, Marta, “El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 1, 1996, pp. 97-142. Sobre la importancia de la motivación de las sentencias en el derecho del antiguo régimen y del moderno ver TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, (trad. Lorenzo Córdova Vianello), TEPJF, México 2006, pp. 302-394.

21 En palabras de Alejandro Agüero: “La religión proporcionaba no sólo las bases

síntesis de un momento histórico que bajo la mirada del jurista y del historiador moderno, resulta completamente diverso, pero no por ello demasiado diferente de la realidad contemporánea.

## II. La misericordia como motor

Existe una metáfora que recorre toda la anatomía jurídica del antiguo régimen y es la de un Dios justiciero, pero clemente, capaz de perdonar las ofensas de sus hijos. Nos dice la Biblia al respecto: “¿Qué Dios como tú, que perdona la maldad, y olvida el pecado del remanente de su heredad? No retuvo para siempre su enojo, porque se deleita en misericordia”.<sup>22</sup>

---

doctrinales de mayor capacidad parentética (desde los textos sagrados hasta los catecismos y manuales para confesores, pasando por el prestigioso saber de los teólogos) sino también las formas institucionales más comunes de socialización y los medios más potentes de difusión (i. e. los sermones) y de control ideológico (i. e. la actividad represiva del Santo Oficio)”. Véase AGÜERO, Alejandro, “Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XVI al XVIII”, en LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, p. 131. Un análisis de la estrecha relación entre teología y derecho se puede consultar en: BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, FCE, México, 1996; DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of The Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Marthinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013; EVANS, G.R., *Law and Theology in the Middle Ages*, Routledge, London, 2002; LAVENIA, Vincenzo, *L’infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2004; SEELMANN, Kurt, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Nomos, Baden-Baden, 1997 y SEELMANN, Kurt, *Thomas Von Aquin am Schnitpunkt. Von Recht und Theologie*, Luzerner Hochschulreden, Lucerne, 2000.

<sup>22</sup> Miqueas, 7:18.

Sebastián de Covarrubias indicaría que la misericordia es “condición y atributo de Dios”: COVARRUBIAS, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Luis Sánchez impresor, Madrid, 1611, p. 551. Igualmente la *caritas* cristiana era un valor basado en el amor y que se antepone a la fuerza, por lo que al final se terminaba por perdonar al ofensor. Sobre ello véase BARTOLI, Roberto, “Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Giuffrè Editore, Milano, n° 42, 2013, pp. 101-122. El tema era recurrente en la jurisprudencia medieval, ya que el “juicio de Dios” era considerado una metáfora del juicio ideal. Al respecto resulta interesante: JACOB, Robert, “Jugements des hommes et judgment de Dieu à l’aube du Moyen Age”, en JACOB, Robert (ed.), *Le juge et les jugements dans les tra-*

De forma similar, el rey, como representación de Dios en la tierra, debía de ser misericordioso y capaz de otorgar el “perdón” a sus súbditos. Esta tradición es posible rastrearla desde la antigüedad clásica, en donde la imagen de un rey justo y clemente era considerada de vital importancia para la paz de los reinos. Séneca, en su *Tratado sobre la clemencia*, indicaba al César que “la clemencia conviene por naturaleza a todos los hombres, pero especialmente se adecua a los emperadores, en la medida en que en ellos tiene más que conservar y se manifiesta en cuestiones de mayor alcance. En efecto ¡cuán poco daña la crueldad de un hombre privado!”<sup>23</sup>

La literatura política medieval y renacentista sería profusa en estas metáforas al plasmar la imagen de un príncipe justiciero. Cesare Ripa, connotado iconólogo, la describía como una mujer “di carnagione bianca, gli occhi grasti e il naso aquilino”, características que retomaba de Aristóteles. Además, añadía, al encontrarse esta mujer con los brazos abiertos era signo inequívoco de que era guiada por Jesucristo.<sup>24</sup> La importancia de este tipo de imágenes consistía en su función pedagógica, porque la imagen llevaba a la semejanza y ésta a la *imitatio*.

Así, autores medievales como Yvo de Chartres indicaban que “*quicumque ergo ecclesiasticus doctor ecclesiasticas regulas ita interpretatur aut moderatur, ut ad regnum caritatis cuncta que docuerit uel exposuerit referat, nec peccat nec errat, cum saluti proximorum cunsulens ad finem sacris institutionibus debitum peruenire intendat. Unde dicit beatus Augustinus de disciplina ecclesiastica tractans: Habe caritatem et hac quicquid uis, si corripis corripe cum caritate, si parcis parce cum caritate*”.<sup>25</sup>

Las Partidas también hacían un llamamiento continuo al rey para que asumiera esta virtud: “Misericordia es merced, e gracia, que señaladamente deben de aver en si los Emperadores, e los Reyes, e los otros grandes Señores, que han de judgar, e de mantener las tierras”.<sup>26</sup> Y agregaban: “Amado debe ser mucho el Pueblo de su Rey, e señaladamente les debe mos-

---

*ditions juridiques européennes*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, pp. 41-50.

23 SÉNECA, Lucio Anneo, *Tratado sobre la clemencia*, v. 1. Véase la 2ª edición bilingüe y estudio de Carmen Codoñer Merino en Tecnos, Madrid, 2007.

24 RIPA, Cesare, *Iconologia overo descrizione di diverse imagini cavate dall'antichità, e di propria inventione*, Apresso Lepido Faeij, 1593, p. 328.

25 Citado por ROLKER, Cristof, *Canon Law and The Letters of Ivo of Chartres*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 165.

26 Partida 7, 32, proemio.



trar amor en tres maneras: [...] La tercera habiéndoles misericordia para perdonarles”.<sup>27</sup>

Esta facultad del rey de aparecer misericordioso ante sus vasallos era la que le otorgaba *auctoritas* sobre ellos, es decir, lo legitimaba ante su comunidad como un buen cristiano, respetuoso de los mandamientos de Dios, con lo que asumía las características de un “rey-sacerdote”, capaz de perdonar las afrentas de sus súbditos. Observamos así que el príncipe, al manifestarse soberano, exponía su poder, mientras que el súbdito se beneficiaba de su gracia.<sup>28</sup>

Por su parte, el juez también cumplía las funciones de representación del poder real. A través de él, la autoridad regia se materializaba, se tornaba tangible; por ello era importante que en su elección se decidiera por un buen cristiano que, como nos dirá Castillo de Bovadilla, “se guard(e) con la comunidad, con la compañía, causando paz, amistad, concordia, religion Christiana para con Dios, piedad para con la patria, con los padres, hijos, hermanos, deudos y amigos”.<sup>29</sup>

---

27 Partida 2, 10, 2.

28 La monarquía francesa llevaría al extremo esta situación de manera tal que el homicida, independientemente de si había matado fortuitamente, requería siempre de la obtención de una *lettre de clémence* para ser perdonado, situación que era un mero formalismo, pues implicaba una carga pecuniaria para el delincuente. Así, era común decir que “tout homme qui tue est digne de mort s’il n’a lettre de rémission”. Citado por CARBASSE, Jean Marie, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, Paris, 2014, p. 242. Desde el siglo XIII Alberto Gandino escribía que por derecho divino y derecho de gentes no era lícito matar a un hombre pero, subrayaba, si el mismo emperador ha previsto una norma que concede la impunidad *ex causa* lícita debe ser permitido por la norma del *ius proprium* conceder la impunidad pues son válidas *tanquam edictum caesarum*. Sin embargo, detrás de esta táctica jurídica subyacía toda una metáfora que hacía aparecer al príncipe como la última fuente de justicia y sólo a él correspondía perdonar. ABAD, Reynald, *La grace du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIIIe siècle*, PUPS, Paris, 2011 y MINOIS, Georges, *Le confesseur du roi. Les directeurs de conscience sur la monarchie française*, Fayard, Paris, 1988, pp. 53-76. También es interesante, aunque siempre circunscrito a la realidad castellana: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Ecos cronísticos del rey-juez medieval”, en *Cuadernos de Historia del derecho*, volumen extra, 2010, pp. 303-356.

29 CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y preladados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas*, Madrid, Imprenta de Joachin Ibarra, 1759, p. 256.

Por consiguiente, los jueces debían, según las Partidas, “catar [...] cuando quieren dar juyzio descarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan [...]”.<sup>30</sup> Así, “los judgadores deben mucho catar ante que den pena a los acusados, es escodriñar muy acuciosamente el yerro sobre que la mandan dar, de manera que sea antes bien probado, et catando en que guisa fue fecho el yerro”.<sup>31</sup> “Catar”, es decir, ponderar todos los elementos para hacer más benigna la pena. De igual forma, el justiciable, cuando su causa estaba perdida y no había argumentos legales que lo apoyaran, podía anteponer como último motivo de su defensa la solicitud de piedad y misericordia.<sup>32</sup>

---

30 Partida 7, 31, 8.

31 Partida 7, 31, 1.

32 La misericordia va intrínsecamente unida a otro tópico de la doctrina jurídica de la época: la buena conciencia del juez. Desde la Edad Media, tanto canonistas como civilistas y teólogos, otorgaron una importancia extrema a este tema. Para ellos, la justicia constituía una función divina que se encontraba depositada en los hombres, y por esta razón se podía tornar como falible. El problema estaba presente desde Irnerio, quien se decantaba porque *iudex secundum allegata et probate, non secundum conscientiam iudicare debet*. Así, surgía el cuestionamiento sobre si los jueces debían de fundar su sentencia tan sólo en los hechos alegados y probados por las partes. Santo Tomás era partidario de que el juez siguiera a las leyes antes que a su conciencia. Domingo de Soto añadía que *“Iudex in ultimas conclusus angustias debet in omni causa, tam criminali quam civili, contra veritatem sibi notam secundum allegata et probata sententiam pronuntiare”*. Véase el tercer volumen de la edición facsimilar y bilingüe, al cuidado de varios autores: SOTO, Domingo de, *De iustitia et iure*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 435-440 - liber 5, quaestio 4, articulus 2-.

Con respecto a la cuestión de que sucedería en caso de que el juez encontrara culpable a un inocente, los doctrinarios consideraban que el juez sólo dictaba la sentencia y los verdaderos culpables eran aquellos jurados que la habían determinado. James Whitman ha mostrado recientemente como la *reasonable doubt* del common law nació como un artificio jurídico para excusar al juez en estos casos. Para otros autores, como Julio Claro, en ausencia de pruebas, el juez no estaba obligado a castigar, pero en caso de que éstas existieran, nada le impedía condenar, aun cuando su conciencia le indicara lo contrario.

Aunque la bibliografía es amplia citamos únicamente como punto de partida: CARBASSE, Jean-Marie y DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999; DECOCK, Wim, “The Judge’s Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness”, en MARTYN, Georges, MUSSON, Anthony y PIHLAJAMÄÄKI, Heikki (dir.), *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Duncker and Humblot, Berlin, 2013; PADOA-SCHIOPPA, Antonio, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Milano,

En este punto resulta necesario hacer una separación entre piedad, clemencia, misericordia, gracia y perdón, palabras que se encuentran a veces de manera indistinta como sinónimas en los documentos de la época, pero que algunos doctrinarios sí diferenciaban. En la práctica, todas ellas eran utilizadas desde una similar concepción. De nueva cuenta, las *Partidas* hacen una sutil distinción al respecto:

“Misericordia, e merced, e gracia, como quier que algunos omes cuydan que son una cosa, pero departimiento hay entre ellas. La misericordia propiamente es, quando el juez se mueve con piedad de si mismos, a perdonar a alguno la pena que devia aver, doliendose del, viendole cuytado o mal andante; o por piedad que ha de sus fijos e de su compañía. Merced es perdón que el rey faze a otro, por merecimiento del servicio que le fizo aquel a quien perdona, o aquellos de quien el descende; e es como manera de gualardon. E Gracia, non es perdonamiento, mas es don que faze el Rey a algunos, que con derecho se puede escusar de lo fazer, si quisiere”.<sup>33</sup>

La profesora María Inmaculada Rodríguez alcanza a percibir una diferencia: “Por la causa y fin, los términos serían: misericordia; piedad (el perdón concedido por Viernes Santo); y merced (tratándose sobre todo de una concesión de tipo político). Si se hace desde el punto de vista de la naturaleza del acto, los términos serían los de gracia y merced, en cierto sentido. Y en cuanto a los efectos del acto, responderían los términos de: perdón-indulto, remisión, condonación, mitigación, composición, conmutación, restitución y abolición”.<sup>34</sup>

Andrés Tiraquellus, reconocido jurista del siglo XVI, recomendaba a los jueces que “[...] si acordée au delinquent, en consideration de sa condition, avoit pour effet d’amender plus facilement d’autres coupables, il y a certainement lieu de mitiger sa peine [...] Aussi, si l’impunité ou l’atténuation du châtiment est plus profitable à autrui que la peine, il est logique de laisser dans ce cas le crime impuni, ou du moins d’atténuer la peine, plutot que de chattier purement et simplement le delinquent”.<sup>35</sup>

En el mismo sentido Alfonso de Castro sugería que “*iudicium sine mise-*

---

2003 y WHITMAN, James Q., *The origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven, 2008.

33 Partida 7, 32, 3.

34 RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada, *El perdón real en Castilla*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1971, p. 43.

35 TIRAQUEAU, André, *De poenis temperandis (1559)* (introducción, traducción y notas de André Laingui), Economica, Paris, 1986, p. 255.

*ricordia illi qui non facit misericordiam*”, pero matizaba que “*si lex poenalis statuit poenam a iudice inferendam, sed non certam aliquam aut taxatam, iudex potest aliquando poenam temperare, prout qualitas et circumstantia a delicti patitui*”.<sup>36</sup>

Sin embargo, debemos recordar la existencia de autores con una opinión diversa a ésta. En este sentido, Alonso de Villadiego escribía que “aunque es verdad, que el Juez inferior puede con causa alterar la Ley, lo mas seguro es al Corregidor, ò Pesquisidor, no arrojar a traspasar el rigor de las leyes, à lo menos para executar el caso no decidido por la Ley, sino arbitrario, aunque el delito parezca extraordinario [...]”.<sup>37</sup>

En la Península Ibérica la práctica del perdón era común, tal y como nos ha descrito Antonio Manuel Hespanha, quien indica, para el caso de Portugal, aunque extensible a España, que el perdón “era un hecho masivo [...] casi una rutina”. No está de más advertir nuevamente que a los ojos de los modernos, una situación como la anterior implicaría un relajamiento del sistema punitivo, pero en las coordenadas jurídicas de la época las soluciones eran diferentes.<sup>38</sup>

La praxis judicial novohispana era abundante en ejemplos de la misericordia del rey. Con el nacimiento de un príncipe era común la concesión de perdones en materia criminal, las *Partidas* lo justificaban: “Perdón tanto quiere decir como quitar et perdonar á home la pena que debia recibir por el yerro

---

36 CASTRO, Alfonso de, *Potestate legis poenalis*, Ex officina Antonii Maria Bergagne Bibliop. Iurat, Lovanii, 1557, f. 75.

37 VILLADIEGO, Alonso de, *Instrucción política y practica judicial conforme al estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte, y otros ordinarios del reyno, utilissima para los gobernadores, y Corregidores, y otros Jueces Ordinarios, y de Comision, y para los Abogados, Escrivanos, Procuradores, y Litigantes*, Oficina de Antonio Marin, Madrid, 1766, p. 66.

Sobre las funciones del Corregidor castellano resulta importante GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El Corregidor castellano: 1348-1808*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970.

38 HESPANHA, Antonio Manuel, “De la ‘iustitia’ a la disciplina”, en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *et al., Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid, 1990, p. 177. En este punto, el mismo Hespanha nos da la repuesta: “Se podía templar el rigor del derecho por las siguientes razones: el bien de la república, el bien de la fe, las causas generales de la destrucción de la ilicitud y de la culpa, como la legítima defensa, etc. Pero también otras razones que hoy a nosotros nos parecen bastante raras: la senectud del reo, del detenido, o su juventud, con lo que si no se perdonaba por ser viejo se perdonaba por ser joven”.

que habie fecho. Et son dos maneras de perdones. La una es quando el rey o el señor de la tierra perdona generalmente á todos los homes que tiene presos por grant alegría que ha: asi como por nascencia de su fijo, ó por vitoria que haya habido de sus enemigos ó por amor de nuestro señor Jesucristo [...]”.<sup>39</sup> Así, por ejemplo, en 1572, por el alumbramiento del príncipe Fernando, se otorgó “el perdón y remisión de todas las personas que estuvieren presas en la cárcel de esa audiencia por delitos leves”.<sup>40</sup>

Años más tarde, en 1629, y por el mismo motivo, se otorgaría “el perdón a todos los que por cualquier delito estuvieran presos en las cárceles, por causas civiles o criminales”.<sup>41</sup> Un siglo después, la práctica seguía en uso y en 1757 la autoridad regia ordenó que “husando de clemencia y piedad [...] he acordado de remitir y perdonar [...] a todos los que por razón, de qualesquier delitos, o crímenes, estuvieren en la cárcel de esa Audiencia”.<sup>42</sup> Agregaba la cédula que si no existiere parte querellante no se procedería en contra de los reos, y aun en el supuesto de que sí la hubiere se les perdonarían todas las “penas civiles y criminales” para que no se procediera en contra de ellos en “ningún tiempo”.<sup>43</sup>

Hasta aquí ha sido posible percibir como el rey (en uso de sus amplias facultades jurisdiccionales) podía, y lo hacía, perdonar a los criminales. Sin embargo, ¿funcionaba la misma lógica del perdón en los sustratos inferiores de la judicatura -Real Audiencia, corregidurías y cabildos-?. Si esto era así, ¿Qué factores intervenían en la agravación, atemperación o remisión de la pena? Para dar respuesta a estos cuestionamientos, haremos un breve repaso al surgimiento de la responsabilidad penal, la cual es parte importante dentro del parecer del juez al momento de dictar una sentencia condenatoria o absolutoria. Más adelante, analizaremos algunos de los crímenes conocidos dentro de la jurisdicción de la Real Audiencia y la forma en que fueron resueltos.

---

39 Partida 7, 32, 1.

40 Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Reales Cédulas Originales, D47, 365, fs. 236v-237.

41 AGN, Real Audiencia, 2941, 32, f. 48.

42 AGN, Reales Cédulas Originales, 5, 200, f. 516.

43 *Id.* Resulta llamativo que la mencionada cédula enunciaba varios crímenes que no podían ser remitidos como “delitos de crimen de lesse mayestatis, pecado nefando, de falsedad de testigos falssos, asi los que los fueren, como los que hubieren inducido a ello, reniego, blasfemias contra Dios nuestro señor, ladrones, o los que hubieren hecho moneda falsa y resistencia a mis justicias, poniendo mano a las armas”.

### III. La responsabilidad penal

Los romanos, culmen de la cultura jurídica, no se caracterizaron por una gran abstracción en materia criminal, similar a la elaborada en el área civil. Ellos hacían la distinción entre *delictum* y *crimen*. El primero nacía de actos perseguibles en virtud de una ley o de un edicto pretorio y era seguido en un juicio penal ordinario, mientras que los crímenes se desarrollaban en un juicio público. Junto a estos términos aparecían otras voces como *maleficium*, con un cariz más teórico, e *iniuria*, palabra que era un término más general. Fue hasta la época clásica cuando los juristas mostraron un verdadero interés por el derecho penal, comenzaron a elaborar una doctrina más avanzada y se crearon las nociones de *dolus* y *fraus*. Posteriormente, al final de la República, surgirían otras voces como *culpa*, *animus*, *mens*, *voluntas*, *consilium*, *sciens* y *prudens*.

Con la irrupción del *ius commune*, en los siglos XII y XIII, los canonistas elaboraron una teoría de la responsabilidad penal, tomando como base la interpretación de los *libri terribili* (47 y 48 del Digesto), pero sería la glosa de la Ley Hodie (D. 48, 19, 13) el eje neurálgico de la nueva construcción teórica.<sup>44</sup>

En la materia criminal aparecieron los primeros tratados, el *Tractatus criminum* y el *De criminalibus causis*. De igual forma, en estas décadas reapareció la distinción romana del procedimiento criminal ordinario y extraordinario y se estableció un procedimiento judicial con reglas claras, pero su proceso de maduración llevaría varios siglos y dependería en gran medida de las hostilidades de los fueros de cada región. Al final serían abandonadas de forma casi definitiva las ordalías, procesos más vinculados a elementos místicos que racionales; el vencedor sería un proceso judicial que no buscaba la venganza privada, sino un uso racional de la violencia.<sup>45</sup>

---

44 Digesto (48, 19, 13): “Está permitido a aquel que conoce de un crimen por la vía extraordinaria, de pronunciar la sentencia que desee, más alta o más ligera, a condición de que en ambos casos no traspase la medida”. Véase LAINGUI, André, “Le droit penal canonique source de l’ancien droit penal laïc”, en *Églises et pouvoir politique. Actes de journées internationales d’histoire du droit d’Angers*, Université de Angers, Angers, 1987, pp. 213-232.

45 CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, PUF, París, 2ª ed, 2006, pp. 136-221. Han sido varios los autores que han abordado el surgimiento del proceso judicial, sirvan tan sólo a modo de ejemplo: ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII al XVIII*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982; GIULANI, Alessandro y PICARDI, Nicolás (coords.),

La teología moral junto con el derecho canónico rescataron de la Ley Hódie las causales que deberían de ser ponderadas para determinar la pena: *causa, personae, tempus, locus, qualitas, quantitas* y *eventus*. Mas fue en el IV Concilio de Letrán (1215) cuando se ordenó a los confesores valorar las circunstancias del pecador y del pecado.<sup>46</sup>

Durante esta centuria el delito y el pecado (hasta entonces prácticamente indiferenciados entre sí) se escindieron conceptualmente, pero compartirían, a partir de ese momento, elementos comunes. Los decretalistas distinguirían así entre *forum externum*, en el que determinados hechos con escándalo pertenecían a las penas, del *forum internum*, que daba lugar a la penitencia sacramental. Esto es, la materialidad del delito, su exteriorización en el mundo externo, lo diferenciaría (pero no siempre) del pecado. La salvación en el foro externo se lograba a través de la pena, es decir, de la expiación de los crímenes. Pero el foro interno quedaba a salvo del castigo ya que no se objetivaba, sólo a los ojos de Dios podía ser castigado.<sup>47</sup>

---

*L'educazione giuridica. Modelli storici della procedura continentale*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia, 1994; VALLEJO, Jesús, “La regulación del proceso en el Fuero Real. Desarrollo, precedentes y problemas”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 55, 1985, pp. 495-704. Junto a esta visión, existe otra que nos muestra cómo las ordalías no eran tan irracionales como aparentan ser, sino que esta creencia es tan sólo una construcción ideada por los antropólogos evolucionistas del siglo XIX. Cfr. VAN CAENEGEM, R.C, “Reflexions on rational and irrational modes of proof in medieval Europe”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 58, 1990, pp. 263-279. En el mismo sentido y del mismo autor, pero con una visión más amplia: “The modernity of medieval law”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 68, 2000, pp. 313-329.

46 Canon 21: “El sacerdote por su parte, sea discreto y cauto y, como entendido sobrederrame vino y aceite en las heridas, inquiriendo diligentemente las circunstancias del pecador y del pecado, por las que pueda prudentemente entender qué consejo haya de darle y qué remedio usando de diversas experiencias para salvar al enfermo”. Fuente: <http://es.catholic.net/op/articulos/25243/cuarto-concilio-de-letrn-ao-1215.html> (fecha de consulta: 13 de diciembre de 2014). En este sentido, Santo Tomás de Aquino aconsejaría seguir las cuestiones elaboradas por Quintiliano: *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo* y *quando*.

47 Las *Partidas* también hacían eco de esta aseveración (7, 30, 2): “Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los homes de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho; et despues deso asuman que si lo cumpliesen que fazen mal, et repientense. Et por ende decimos que qualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes”.

Los canonistas acentuarían estas diferencias principalmente en el crimen de homicidio, pues era en este crimen en donde debía esgrimirse con más acuciosidad si el delincuente había actuado con intención o sin ella. De esta forma, la *nuda cogitatio*, es decir, el sólo pensamiento era irrelevante al juez para juzgar a un hombre.<sup>48</sup>

La principal diferencia entre estos foros se presentaba en la naturaleza de sus penas que, según Raymundo de Peñafort, era de varias especies: “*Poenarum species sunt duae: alia enim est poena aeterna, alia temporalis. Temporalis subdividitur, quia alia est canonica, alia legalis. Canonica iterum subdividitur, quoniam alia spiritualis, alia corporalis, alia pecuniaria*”.<sup>49</sup>

Para una distinción clara se atendía casi siempre a la exteriorización de la voluntad para diferenciarlo del crimen, tal y como lo indicaban las Partidas: “crimen en latín tanto quiere decir como pecado de género, que los homes facen errando la carrera por do deben ir para clamar amor a Dios et haciendo las cosas que a el peçan”.<sup>50</sup> Crimen y castigo, pecado y penitencia, se encontraban fuertemente entrelazados en los siglos que aquí nos ocupan.

Desde el ámbito eminentemente teológico, pero con posteriores repercusiones jurídicas, Pedro Lombardo y Santo Tomás de Aquino escudriñarían en sus obras el acto de voluntad en el pecado. Para este último, el origen del pecado se encontraba en el elemento volitivo del acto porque “la facultad por la cual somos dueños de nuestros actos es la voluntad, todo lo que ha sido puesto en nuestro poder se llama voluntario. Por este motivo, todo pecado es necesariamente voluntario, en la medida en que se identifican el pecado y la culpa, puesto que, si el pecado se toma en una acepción más amplia, se encuentra en todas las cosas que obran por un fin, ya sea que obren por voluntad, ya sea que obren por necesidad de la naturaleza, cuando su acto se desvía del bien debido”.<sup>51</sup>

---

48 En este sentido, el *Decretum Gratiani* afirmaba que “*in maleficiis, cogitatio non meretur poenam lege civile, cum suis terminis contenta est*”. C. 14, C. XXXIII, q. 3 (De poenitentia, dist. I).

49 Raymundo de Peñafort, *Summa*, lib. 3, tit. 32, 1. Esta destacada enunciación ha sido contemplada en MAIHOLD, Harald, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2005, p. 111.

50 Partida 1, 4, 64.

51 Santo Tomás de Aquino realiza esta apreciación en su *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*. Véase, en este sentido, el volumen II, 2, de la edición dirigida por Juan Cruz Cruz, EUNSA, Pamplona, 2008, p. 580. Resulta interesante para el análisis de



En la práctica, el derecho consuetudinario castellano privilegiaba al elemento objetivo, es decir, el daño ocasionado a la persona, no así al elemento subjetivo, o la voluntad del sujeto. José Orlandis detectó bien como a mediados de los XIII y XIV, aparece el elemento de la voluntad en algunos fueros y en delitos como el de *traycion*. Igualmente, la ausencia de intención era un elemento que englobaba a homicidios que violaban treguas, fianza de salvo, la paz especial y la muerte del *inimicus* por la parte ofendida cuando estos hubieran ya pactado una reconciliación.<sup>52</sup>

Hacia el siglo XIV, la jurisprudencia realizaría una distinción más sutil, al distinguir entre la intención maligna (*dolus*), la simple negligencia (*culpa*) y el caso fortuito (*per infortunium*). Por lo que respecta al dolo existían dos tipos: el *animus occidendi* (intención de matar) y el *animus vulnerandi* (intención de lastimar). Debemos recordar que en el derecho medieval no existían lo que actualmente son conocidas por la doctrina como agravantes y atenuantes. Sobre este tema en el derecho penal medieval castellano, la profesora Emma Montanos se ha manifestado porque éstas no eran en realidad tales, sino que constituían delitos diferentes.<sup>53</sup>

La doctrina era clara al indicar que los *demens* y *furiosus*, al tener una discapacidad volitiva, no podían ser declarados culpables. El sordomudo y sonámbulo también se equiparaban al *furiosus*, mientras que la embriaguez recibía una pena lata. Bártolo pedía incluso atemperar las penas en caso de dolo para estos individuos.

Pero volviendo a la pregunta que dio origen a este apartado, en la práctica ¿aplicaban los jueces estas categorías al momento de dictar sentencia o sólo valoraban el resultado material de la acción punitiva? ¿Eran diversas las penas de estas decisiones judiciales a las establecidas por la ley? Intentaré dar respuesta en el siguiente apartado.

---

la formación del pecado venial: JIMÉNEZ FAJARDO, José, *La esencia del pecado venial en la segunda edad de oro de la teología escolástica*, Facultad teológica de la Compañía de Jesús, Granada, 1944.

52 ORLANDIS, José, “Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 16, 1945, pp. 112-192 y “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 18, 1947, pp. 61-165.

53 MONTANOS FERRÍN, Emma, “La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, t. 74, 1988, pp. 399-441.

#### IV. Una taxonomía del crimen novohispano

Quizás el crimen que causa mayor escozor en las sociedades sea el homicidio, pues con él se priva a otra persona del bien más valioso, que es la vida. La doctrina de la época lo definía en líneas generales de esta forma: “*Homicidii actum, non aliud est, quam hominis occisio. Licet autem voluntas iniusta occidendi, peccatum sit intentum homicidii contra quintum decalogi praeceptum; homicidium tamen solum significat actum externum consummatum, quo homo re ipsa vita privat*”.<sup>54</sup>

La anterior definición de Luis de Molina nos permite observar algunos elementos de este crimen como lo es la “injunta voluntad” de matar y la exteriorización de un “acto externo consumado”, que además atacaba directamente al quinto mandamiento.

Las Partidas contenían diversos tipos de homicidio: “la primera quando mata un ome a otro torticeramente; la segunda quando lo faze con derecho tornando sobre si; la tercera quando acaese por ocasion”.<sup>55</sup> En el caso del homicidio “simple” se sentenciaba a la pena de muerte, tratándose de hipótesis con agravantes como el parricidio o el aborto, las penas eran muy diversas pero igualmente trascendentales.

En una sociedad como la novohispana, los homicidios eran frecuentes en la jurisdicción de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México, tal y como veremos a continuación.<sup>56</sup> El primer litigio se desarrolló en 1647, en la

<sup>54</sup> MOLINA, Luis de: *De Iustitia et Iure. Opera omnia, tractatibus quinque, tomisque totidem comprehensa. Editio novissima*, tomus quartus, Marci-Michaelis Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1733, pág. 12.

Gregorio IX dedicaría un capítulo entero en su *Decretalium Compilatio* a la distinción entre homicidio voluntario y casual, tomando como base la distinción romana entre homicidio doloso (D. 48, 8, 1, pr.), preterdoloso (D. 48, 8, 1, 3) y causal (D. 48, 8, 4, 1). De nueva cuenta remarcaba que el juez debía de atender a las circunstancias del *delictum* para imponer la *poenitentia*: “*Sane, quum vir literatus et sapiens et discretus et in his plurimum exercitatus existas, plenius nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed aetas, scientia, et sexus atque conditio delinquentis sunt attendenda, et non solum praedicta, sed secundum locum et tempus, quo delictum committitur, unicuique poenitentia debet indici, quum, sicut tu ipse non ignoras, ídem excessus magis sit in uno quam in alio puniendus*”. *Decretum Compilatio*, V, XII, VI.

<sup>55</sup> Partida 7, 8, 1.

<sup>56</sup> Sólo de manera accidental recordamos que la Audiencia de México fue instaurada mediante Real Provisión el 29 de noviembre de 1527, mientras que sus Ordenanzas, semejantes a las de la audiencia de Santo Domingo, le fueron otorgadas el 22 de abril de

villa de Xochimilco, pueblo cercano a la ciudad de México. En esta querrela, Miguel de la Cruz, indio natural y principal de lugar señalaba que su esposa Magdalena se encontraba tranquila en su casa cuando repentinamente arribaron a ella la mulata Melchora, el indio Juan y el mestizo Luis, quienes por celos y envidias de tiempo atrás la golpearon, destacando que fue la mulata quien lanzó a su esposa al suelo golpeándose en la cabeza y que desde esa fecha no se había podido recuperar y yacía en cama con “sudores y espasmos”.<sup>57</sup>

El fiscal ordenó la detención de los partícipes, pero tan sólo pudieron detener a la mulata Melchora, quien en todo momento negó los cargos. Sin embargo, fue retenida en la cárcel de la alcaldía, acusada de lesiones. Cuando estaba a punto de salir, llegó un comunicado en donde se indicaba que la india Magdalena había muerto a consecuencia de la caída y de los golpes, por lo cual se ordenó su reaprehensión. Melchora se excusó en su confesión diciendo que la india no había muerto como consecuencia de sus golpes.

---

1528 y en las cuales se indicaba que en caso de oscuridad de las mismas se atendería a las ordenanzas de Valladolid y Granada.

Así, su *iusdictio ratiōe loci* cubría una distancia de cinco leguas, e incluía conocer de los litigios en primera instancia, mientras que para el resto del territorio novohispano funcionaba como tribunal de alzada. Recordemos que su territorio comprendía “las provincias, que propiamente se llaman de la Nueva España, con las de Yucatan, Cozumel y Tabasco: y por la Costa de la Mar del Norte y Seno Mexicano, hasta el Cabo de la Florida: y por la Mar del Sur, desde donde acaban los términos de la Audiencia de Guatemala, hasta donde comienzan los de Galicia [...]”.

Llama la atención que una de las funciones de la Real Audiencia, según sus Ordenanzas, era que “los Oidores tengan mucho cuidado de que los Yndios sean bien tratados como vasallos libres de su Magestad e ynstruidos en la cosas de nuestra Santa Fe Catholica por ser de lo que principalmente han de dar quenta a su Magestad”. Así, además de castigar, las Audiencias también ilustraban “en las cosas de la fe católica”. Por lo tanto, aparejada a su labor de justicia, existía un trabajo espiritual indudable.

En cuanto a su composición, estaba integrada por el virrey, quien fungía como presidente de la misma, y en orden de importancia le seguían los oidores y fiscales, cuyo número variaría durante los tres siglos del virreinato. Durante los primeros años, los oidores fueron los encargados de impartir justicia en materia criminal, pero a medida que las necesidades apremiaban, se vislumbró la posible erección de unas Salas del Crimen para las audiencias de Lima y México, que serían finalmente establecidas en 1568 para que “los delitos sean mejor castigados e inquiridos y puedan vivir con más quietud y sosiego”.

La Sala estaba integrada por cuatro alcaldes del crimen, alguacil mayor, teniente del gran chanciller, relatores, escribanos de cámara, abogados, tasadores, repartidores, receptores ordinarios, procuradores, intérpretes y portero.

<sup>57</sup> AGN, Criminal, 232, 38, fs. 327-370.

Finalmente, la Sala dictó una sentencia muy escueta en la que condenaba a la mulata Melchora “al pago de costas y a dos años de destierro y a la confiscación de sus bienes”. Desconocemos si la mulata purgó su pena, pues huyó.

Si bien es cierto que la estrechez de la sentencia no nos permite determinar los argumentos utilizados por los jueces, al contrastar ésta con la ley, encontramos una clara desviación de la teoría con la praxis producto del *arbitrium iudicis*. En el caso de la mulata, ésta sí había sido encontrada culpable, aunque el juez había ponderado y calibrado bien su actuación y no había encontrado en ella una voluntad de matar, por lo que su pena fue más laxa en comparación con la establecida por las leyes.

Para entender la decisión del juez dentro de este contexto, resulta ilustrativa la opinión de Diego de Covarrubias: “[Sin voluntad] no puede cometerse pecado ni delito alguno [...] en cuanto lo voluntario constituye el delito, mientras lo involuntario libra de él [...]. Deberá pues el juez, para no aplicar la pena ordinaria, ponderar bien la cualidad del acto a fin de poder conjeturar cuando ha faltado el ánimo y voluntad directa de matar, y según esta imperfección y calibrando la falta de voluntad, pueda calibrar la pena; tuvo sí voluntad directa y perfecta de herir, pero no de matar, aunque por la percusión se haya seguido la muerte, muy por fuera de su querer. Así, cuando la voluntad de matar es sólo indirecta porque aquella falta de voluntad disminuye la culpa, y por tanto, la pena”.<sup>58</sup>

Mas el foro no era el único espacio en el que se perdonaba, pues paralelo a él existía una justicia que esquivaba al juzgado y se presentaba en forma de composición entre las partes, auxiliados por un escribano. Ésta era una justicia lograda antes que en la *litis* en la composición de las partes, tal y como lo revelan documentos notariales en los que el perdón era otorgado aun en crímenes graves. Así, en 1557 Diego de Aguiar le otorgó el perdón a Diego Gutiérrez, quien lo había intentado matar de un “espadazo” durante una confrontación que habían tenido, pero finalmente había decidido eximirlo de toda “culpa tanto legal como moral”.<sup>59</sup>

Incluso en un homicidio era factible el perdón, como aconteció con Ana de Rojas, quien dispensó a Pedro de Gorostola el asesinato de su marido por la suma de trescientos pesos de oro común.<sup>60</sup>

No obstante esta visión positiva que hemos presentado sobre la imparti-

58 PEREDA, Julián (comp.), *Covarrubias penalista*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 29.

59 Archivo General de Notarías (en adelante AGdeN), Notaría 1, vol. 154, ficha 73.o.

60 AGdeN, Notaría 1, vol. 179, ficha 320.

ción de justicia en los crímenes de homicidio, debemos indicar que también hemos encontrado algunas excepciones, en las cuales la justicia se mostraba especialmente rigurosa, como el caso acaecido en 1657, en el pueblo de Lopa, en donde el indio Jacinto Manzano decidió terminar con la vida de su mujer, al llevarla mediante engaños a las afueras del pueblo en donde la asesinó, aun sabiendo que se encontraba grávida. En este uxoricidio, la justicia decidió sentenciarlo a la pena de muerte, pues habían concurrido varias circunstancias agravantes del mismo: había sido cometido durante la noche y había asesinado a una mujer embarazada. Además, sobre el dicho indio pesaban señalamientos de estar amancebado con otra india y de golpear frecuentemente a su esposa por instigación de su amante. Pero estos casos eran excepcionales.<sup>61</sup>

Con respecto al delito de robo, éste era uno de los más usuales de la época, tal y como pudimos constatar en los archivos consultados; situación de la cual la misma Sala ha dejado información, pues en el siglo XVII indicaba que los “hurtos calificados con fractura y rompimiento de paredes” eran los más conocidos por ella, los cuales eran realizados la mayoría de las veces por indios que, valiéndose de supersticiones y hechicerías, “adormecen a los perros” y que además “se embriagaban para el dicho efecto para ir con más ánimo y valor”.<sup>62</sup>

En este crimen, como regularmente ha sucedido en casi todas las épocas, la graduación de la pena dependía mucho de la cantidad y la calidad de los bienes robados, aunque también era común la remisión del crimen. En el verano de 1643 el denunciante, el indio Sebastián de Avellaneda, indicó que se encontraba reposando en casa cuando un “chino carretonero” le robó diez pesos y seis tomines. Señalaba en su deposición que el chino había cometido “grave y atrox delito”.<sup>63</sup>

Una vez capturado el ladrón, quien dijo llamarse Gonzalo de la Cruz, sólo confesó que todo era mentira y no había estado en el lugar de los hechos. Finalmente, el denunciante Sebastián decidió perdonar al criminal: “por servicio de dios nuestro señor y por ruego de personas honradas que me lo han pedido y por estar satisfecho pagado de los dichos diez pesos y seis tomines que así me quito de las costas y gastos que me causó [...] para no proseguir en la querrela ahora ni en ningún tiempo le remito y perdono cualquier culpa y agravio que me causado [...] no le hago por temor de no alcanzar justicia sino por lo que tengo dicho y porque Dios nuestro señor perdone mis pecados”.

61 AGN, Criminal, 590, 2, fs. 25-91.

62 Archivo General de Indias (en adelante AGI), México, 75, R. 8, N. 36, s/f.

63 AGN, Criminal, 187, 19, fs. 289-303.

Destaca aquí el perdón otorgado por la parte ofendida, pues, como lo indicó el agraviado, se trataba de que mediante esta obra de misericordia Dios pudiera perdonar sus pecados. Recordemos que según una *Summa* de la doctrina cristiana de la época, una de las obligaciones de los cristianos era cumplir obras de misericordia y una de ellas consistía en “perdonar a los que nos injurian”.<sup>64</sup>

Un segundo caso de robo se presentó en 1747 y se refiere a una causa criminal seguida en contra de Sebastián de Aguirre, negro libre fundidor, por el hurto de un pedazo de plata en la casa de moneda de la ciudad de México. Pedro Armino, demandante y guardia de la fundición, indicó en su deposición que observó como el negro Sebastián esperaba a que el maestro carpintero terminara de realizar unos arreglos para proseguir con su trabajo. En ese momento, y sin ninguna orden del declarante, vio como Sebastián cogió una gaveza de un costal de carbón y la vació en la piedra de fundir”.<sup>65</sup>

El capitán, atento al actuar del fundidor, lo cuestionó sobre qué era aquello, a lo que Sebastián le respondió “nada señor”. Al revisar sus vestiduras encontró el pedazo de plata de aproximadamente cuatro onzas en una de las bolsas de su pantalón. Acto seguido lo aprehendió y lo dirigió a la cárcel a la espera de que se le formara juicio.

Durante el litigio comparecieron tres testigos, quienes en ningún momento involucraron a Sebastián en el robo, pues no les había constado más que de oídas el mencionado hurto. Sebastián de Aguirre, el acusado, al rendir su declaración manifestó que estaba “para echar carbón en la craza que se había de calentar” cuando vino el guardia con un pedazo de plata en la mano y lo cuestionó sobre dónde lo había obtenido, a lo que él negó saberlo, acto tras el cual fue aprehendido y llevado preso.

A primera vista pudiera parecer que la justicia estaría en contra del fundidor, sin embargo, la sentencia reveló algo muy distinto, ya que el dicho del fundidor, al ser sopesado con el del guardia, y tomando en cuenta que las declaraciones de los testigos no servían de mucho, apuntó que “en atención a que de esta sumaria no consta justificado el cuerpo del delito que se le imputa a Sebastián de Aguirre [...] y que toda la substancia de esta sumaria precisa-

---

64 SOTO, Domingo de, *Summa de la doctrina Christiana: Copilada y declarada por Fray Domingo de Soto, de la orden de Sancto Domingo*, Casa de Andrea de Portonaris, Salamanca, 1552, f. 16v. Sin embargo, Domingo de Soto agregaba que estas obras de misericordia no eran de “justicia necesaria”.

65 AGN, Criminal, 679, 3, fs. 44-55.

mente depende del aserto de dicho guarda vista”, se procedió a declarar la inocencia del inculpaado.

Pero derivado de este hecho, la reputación de Aguirre había quedado en entredicho, por lo que unos días después solicitó a la justicia que se le permitiera volver a trabajar, por lo menos algunos días, “para que se vea en la casa, y en las oficinas de fundición, que de mi proceder no ha habido dolo que me impida continuar mi trabajo”. Y es que como decía Sebastián, su experiencia de siete años avalaba en todo momento su intachable honorabilidad. Ante la escasez de trabajadores calificados como él, su petición fue aceptada por parte del tribunal, aunque desconocemos por cuánto tiempo más se integró de nuevo a sus labores.

El caso nos permite observar de modo general cómo el juez valoró en su argumentación que el denunciante no había logrado acreditar “el cuerpo del delito”. Recordemos que una de las labores del juez es la de encontrar la verdad. De esta manera, y regresando nuevamente a la temática del *arbitrium iudicis*, el juez no había tenido las pruebas suficientes para considerar que Sebastián de Aguirre era culpable. Los tres testigos que declararon en el caso, tampoco habían expresado haber tenido conocimiento del delito, por lo tanto, el juez estaba frente a una prueba imperfecta, la cual, con base en el sistema probatorio de la época era el eje central para sentenciar. Así, vemos que para Tiraquellus, cuando un hombre era condenado no con base en pruebas evidentes, sino en presunciones, su pena debía ser atenuada.<sup>66</sup>

Otro punto importante al cual recurrió el fundidor Sebastián fue el adver-

---

66 “Lorsqu’un individu est condamné, non sur des preuves évidentes, mais sur une présomption véhémement (comme il arrive parfois), ou autrement (?), la condamnation doit certainement être atténuée (...) lorsque le juge ne peut retenir dans un procès que des présomptions, il doit tempérer beaucoup sa sentence et ne porter de condamnation que rarement, modérément et sans aller jusqu’aux peines corporelles”, Cause 27, p. 151. Bajo la misma línea argumentativa, Domingo de Soto indicaba que el juez, para sentenciar, debía servirse de dos conocimientos, uno de hecho y otro de derecho, los cuales forzosamente debían seguir el camino de las pruebas, es decir, “así como en la ciencia del derecho no debe de seguir su propio parecer, aunque lo considere acertado, sino que debe de guiarse por lo que dicen las leyes, así tampoco en el examen de un hecho debe de atenerse a su particular conocimiento, sino que debe de seguir el testimonio público de los testigos, que es el que las leyes admiten”. Domingo de Soto, *De la Justicia y el derecho*, L. 5, c. 3, art. 2. Para un estudio del sistema probatorio medieval véase: LÉVY, Jean-Philippe, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu’à la fin du XIV siècle*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939.

tir que con este litigio se le había dañado su “fama”, característica personal que, como se sabe, era muy importante en las sociedades del Antiguo Régimen, tal y como nos explica precisamente Domingo de Soto: “según el orden natural de las cosas, si tienes en cuenta su valor y su dignidad, después del homicidio, que nos priva del mayor de los bienes temporales, a continuación debía de tratarse de la detracción y murmuración, que destruyen el honor y la fama; puesto que éstos son más estimados que los bienes exteriores”.<sup>67</sup>

Otros crímenes presentes con gran frecuencia eran los de índole sexual: adulterio, amancebamiento, estupro e incesto. Las *Partidas* advertían que “uno de los mayores yerros que los homes pueden facer es adulterios, de que non se les levanta tan solamente daño, mas aun deshonra”.<sup>68</sup> Adulterio era propiamente el acto de yacer con una mujer casada con otro.<sup>69</sup> Pero podía suceder que si desconociera la condición de la mujer, el crimen no se consumara.<sup>70</sup>

El incesto era considerado especialmente grave, cuestión que ha estado presente en todas las sociedades, modernas y pretéritas y, como nos recuerda Malinowski, es “un axioma de la antropología el hecho de que nada suscita un horror más grande que el quebrantamiento de esta prohibición”.<sup>71</sup> En el derecho castellano el incesto era definido como “muy grant pecado que facen los homes yaciendo con sus parientas ó con sus cuñadas, á que dicen en latin incestus”.<sup>72</sup>

Por su parte, el estupro tenía dos acepciones, una lata y otra estricta. La primera era, “cualquier comercio carnal ilícito con una virgen o con una viuda que vive honestamente, y aún con un niño”, mientras que la segunda era “la ilícita desfloración de una virgen, sin preceder pacto conyugal”.<sup>73</sup> Su pena era la confiscación de la mitad de sus bienes para un noble y azotes públicos y destierro por cinco años para vil.

Solía acontecer que en un mismo acto se consumaran dos crímenes de

67 SOTO, Domingo de, *De la Justicia y del Derecho*, 5, 3, 1. *Op. cit.*

68 Partida 7, 17, proemio.

69 Partida 7, 17, 1.

70 Partida 7, 17, 5.

71 MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985, p. 51.

72 Partida 7, 18, proemio.

73 MURILLO VELARDE, Pedro, *Curso de derecho canónico hispano e indiano* (ed. de varios autores), vol. IV, Colegio de Michoacán-UNAM, Michoacán-Ciudad de México, 2005, pp. 145-148.



naturaleza sexual como en el caso del indio Lucas Juan, natural del pueblo de Culhuacán, a quien se le acusó de estar amancebado con la india Sebastiana. A principios de 1696 el alcalde mayor de Culhuacán dijo haber sido informado de que en su jurisdicción habitaba un indio que había sido visto manteniendo tratos ilícitos con una mujer.

Fue así como el alcalde ordenó su aprehensión, la cual se dio tan sólo unos días después en la casa de Sebastiana. En su declaración, el español Francisco Luis Guerrero dijo que al haber recibido la orden de la captura de Lucas Juan, se presentó en la casa de la india Sebastiana junto con otros dos alcaldes del pueblo y al entrar en la casa vieron que “estaba acostada con Lucas Juan [...] en cueros uno y otro y durmiendo”.<sup>74</sup>

Aunque Juan se dirigió a su casa, al día siguiente fue reprendido por las autoridades, ya que lo hallaron nuevamente en la casa de la india, lo cual era un crimen muy grave pues no sólo estaba amancebado con ella, sino también con su hija, la cual estaba casada. Juan respondería que “ya se había acabado la mala amistad que tuvo con la hija y que todo lo que lleva dicho es público y notorio en el dicho pueblo, pública voz y fama”.

Al ser aprehendido, Lucas Juan diría que era verdad la afirmación de que había “tratado” a la hija de Sebastiana durante dos años, pero hacía cuatro o cinco años la había dejado. Ante la gravedad de la afirmación se le cuestionó a Lucas Juan como no había atendido a la “gravedad del delito y la gravísima ofensa de Dios nuestro señor”, pero Juan confesó que en tres o cuatro ocasiones le había solicitado matrimonio a Sebastiana, pero esta se negó porque sabía que ya había estado amancebado con su hija. Aun así, Lucas insistía en casarse con ella pues no tenía “quien le haga una tortilla”. Por su parte, Sebastiana declaró que conocía a Lucas Juan “desde pequeño” y que apenas hacía poco tiempo se había enterado de la relación entre su hija y el acusado.

Durante sus confesiones, ambos acusados confirmaron sus declaraciones previas. Unos días después, el alcalde y el regidor solicitaron a la autoridad que Lucas Juan fuera puesto en libertad pues había enfermado desde que estaba en la cárcel, por lo que ellos se presentaban como fiadores en dado caso de que el preso intentara huir. La solicitud fue aceptada.

En las conclusiones, el curador de ambos inculpados solicitó la libertad de Lucas Juan “pues no es causa de haber cometido la culpa que se le acumula y más cuando en su declaración y confesión tiene dicha la verdad [...]”. Y cuando esto no sucediere solicitaba “se ha de servir de juzgarlo con piedad aten-

---

74 AGN, Criminal, 236, 1, fs. 1-15.

diendo a ser un pobre indio ignorante que no puede saber lo que se le acumula [...] y atento ha estar el dicho mi parte enfermo y pereciendo pido y suplico, sea servido de sentenciarlo con misericordia, que es justicia que pido”.

Posteriormente los autos fueron enviados a la Real Audiencia en cuya sentencia se informaba que al estar amancebados y en incesto se les condenaba a que su “servicio personal se venda y remate en la persona que más diere y se pongan en distintos obrajes el del dicho Lucas Juan por tiempo de un año en prisiones, y el de dicha india por tiempo de seis meses [...] y se les notifique y aperciba que no lo quebranten ni se comuniquen en público ni privado so pena de cien azotes [...]”.

Como puede observarse, la pena de ambos fue demasiado laxa en comparación con la marcada por la legislación, pues estábamos ante la presencia de un delito especialmente grave como lo era el incesto, aunado a ello estaba el amancebamiento. Sin embargo, deben examinarse los argumentos del curador quien apeló a la “piedad”, a la “misericordia” del juez y a la “enfermedad” del indio.

Además, añadía, se trataba de un “indio ignorante que no puede saber lo que se le acumula”, de esta forma, apelaba a la *rusticitas* y *miserabilitas* del criminal, un argumento muy común en la época, pues de esta forma se le atenuaba su responsabilidad, tal y como lo indicaba Solórzano y Pereyra: “[...] hablando de los rústicos y menores, y que se han de templar sus castigos: porque respecto a su corta edad son más dignos de venia”.<sup>75</sup>

Mas no en todas las ocasiones los inculpados eran declarados culpables de tan atroces delitos y solía ocurrir que la supuesta víctima en realidad mintiera, tal y como aconteció con el indio Juan Telloa del pueblo de Malinalco, quien fue acusado por el crimen de estupro.<sup>76</sup>

En agosto de 1696 se presentó ante el justicia mayor la india Catarina María con la finalidad de denunciar a Juan por haberla estuprado en la casa de la india Magdalena, por lo que solicitaba se le “pagara su virginidad”. El justicia ordenó que Juan fuera puesto preso, lo que se dio al día siguiente de la presentación de la querella.

---

<sup>75</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan, *Política Indiana*, II, 28, 24. Hemos tomado esta esclarecedora cita de ANDRÉS SANTOS, Francisco J. y AMEZUA AMEZUA, Luis C: “La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispanoamericano de los siglos XVI y XVII”, *Revista de historia del derecho* n° 45 (junio 2013), en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842013000100008](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842013000100008).

<sup>76</sup> AGN, Criminal, 139, 24, fs. 363-376.

Juan declaró que desde hacía ya bastante tiempo Catarina le había enviado “muchos recaudos en materia de amor con una india Magdalena”. Ante la negativa de Juan a mostrarle su amor, ella le comunicó que “no era hombre ni sabía hacer nada”. Agregó Juan que el mismo día de la denuncia, Catarina, afuera de la casa de Magdalena, “lo empezó a provocar con amores y que con efecto habiendo entrado de dicha casa, la dicha Catarina se le echó en el suelo al declarante y con efecto la estupró y acabando le dijo la dicha Catarina mira lo que has hecho y no me pagues mal que yo te quiero mucho”.

Magdalena, quien supuestamente había prestado su casa para la consumación del crimen, declaró como testigo e indicó que recordaba haber entregado a Juan recaudos de amor en seis ocasiones. Y un día, que tampoco recordaba, Catarina le dijo que comunicará a Juan “que no fuera ingrato que lo quería mucho y que parece no es hombre ni tenía valor para estar con ella”.

Durante el careo entre ellos, Catarina volvió a pedir que se le pagara “su virginidad pero que no se quería casar con él”. Así, Juan fue puesto en la cárcel, mientras que la estuprada fue dejada en custodia en una casa, de donde no se le permitió salir hasta que la causa fue terminada.

Mediante un auto de suplicación, Juan indicó que la culpa había sido de Catarina por haberlo incitado, mas no quería casarse con ella, por lo que en “descargo de su conciencia” estaba dispuesto a pagarle lo que le fuere ordenado. En su confesión, se le cuestionó si la había estuprado “violentamente” pues de ello dependía una aminoración o un aumento de su pena. A lo que el reo dijo que “cuando estuvo con ella le pareció que no era doncella”, pero que no lo sabía ciertamente “por ser la primera vez que llego a mujer y no tener experiencias de semejante acto”.

También se le preguntó cómo había afirmado que “quizás” no era doncella si nunca antes había mantenido relaciones, a lo que respondió que cierto día, que no recordaba, escuchó de Mateo Clemente, indio del pueblo de San Nicolás: “mira lo que haces y no te metas en nada con ella y aunque se quiera casar contigo no quieras porque yo sé que no es doncella”.

A la anterior confesión se le agregó una petición de Francisco de Herrera, vecino del pueblo, en la que pedía se liberara de la cárcel a Juan, ya que éste era un muchacho “incapaz de razón” y además, por su pusilanimidad, jamás habría tenido el valor de cometer semejante delito.

Agregaba Francisco que si en realidad Juan hubiera estuprado a Catarina, su comportamiento no constituía un crimen, pues existía prueba de que ella lo había incitado “pues se le tendió en el suelo y aquí no hay raptó ni violencia

sino hablando debidamente una simple fornicación”. Otros dos testigos confirmarían la fama de Sebastiana como “mujer pública mundana”. Ante semejante panorama, y sin la posibilidad de que alguien apoyara su dicho, pues su “fama” de mujer pública se lo impedía, se abstuvo de presentar testigos.

En la sentencia de la Sala se concluyó que aunque había habido forzamiento por parte de Juan, Catarina ya no era doncella. Por lo que se condenó al reo a pagar dos pesos por las costas generadas en el proceso y se le absolvió. Pero Catarina no contaría con la misma suerte y se le ordenó no visitar ni provocar a Juan o a algún otro, bajo la pena de que se le pondría en un recogimiento de la Ciudad de México por seis años. Concluía el letrado advirtiéndole a Catarina “que viva bien o se case [...]”.

Aunque en este caso, la pena por estupro forzado hubiera sido demasiado alta -dos años de destierro, nos dicen las Partidas-, en realidad el crimen jamás se perfeccionó pues faltó el elemento de la violencia física. Por su parte, Catarina, a pesar de haber cometido calumnia en contra de Juan, no se hizo merecedora de pena alguna, pues el juez ponderó que en estos casos lo mejor era que se casara y viviera bien.

## V. Conclusiones

Hemos podido observar de modo breve, a través de la casuística judicial, que la práctica de la misericordia era común en la justicia novohispana. Este dato nos permite observar una justicia que perseguía la reparación del vínculo social roto a través de la pena, mas este castigo no era excesivo, ya que ese no era su fin. Vemos así que en el lenguaje del derecho penal secular se buscaba siempre el restablecimiento de la paz, del orden roto, antes que su criminalización. En síntesis: se precisaba de la *correctio*, no de la *sanctio*.

Por consiguiente, nos ha llamado la atención el nivel de operatividad de los tribunales, los cuales actuaban de una manera completamente diferente a la actual; prueba de ello es que el *arbitrium iudicis* debía estar presente en la actividad procesal de los jueces de la época, situación que, deseamos enfatizar, los identificaba con sus colegas de la Monarquía Católica.

Independientemente del crimen de que se tratara, como en el caso de homicidio o del estupro (ambos catalogados como crímenes atroces) la justicia no actuaba jamás de forma represiva. Ésta reflejaba un modelo de clara rai-gambre católica que buscaba el reingreso del criminal al camino de Dios; sólo a través de ella se lograba el reencuentro entre él y el criminal.

Así, la decisión judicial estaba en la cima del orden de prelación y era guiada por la casuística más que por una ley general. Aún no habían llegado los tiempos en los que todo se resolvería conforme al “absolutismo” de la ley: era una justicia de jueces más que de leyes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABAD, Reynald, *La grace du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIIIe siècle*, PUPS, Paris, 2011.
- ADONÓN VIVEROS, Akuavi, *El primer código civil en México: código civil de Oaxaca, 1827-1829*, Tesis de licenciatura de la Escuela Libre de Derecho, México, 1997.
- AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, CEPC, Madrid, 2008.
- AGÜERO, Alejandro, “Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XVI al XVIII”, en LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (coords.), *Manual de Historia del Derecho*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- ALLOZA, Ángel, *La vara quebrada de la justicia. Un estudio histórico sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVII*, Catarata, Madrid, 2000.
- ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII al XVIII*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- ÁLVAREZ ALONSO, Clara, “¿Neoclásicos o prerrománticos? la ilustración penal española entre la barroca prohibición de interpretar las leyes y el principio de legalidad revolucionario”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze, n° 36, 2007, pp. 81-130.
- ÁLVAREZ ALONSO, Clara y AGÜERO, Alejandro, “Penal enlightenment in Spain: from Beccaria’s reception to the first criminal code”, en *Forum Historiae Iuris*: [http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/1211aguero-lorente\\_1.pdf](http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/1211aguero-lorente_1.pdf) [Consultado el 16 de marzo de 2014].
- ÁLVAREZ CORA, Eduardo, “Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna”, en *Rechtsgeschichte*, Frankfurt, n° 17, 2010, pp. 92-125.
- ANDRÉS SANTOS, Francisco J. y AMEZUA AMEZUA, Luis C: “La moderación de la pena en el caso de las personae miserabiles en el pensamiento jurídico hispanoamericano de los siglos XVI y XVII”, en *Revista de historia del dere-*

- cho n° 45 (junio 2013), en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-17842013000100008](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842013000100008).
- AQUINO, Tomás de, *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo, volumen II, 2. El arbitrio y el pecado* (ed. dirigida por Juan Cruz Cruz), EUNSA, Pamplona, 2008.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España (sobre la recepción de la tradición jurídica durante el virreinato)*, UNAM, México, 1993.
- BARTOLI, Roberto, “Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Giuffré Editore, Milano, n° 42, 2013, pp. 101-122.
- BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, FCE, México, 1996.
- CARBASSE, Jean Marie, *Introduction historique au droit pénal*, PUF, Paris, 2014.
- *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 2ª ed, 2006.
- CARBASSE, Jean-Marie y DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999.
- CARONI, Pío, *Lecciones de historia de la codificación*, Universidad Carlos III, Madrid, 2013.
- CASSI, Aldo Andrea, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Giuffré Editore, Milano, 2004.
- CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y prelados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas*, Imprenta de Joachin Ibarra, Madrid, 1759.
- CASTRO, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de derecho*, Joachin Ibarra, Madrid, 1765.
- CASTRO, Alfonso de, *Potestate legis poenalis*, Ex officina Antonii Maria Bergagne Bibliop. Iurat, Lovanii, 1557.
- CLAVERO, Bartolomé, “Codificación y constitución: paradigmas de un binomio”, en *Quaderni Fiorentini*, n° 18, 1989, pp. 79-145.
- Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre*

- delitos del fuero común y para toda la República Mexicana para delitos contra la Federación*, Librería de Donato Miramontes, Chihuahua, 1883.
- COSTA, Pietro, “Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Firenze, vol. 36, tomo I, 2007, pp. 2-39.
- COVARRUBIAS, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Luis Sánchez impresor, Madrid, 1611.
- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of The Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Marthinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013.
- DECOCK, Wim, “The Judge’s Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness”, en MARTYN, Georges, MUSSON, Anthony y PIHLAJAMÄÄKI, Heikki (dir.), *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Duncker and Humblot, Berlin, 2013.
- DUNAITURRIA LAGUARDA, Alicia, *La justicia en Madrid. El arbitrio judicial en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte (1751-1808)*, Dykinson, Madrid, 2010.
- DURAND, Bernard, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVIe au XVIIIe siècle*, Publications de la Société d’histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, Montpellier, 1993.
- DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2014.
- DUVE, Thomas y PIHLAJAMÄÄKI, Heikki (eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Max Planck Institut for European Legal History, Frankfurt am Main, 2015.
- EVANS, G.R., *Law and Theology in the Middle Ages*, Routledge, London, 2002.
- GARCÍA LEÓN, Susana, *La justicia en la Nueva España. Criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos XVII y XVIII)*, Dykinson, Madrid, 2012.
- GARRIGA, CARLOS y LORENTE, Marta, “El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 1, 1996, pp. 97-142.
- GAYOL, Víctor, *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, El Colegio de Michoacán, México, vol. 1, 2007.
- GIULANI, Alessandro y PICARDI, Nicolás (coords.), *L’educazione giuridica. Modelli storici della procedura continentale*, Edizione Scientifiche Italiane, Perugia, 1994.

- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El Corregidor castellano: 1348-1808*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trotta, Madrid, 2013.
- HELLBLING, Ernst C., *Grundlegende Strafrechtsquellen der österreichischen Erbländer vom Beginn der Neuzeit bis zur Theresiana. Ein Beitrag zur Geschichte des Strafrechts in Österreich*, Böhlau, Wien, 1996.
- HERNÁNDEZ MARCOS, Maximiliano, “Conceptual aspects of legal enlightenment in Europe”, en CANALE, Damiano, GROSSI, Paolo y HOFMANN, Hasso (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Springer, New York, 2009, pp. 69-134.
- HERZOG, Tamar, *La administración como un fenómeno social: La justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, CEPC, Madrid, 1995.
- HESPANHA, Antonio Manuel, “De la ‘iustitia’ a la disciplina”, en TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid, 1990.
- JACOB, Robert, “Jugements des hommes et judgment de Dieu à l’aube du Moyen Age”, en JACOB, Robert (ed.), *Le juge et les jugements dans les traditions juridiques européennes*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, pp. 41-50.
- JIMÉNEZ FAJARDO, José, *La esencia del pecado venial en la segunda edad de oro de la teología escolástica*, Facultad teológica de la Compañía de Jesús, Granada, 1944.
- KEENAN, James F. y SHANNON, Thomas A, *The context of casuistry*, Georgetown University Press, Washington, 1995.
- LAINGUI, André, “Le droit penal canonique source de l’ancien droit penal laïc”, en *Églises et pouvoir politique. Actes de journées internationales d’histoire du droit d’Angers*, Université de Angers, Angers, 1987, pp. 213-232.
- LAVENIA, Vincenzo, *L’infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Imprenta de Repullés, Madrid, 2ª ed., 1822.
- LÉVY, Jean-Philippe, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du moyen-âge depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu’à la fin du XIV siècle*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939.
- MAIHOLD, Harald, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien, 2005.



- MALAGÓN-BARCELO, Javier, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, UNAM, México, 1959.
- MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Acerca de la recepción del Ius Commune en el Derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, tomo XV, 2003, pp. 447-523.
- “Ecos cronísticos del rey-juez medieval”, en *Cuadernos de Historia del derecho*, volumen extra, 2010, pp. 303-356.
- MECCARELLI, Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Giuffrè Editore, Milano, 1998.
- MECCARELLI, Massimo, “La dimensión doctrinal del proceso desde una perspectiva de historia de la justicia criminal, a la luz de la lección historiográfica de Mario Sbriccoli”, en CONTE, Emanuele y MADERO, Marta (eds.), *Procesos, inquisiciones, pruebas*, Manantial, Buenos Aires, 2009, pp. 14-23.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *El nuevo pasado jurídico mexicano*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.
- MINOIS, Georges, *Le confesseur du roi. Les directeurs de conscience sur la monarchie française*, Fayard, Paris, 1988.
- MOLINA, Luis de, *De Iustitia et Iure. Opera omnia, tractatibus quinque, tomisque totidem comprehensa. Editio novissima*, tomus quartus, Marci-Michaelis Bousquet, Coloniae Allobrogum, 1733.
- MONTANOS FERRÍN, Emma, “La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 74, 1988, pp. 399-441.
- MORIGIWA, Yasutomo, STOLLEIS, Michael y HALPERIN, Jean-Louis (eds.), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the rule of the King to the rule of Law*, Springer, Heidelberg-London-New York, 2011.
- MURILLO VELARDE, Pedro, *Curso de derecho canónico hispano e indiano* (ed. de varios autores), vol. IV, Colegio de Michoacán-UNAM, Michoacán-Ciudad de México, 2005.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *La persona en el derecho civil (historia de un concepto)*, Porrúa, México, 2005.
- ORLANDIS, José, “Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 16, 1945, pp. 112-192.
- “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 18, 1947, pp. 61-165.

- ORTEGO GIL, Pedro, “Notas sobre el arbitrio judicial usque ad mortem”, en *Cuadernos de Historia del derecho*, extra 1, 2004, pp. 212-232.
- PADOA-SCHIOPPA, Antonio, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Il Mulino, Milano, 2003.
- PEREDA, Julián (comp.), *Covarrubias penalista*, Bosch, Barcelona, 1959.
- RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, “Las reformas borbónicas en el derecho penal y de policía criminal de la España dieciochesca”, en *Forum Historiae Iuris*: <http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/1001ramos.pdf> [Consultado el 17 de marzo de 2014].
- RIPA, Cesare, *Iconologia overo descrizione di diverse imagini cavate dall'antichità, e di propria inventione*, Apresso Lepido Faeij, 1593.
- RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada, *El perdón real en Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971.
- ROLKER, Cristof, *Canon Law and The Letters of Ivo of Chartres*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- ROSELLÓ SOBERÓ, Estela, *Así en la Tierra como en el cielo: manifestaciones religiosas de la culpa y el perdón en los siglos XVI y XVII en la Nueva España*, El Colegio de México, México, 2006.
- ROUSSEAU, Xavier, “From medieval cities to national states, 1350-1850. The historiography of crime and criminal justice in Europe”, en EMSLEY, Clive y KNAFLA, Louis A. (eds.), *Crime history and histories of crime. Studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history*, Greenwood Press, Connecticut, 1996, pp. 4-22.
- SAAVEDRA Y FAJARDO, Diego de, *Idea de un príncipe político christiano representada en cien empresas*, Apud Ioh Iaussonum Iuniore, Amsterdam, 1664.
- SCHNAPPER, Bernard, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècles. Doctrines savant et usages français*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1974.
- SCHULZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- SÉNECA, Lucio Anneo, *Tratado sobre la clemencia* (2ª edición bilingüe y estudio de Carmen Codoñer Merino), Tecnos, Madrid, 2007.
- SPECKMAN GUERRA, Elisa y CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, “La justicia penal: estado actual de la investigación histórica”, en ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga y GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, UNAM-INACIPE, México, 2011, 291-304.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, “La Administración de Justicia inferior en

- la Ciudad de México a finales de la época colonial. I. La punición de la embriaguez en los Libros de Reos (1794-1798)”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, nº 7, 2000, pp. 309-456.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen: España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 9-46.
- SEELMANN, Kurt, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Nomos, Baden-Baden, 1997.
- *Thomas Von Aquin am Schnitpunkt. Von Recht und Theologie*, Luzerner Hochschulreden, Lucerne, 2000.
- SOTO, Domingo de, *Summa de la doctrina Christiana: Copilada y declarada por Fray Domingo de Soto, de la orden de Sancto Domingo*, Casa de Andrea de Portonaris, Salamanca, 1552.
- *De iustitia et iure* (edición bilingüe de varios autores), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil* (traducción de Lorenzo Córdova Vianello), TEPJF, México, 2006.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 1992.
- TIRAQUEAU, André, *De poenis temperandis (1559)* (introducción, traducción y notas de André Laingui), Economica, Paris, 1986.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.
- TRASLOSHEROS, Jorge, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1688*, Porrúa-Universidad Iberoamericana, México, 2004.
- VALLEJO, Jesús, “La regulación del proceso en el Fuero Real. Desarrollo, precedentes y problemas”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t 55, 1985, pp. 495-704.
- VAN CAENEGEM, R.C., “Reflexions on rational and irrational modes of proof in medieval Europe”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 58, 1990, pp. 263-279.
- “The modernity of medieval law”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, vol. 68, 2000, pp. 313-329.
- VILLADIEGO, Alonso de, *Instrucción política y practica judicial conforme al*

*estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte, y otros ordinarios del reyno, utilissima para los gobernadores, y Corregidores, y otros Jueces Ordinarios, y de Comisión, y para los Abogados, Escrivanos, Procuradores, y Litigantes*, Oficina de Antonio Marin, Madrid, 1766.

VOLKER, Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nula poena sine lege"*, De Gruyter, Berlin, 1983.

WHITMAN, James Q., *The origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, New Haven, 2008.

ZAVALA, Silvio, *Las Instituciones Jurídicas en la conquista de América*, Porrúa, México, 1971.

# LA CONFLICTIVIDAD JURISDICCIONAL EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA CRIMINAL DE LA EDAD MODERNA: DESENCUENTRO Y CONCILIACIÓN ENTRE LOS JUECES ECLESIASTICOS Y LEGOS

Dra. Belinda Rodríguez Arrocha

## I. Introducción: la conflictividad jurisdiccional en la Monarquía hispánica

Los desencuentros entre los oficiales reales y los miembros del estamento eclesiástico han constituido un frecuente objeto de análisis desde las más diversas perspectivas ideológicas e historiográficas. La historia legal, eclesiástica y social han puesto de relieve, a lo largo de las décadas, diferentes factores que incidían en estos desencuentros, desde el acrecentamiento del prestigio social frente a otras autoridades, hasta la imperfecta delimitación de las competencias<sup>1</sup>. En este sentido, la conflictividad jurisdiccional en la Edad Moder-

---

1 Algunos interesantes estudios sobre las relaciones entre las potestades eclesiástica y real han estado vertebrados en torno a la consolidación del pensamiento regalista en la Edad Moderna. Véase, en este sentido: ALONSO, S. *El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1665). Contribución a la historia del regalismo español*, CSIC-Instituto “San Raimundo de Peñafort”, Salamanca, 1973.

Los exhaustivos trabajos sobre los tribunales seculares han incidido en la conflictividad jurisdiccional, como en: FERNÁNDEZ VEGA, L. *La Real Audiencia de Galicia, órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, Diputación Provincial de La Coruña, La Coruña, 1982, 2 vols.

Una interpretación de la proyección de las autoridades eclesiásticas desde la perspectiva social, pertenecientes a diversos enclaves hispánicos, viene en: BARRIO GOZALO, M. “La jerarquía eclesiástica en la España moderna. Sociología de una élite de poder (1556-1834)”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 25 (2000), pp. 17-59; CONNAUGHTON, B. y RUIZ MEDRANO, C.R. (coords.), *Dios, religión y patria: intereses, luchas e ideales socio-religiosos en México, siglos XVIII-XIX. Perspectivas locales*, El Colegio de San Luis, San Luis Potosí, 2010; CRESPO MARTÍNEZ, D. “Aproximación al panorama ideológico en las Canarias de finales del XVIII: el rectorado del Seminario Conciliar 1782-1792”, en MORALES PADRÓN F. (coord.), *XVII Coloquio de Historia Canario-Americana (2006)*, Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, pp. 1984-1993; LINAGE CONDE, A. “Un enfrentamiento entre las potestades eclesiástica y municipal en Sepúlveda en las postrimerías del Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. L (1980), pp. 623-638; MARTÍNEZ RUIZ, E. y SUÁREZ GRIMÓN, V. (eds.): *Iglesia y sociedad en el Antiguo Régimen. III Reunión científica. Asociación española de Historia Moderna*,

na habría venido originada en buena parte por la propia organización judicial, establecida por la acumulación de tribunales implantados en diferentes momentos históricos<sup>2</sup>. La determinación de la competencia daba lugar, con frecuencia, a la dilación del proceso y a la pérdida de eficacia del poder judicial. En este sentido, la justicia eclesiástica ordinaria estaba organizada en base a diferentes tribunales que conocían de las causas en primera, segunda y tercera instancia. A los tribunales metropolitanos remitían en apelación las causas iniciadas en los primeros, y su poder judicial se extendía por la unidad arzobispal<sup>3</sup>. El tribunal de la Nunciatura Apostólica era la máxima entidad que representaba a la autoridad papal en el territorio español del Antiguo Régimen. La actividad judicial era desarrollada en los tribunales eclesiásticos por el obispo que, a su vez, podía designar a un provisor o vicario general

---

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas, 1994, vol. 1 y PONCE LEIVA, P. “Redes sociales y ejercicio del poder en la América Hispana: consideraciones teóricas y propuestas de análisis”, en *Revista Complutense de Historia de América* 34 (2008), pp. 15-42.

Véanse también: DOMÍNGUEZ ORTIZ, A. “Regalismo y relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVII”, en MESTRE SANCHIS, A. (dir.), *Historia de la Iglesia en España. La Iglesia en la España de los siglos XVII y XVIII*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1979, pp. 73-121; “La monarquía, los poderes civiles y la Inquisición, un arbitraje difícil”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol II, pp. 1587-1599 y *Estudios de la Inquisición española*, Comares, Granada, 2010 y RUIZ RODRÍGUEZ, I. “La Inquisición siciliana”, en *Revista de la Inquisición* 9 (2000), pp. 101-112.

La significación política de los conflictos entre las autoridades ha sido puesta de manifiesto en: COLAS LATORRE, G. y SALAS AUSENS, J.A. *Aragón en el siglo XVI: alteraciones sociales y conflictos políticos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982; GARCÍA CÁRCEL, R. “La Inquisición en la Corona de Aragón”, en *Revista de la Inquisición* 7 (1998), pp. 151-163; RIVERO RODRÍGUEZ, M. “Corte y Poderes provinciales: el virrey Colonna y el conflicto con los Inquisidores de Sicilia”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 14 (1993), pp. 73-101; RUIZ IBÁÑEZ, J.J. “Las jurisdicciones de la Monarquía: la resistencia a la actuación inquisitorial en Murcia (1622)”, en *Revista de la Inquisición* 4 (1995), pp. 249-262 y SCIUTI RUSSI, V. “La supresión del Santo Oficio de Sicilia”, en *Revista de la Inquisición* 7 (1998), pp. 309-319.

Asimismo, una esclarecedora síntesis sobre el regio patronato, cuyas manifestaciones implicaron múltiples desencuentros en los territorios hispánicos de la Edad Moderna, viene dada en: BÉTHENCOURT MASSIEU, A. de, “El real patronato”, en *Anuario de Estudios Atlánticos* 48 (2002), pp. 155-214. Véase también RIBADENEYRA Y BARRIENTOS, A.J. de, *Manual compendio del regio patronato indiano*, Antonio Marín, Madrid, 1755.

<sup>2</sup> VILLALBA PÉREZ, E. *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Actas, Madrid, 1993, pp. 37-38.

<sup>3</sup> Véase HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, Ramón Ruiz, Madrid, 1790, pp. 22-24.

con potestad para juzgar los casos no reservados estrictamente a la autoridad episcopal<sup>4</sup>. El teniente vicario actuaba más bien como otro provisor, con la misma efectividad jurídica en sus actuaciones y sentencias, si bien procedía con separación de asuntos e independencia de resoluciones. La instrucción posterior de la causa era llevada a cabo por un importante número de profesionales, como los notarios, fiscales, procuradores y otros intervinientes que desarrollaban las actividades burocráticas. Los pleitos suscitados por las partes litigantes en primera instancia debían ser resueltos bajo la potestad del obispo, a menos que concurriera una previa exención de esa autoridad, hecho que implicaba la traslación al tribunal correspondiente<sup>5</sup>.

En los procesos eclesiásticos las partes actuaban bajo la representación de abogados y procuradores<sup>6</sup>. Los párrocos debían quedar sometidos a la competencia de la curia diocesana de justicia, pero en la práctica se atribuyeron la facultad de imponer multas a los seglares como sanción a sus pecados públicos, pese a las prohibiciones de la legislación regia. Dado el escaso grado de protección o cura de almas que suponía el ejercicio de la coacción implícita a la jurisdicción, se le otorgó a los obispos la posibilidad de nombrar a una persona que impartiera justicia en su lugar. Era un nombramiento, y no

---

4 La figura del provisor fue modelada por ambos derechos. El canónico exigía que fuera clérigo, de nacimiento legítimo, mayor de veinticinco años, poseedor de titulación jurídica universitaria y órdenes mayores (para España esta obligación fue impuesta por la bula *Decet* de Clemente VIII, con eficacia real, pese a que tuvo dificultades en el pase regio). No obstante, el número de provisos variaba en función de la diócesis y de cada ejercicio episcopal. Era requisito común el nombramiento por escrito, en el que se fijaban las atribuciones del provisor. A diferencia de los antiguos arcedianos, no cabía apelación desde el provisor ante el obispo, sino ante la sede metropolitana. Si lo destituía, el cesado podía protestar y el obispo destituyente debía exponer sus razones ante el sínodo correspondiente. Véase: PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M.: « El Tribunal eclesiástico (sobre el aforamiento y la estructura de la Curia diocesana de justicia) », en MARTÍNEZ RUIZ, E; DE PAZZIS, M. (coords.). *Instituciones de la España Moderna. Las Jurisdicciones*, Actas, Madrid, 1996, pp. 143-170.

5 Una esclarecedora síntesis sobre el proceso eclesiástico viene contenida en: BENLLOCH POVEDA, A. “Jurisdicción eclesiástica en la Edad Moderna: el proceso”, en MARTÍNEZ RUIZ, E; DE PAZZIS, M. (coords.). *Instituciones de la España Moderna. Las Jurisdicciones*. *Op. cit.* pp. 113-142.

6 Para un mejor conocimiento de las funciones de los intervinientes en los procesos eclesiásticos y de los miembros de los cabildos catedralicios, recomendamos el examen del curso de MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano* (ed. de varios autores), Colegio de Michoacán-UNAM, Michoacán-México D.F, 2005.

una delegación, y, en consecuencia, la persona designada actuaba como un juez con independencia y responsabilidad propias. La potestad episcopal, al mismo tiempo, se mantenía en la integridad de sus funciones. La concesión podía ser anulada o trasladada. Las pautas de organización y actuación de la curia diocesana de justicia sirven de modelo a los tribunales metropolitanos y a las sedes exentas, si bien habían sido inspiradas en la jurisdicción pontificia<sup>7</sup>. En líneas generales la jurisdicción diocesana constituía la base de control del orden moral de la población y su actividad se vio restringida con el desarrollo y fortalecimiento de la actividad inquisitorial<sup>8</sup>. Precisamente los conflictos planteados entre el Santo Oficio y los jueces seculares y eclesiásticos ordinarios han sido abordados desde los albores de la historia del derecho y continúan siendo objeto de debate hasta la actualidad y desde diversos enclaves geográficos<sup>9</sup>. Es necesario señalar que en la primera mitad del siglo XVI los desencuentros entre los tribunales seculares y los inquisitoriales eran

---

7 PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, J.M. « El Tribunal eclesiástico (sobre el aforamiento y la estructura de la Curia diocesana de justicia) ». *Op. cit.*

8 PÉREZ MUÑOZ, I. *Pecar, delinquir y castigar: el tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII*, Institución Cultural “El Brocense”-Excma. Diputación Provincial de Cáceres, Cáceres, 1992, pp. 16-19.

9 La historiografía tradicional puso de relieve las rivalidades existentes entre los dignatarios eclesiásticos y las autoridades seculares, así como entre las diversas instituciones eclesiásticas de los diversos territorios incorporados a la corona de Castilla, como podemos observar en los señeros: CUEVAS, M. *Historia de la Iglesia en México*, tomo IV (7ª ed. de J. Gutiérrez Casillas), Porrúa, México D.F. 2003; DARIAS PADRÓN, D; RODRÍGUEZ MOURE, J; BENÍTEZ INGLOTT, L. *Historia de la religión en Canarias*, Cervantes, Sta. Cruz de Tenerife, 1957; EGAÑA, A. de, *Historia de la Iglesia en la América española. Desde el Descubrimiento hasta comienzos del siglo XIX. Hemisferio sur*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966; GARCÍA ORO, J; PORTELA SILVA, M.J. *La Iglesia de Canarias en el Renacimiento: de la misión a la diócesis: estudio histórico y colección diplomática*, Cabildo de Fuerteventura, Puerto del Rosario, 2005; MEDINA, J.T. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México* (2ª ed), Dirección de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México D.F, 2010 e *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, Fondo Histórico y Bibliográfico J. T. Medina, Santiago de Chile, 1956, 2 tomos; RONQUILLO RUBIO, M. *Los orígenes de la Inquisición en Canarias, 1488-1526*, Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1991; SERRA RAFOLS, E. “Recurso del obispo Dr. Cámara y Murga ante el rey por abuso de fuerza de las autoridades locales, 1633 (¿)”, en *Revista de Historia* t. XVII, nº 93-96 (1951), pp. 119-124 y VIERA Y CLAVIJO, J. *Historia de Canarias* (6ª ed. de Alejandro Cioranescu), Goya, Sta. Cruz de Tenerife, 1967-1971, tomo II.



resueltos por el rey a través de las cédulas reales y siempre a favor de la jurisdicción del Santo Oficio<sup>10</sup>. A partir de 1568, en virtud de la promulgación de las concordias, la respuesta a los conflictos planteados es más compleja. Desde este año y hasta 1626 se resuelven atendiendo a criterios particulares en la relación con cada uno de los consejos de la monarquía, y en último término, acudiendo a la instancia real. Desde el citado año del siglo XVII y hasta finales del siglo los problemas de jurisdicción se resuelven en el seno de la Junta de Competencias<sup>11</sup>. Los conflictos nunca hallan una resolución definitiva, pues son confusas las causas que los provocan en cada uno de los supuestos, debido a las complicadas atribuciones jurisdiccionales<sup>12</sup>. En consecuencia, no es de extrañar que en 1696 tuviera lugar una reunión de representantes de los Consejos en la Junta Magna y que las desavenencias persistieran en el siglo XVIII<sup>13</sup>, como pusieron de relieve Jordán de Asso y Miguel de Manuel

10 Una visión global y sintética sobre el rol del Santo Oficio en el contexto de la Edad Moderna española viene ofrecida en: KAMEN, H. *La Inquisición española*, Crítica, Barcelona, 1985.

11 Véase: GARCÍA-BADELL ARIAS, L.M. “La Junta Grande de Competencias de Felipe IV: Rey, nobleza y Consejos en la Monarquía Católica”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* vol. Extraordinario (2004), pp. 105-136.

12 Desde la perspectiva de la historia del derecho y de las instituciones es ineludible la consulta de: MAQUEDA ABREU, C. “Conflictos jurisdiccionales y competencias en la Castilla del siglo XVII. Un caso ilustrativo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol. II, pp. 1567-1586; *Estado, Iglesia e Inquisición en Indias. Un permanente conflicto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000 y de “Los conflictos de competencias. Una muestra en el tribunal inquisitorial de Nueva España” en VVAA. *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 1998, pp. 329-364.

13 Los conflictos de los inquisidores con otros jueces en el siglo XVIII son abordados en monografías como: ARANDA MENDÍAZ, M. *El tribunal de la Inquisición de Canarias durante el reinado de Carlos III*, ULPGC, Las Palmas, 2000.

Para una mejor comprensión de las transformaciones operadas en el ejercicio de la justicia secular en el período borbónico, véanse: CORONAS GONZÁLEZ, S.M. “La reforma judicial de Aranda (1766-1771)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVIII (1998), pp. 45-81; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M.C. “Notas sobre la reforma del Consejo de Castilla en 1713”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXIX (1999), pp. 547-577; NIETO, A. “Gobierno y Justicia en las postrimerías del Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho. Homenaje al profesor Dr. D. José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco* (2004), pp. 189-202; OJEDA BÁEZ, F. “El poder político y la administración de justicia en la isla de Fuerteventura a fines del Antiguo Régimen: una aproximación histórica”, en MORALES PADRÓN, F. (Coord.) *XII Coloquio de Historia Canario-Americana*

en sus *Instituciones del derecho civil de Castilla*, libro en el que aluden a las distinciones entre el fuero eclesiástico y el secular, ofreciendo una didáctica síntesis entre la Nueva Recopilación, la *Curia* de Hevia y la *Política* de Castiello<sup>14</sup>. Durante los dos siglos anteriores las competencias de jurisdicción se habían determinado, en última instancia, en virtud del parecer de los Consejos. La promulgación de las concordias jugaría también un papel relevante como modo de resolución de conflictos jurisdiccionales<sup>15</sup>. Asimismo y en lo que respecta a los conflictos del Santo Oficio con la justicia secular, en 1615 se dispuso, para que se guardara lo que estaba ordenado en las concordias, la reunión del oidor más antiguo con el inquisidor más veterano para tratar los casos de competencia, como estaba previsto desde 1570. Si no llegaban a un acuerdo, debían remitir los procesos a sus respectivos Consejos, para que entre ambos determinaran la solución que estimaran oportuna. En la mencionada Junta Magna de 1696 se impulsó la búsqueda de estrategias para resolver en el ámbito de las Indias los notorios conflictos de competencias, pese a la publicación y circulación de las concordias y de las normas reales<sup>16</sup>.

---

(1996), Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, tomo II, pp. 753-774 y PORRAS ARBOLEDAS, P.A. “El Cuaderno de Denuncias de Baena (Córdoba) en 1798. La administración de justicia en causas de policía rural a finales del Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003), pp. 127-155.

14 JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. *Instituciones del derecho civil de Castilla* (6ª ed.), Real Compañía, Madrid, 1805, pp. 251-252.

Recomendamos asimismo la lectura de la edición facsímil de Madrid, 1792, publicada en 1984 por Lex Nova. La consulta de este libro destinado al aprendizaje del derecho real posee además la cualidad de presentar las diferencias procesales y normativas de los territorios aragoneses con respecto a los castellanos.

15 Véase: ESCUDERO LÓPEZ, J.A. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Gráficas Solana, Madrid, 1987, pp. 794-795.

Un ilustrativo ejemplo de concordia de mediados del siglo XVI, tendente a la resolución de los conflictos competenciales relativos a las causas criminales que implicaban a los ministros y familiares del Santo Oficio, viene dado en: BALANCY, E. *Violencia civil en la Andalucía Moderna (ss. XVI-XVII). Familiares de la Inquisición y banderías locales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999, pp. 249-255.

16 Para una profundización en el conocimiento del derecho y de los tribunales implantados en Indias véanse: ANDRÉS-GALLEGO, J. *Derecho y justicia en la España y la América prerrevolucionarias*, Fundación Histórica Tavera, Madrid, 2000; BARRIOS PINTADO, F. (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cortes de Castilla-La Mancha-Ediciones de la Universidad de Castilla-La

Establecieron que en los casos de competencia, en un plazo de cuarenta días, el inquisidor más antiguo y el ministro decano de la audiencia de su distrito debían concurrir en una sala del palacio del virrey, llevando los autos hechos por sus tribunales respectivos. Si no llegaban a un acuerdo en esta reunión, tenían que consultar al virrey, que decidía la competencia, contando con el voto consultivo de dos ministros -procurando que uno de ellos fuera eclesiástico-. Casi siempre los conflictos que daban lugar a las competencias entre el Santo Oficio y las autoridades seculares derivaban de las causas criminales de los familiares y oficiales de la Inquisición, que se consideraban exentos de la jurisdicción real por mor del otorgamiento del fuero inquisitorial<sup>17</sup>. En las postrimerías del siglo XVIII la resolución de las competencias entre las diferentes jurisdicciones seguía estando presente en los libros de práctica judicial, como puso de manifiesto Vizcaíno en sus menciones a las reales cédulas borbónicas destinadas a dirimir los conflictos. En este sentido, en la real

---

Mancha, Cuenca, 2002, vol. I; BARRIOS, F. (coord.), *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América hispánica*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004; BIEŃKO DE PERALTA, D. y BRAVO RUBIO, B. (coords.), *De sendas, brechas y atajos. Contexto y crítica de las fuentes eclesiásticas, siglos XVI-XVIII*, Instituto Nacional de Antropología e Historia-Escuela Nacional de Antropología e Historia, México D.F, 2008; BRAVO LIRA, B. “Judex, minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXI (1991), pp. 11-163; DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, R. y GAYOL, V. (coords.), *El gobierno de la justicia. Conflictos jurisdiccionales en Nueva España (s. XVI-XIX)*, El Colegio de Michoacán-Archivo Histórico del Municipio de Colima, Zamora, 2012; DUVE, T. *Información bibliográfica para el estudio del derecho canónico indiano*, Ediciones de las tres lagunas, Buenos Aires, 2012; GARCÍA GALLO, A. “La Nueva recopilación de las Leyes de Indias de Solórzano Pereira”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXI-XXII (1951-1952), pp. 529-606; “La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXI-XXII (1951-1952), pp. 607-730; “La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XLIV (1974), pp. 157-200; LA PUENTE BRUNKE, J. de; GUEVARA GIL, J.A. (eds.), *XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Derecho, instituciones y procesos históricos*, Instituto Riva-Agüero-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, tomo II; OTS CAPDEQUÍ, J.M. *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Losada, Buenos Aires, 1945 y VVAA. *Estructuras, gobierno y agentes de la administración en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Casa-Museo de Colón-Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1984.

17 MAQUEDA ABREU, C. *Estado, Iglesia e Inquisición en Indias. Un permanente conflicto*. Op. cit, pp. 93-134.

cédula de 30 de marzo de 1789 se establecía que, en caso de competencia entre tribunales, debían pasar las causas a los respectivos fiscales. De común acuerdo necesitaban resolver la cuestión<sup>18</sup>.

El propósito principal de este capítulo es el examen de las causas y los métodos de resolución de los conflictos competenciales entre los jueces seculares y los eclesiásticos ordinarios en el ámbito de la justicia criminal<sup>19</sup>. Nuestra

18 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*, Viuda de Ibarra, Madrid, 1797, tomo I, pp. 180-190.

19 La comprensión de las características fundamentales del derecho criminal del Antiguo Régimen y del proceso secular conlleva la obligatoria consulta de: ALONSO ROMERO, M.P. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca-Diputación Provincial de Salamanca, Salamanca, 1982; BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas* (traducción de J.A. de las Casas), Tecnos, Madrid, 2008; BERMEJO CABRERO, J.L. “Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del antiguo régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVI (1986), pp. 683-727; CERDÁN DE TALLADA, T. *Visita de la cárcel y de los presos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1574; GÓMEZ, A. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro, escrito por Pedro Nolasco de Llano* (edición facsímil de la de Imprenta de Joseph Doblado, Madrid, 1785), Analecta, Pamplona, 2002; FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Imprenta Real, Madrid, 1672; PÉREZ MARCOS, R.M. “Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXV (2005), pp. 755-801; PRADILLA, F. de la, *Suma de las leyes penales* (ed. facsímil de la de Madrid, Imprenta del Reyno, 1639), Lex Nova, Valladolid, 1996; SAINZ GUERRA, J. *La evolución del Derecho Penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M. *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004; SANZ, M.C. *Modo y forma de instruir y substanciar las causas criminales*, Joseph Doblado, Madrid, 1796; TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969 y VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal. Op. cit.*

Una obra de referencia para el conocimiento del derecho y el proceso criminal de las postrimerías del Antiguo Régimen es: MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica criminal de España* (3ª ed), Fermín Villalpando, Madrid, 1824, 3 tomos.

Asimismo es esclarecedora la lectura de artículos como: FERNÁNDEZ VARGAS, V. “Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXVIII (1968), pp. 629-634; HESPANHA, A.M. “Da iustitia a disciplina. Textos, poder e política penal no antigo regime”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVII (1987), pp. 493-578; ORTEGO GIL, P. “Innocentia praesumpta: absoluciones en el Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003), pp. 71-125; “Notas sobre el arbitrio judicial <usque ad mortem> en el Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho. Ho-*

disertación está vertebrada fundamentalmente sobre el análisis de la *Política* de Jerónimo Castillo de Bobadilla; atención motivada por el poderoso influjo que ejerció sobre las obras posteriores que abordaron el ejercicio del gobierno y de la justicia en el ámbito hispánico<sup>20</sup>. En absoluto obviaremos las referencias a otros autores modernos imbuidos de un propósito pragmático, como Hevia o Vizcaíno. En relación a los conflictos entre los tribunales eclesiásticos y los militares, nos detendremos fundamentalmente en el examen de los autores más difundidos del siglo XVIII, dada la señera relevancia que los oficiales del ejército adquirirán en la esfera pública durante esta centuria.

## II. Desde el “mos italicus” tardío: Castillo de Bobadilla y la conflictividad jurisdiccional

### 1. Las competencias de los tribunales eclesiásticos: un esbozo de sus límites y las excepciones al fuero privilegiado

A lo largo de los capítulos diecisiete, dieciocho y diecinueve del libro se-

---

*menaje al profesor Dr. D. José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco* (2004), pp. 211-233 y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A. “La sogá y el fuego. La pena de muerte en la España de los siglos XVI y XVIII”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 15 (1994), pp. 13-39.

La necesidad del conocimiento de los orígenes y el desarrollo histórico de los postulados penales ha sido puesta de relieve en: COBO DEL ROSAL, M. “Digresiones sobre la historicidad del Derecho Penal”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. extraordinario (2004), pp. 87-96.

Asimismo, el pensamiento teológico relativo a los delitos en la Edad Moderna ha sido abordado en: CRUZ CRUZ, J. *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, EUNSA, Pamplona, 2009 y CRUZ CRUZ, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, EUNSA, Pamplona, 2010.

Las manifestaciones de la violencia en Castilla continúan, en todo caso, generando interpretaciones desde la perspectiva social, como puede apreciarse en: CARRASCO MARTÍNEZ, A. *et alii, Conflictos y sociedades en la historia de Castilla y León. Aportaciones de jóvenes historiadores*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2010.

Una perspectiva cuantitativa de los procesos penales de la temprana Edad Moderna en Castilla está presente en LAS HERAS SANTOS, J.L. de, *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991.

20 Para una mejor comprensión de la trayectoria personal y profesional de Castillo de Bobadilla, véase TOMÁS Y VALIENTE, F. “Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XLV (1975), pp. 159-238.

gundo del primer tomo de su *Política* Castillo desarrolló los límites de la jurisdicción eclesiástica, el contenido de las competencias de la jurisdicción real en los casos de fuero mixto y las actuaciones que lícitamente podía protagonizar el corregidor en aras de la defensa de la jurisdicción real<sup>21</sup>. La primera edición de la *Política* es de 1597, publicada en Madrid. Redactada a lo largo de la década de los noventa del siglo XVI, en 1595 estaba prácticamente concluida. Desde el punto de vista estrictamente jurídico la *Política* está estrechamente vinculada al *mos italicus* tardío, en la medida en que presenta un notorio apego a la doctrina del derecho común y, más concretamente, al prestigio del Derecho romano y de sus comentaristas, amén del método escolástico<sup>22</sup>. Presenta un conocimiento de carácter acumulativo y casuista. Cita con prolijidad textos romanos y canónicos, y menciona frecuentemente a los glosadores y a los contemporáneos suyos, tanto civilistas como canonistas<sup>23</sup>. La edición de 1608 ya contenía los expurgos efectuados por el censor inquisitorial<sup>24</sup>. Las

---

21 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*, Luis Sánchez, Madrid, 1597, t. I, pp. 881-1156.

Una recomendable síntesis sobre las funciones de los jueces seculares en el Antiguo Régimen es: ROLDÁN VERDEJO, R. *Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1989.

22 Algunos interesantes trabajos relativos a la proyección del *mos italicus* en la Península Ibérica son: ALONSO Y LAMBÁN, M. “Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXIII (1963), pp. 625-637; GARCÍA Y GARCÍA, A. *Derecho común en España: los juristas y sus obras*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991 y GUZMÁN, A. “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. L (1980), pp. 851-890.

23 La poderosa influencia de los juristas del derecho común sobre la evolución del derecho positivo occidental y la difusión de los juristas castellanos en el ámbito flamenco han sido dos temas abordados recientemente en: DECOCK, W. *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus-Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2013.

La reflexión sobre la interacción histórica entre el derecho positivo y la conciencia está además presente en: PRODI, P. *Cristianesimo e potere*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 163-178.

24 La amplia difusión de la obra implicó su circulación por lejanos enclaves de la corona castellana, como en el caso de las Islas Canarias. Para profundizar en el conocimiento de la implantación de las instituciones reales y de su evolución en el Archipiélago, véanse: RODRÍGUEZ BENÍTEZ, P.J. “La crisis del modelo dual de justicia y regimiento: la concentración de poder en manos de la oligarquía de la isla de La Palma durante el siglo XVIII”, en *Revista de Historia Canaria* 185 (2003), pp. 249-275 y SEVILLA GONZÁLEZ,

correcciones fueron escasas y afectaron tan sólo a los párrafos que la Inquisición consideró peligrosos para las prerrogativas de la jurisdicción eclesiástica, la inmunidad de los bienes eclesiásticos o de la superioridad y excelencia del estamento clerical<sup>25</sup>. No es de extrañar, en consecuencia, que el extenso capítulo dieciocho, abundante en alusiones a los conflictos entre los jueces eclesiásticos y los seculares, experimentara el expurgo de párrafos enteros<sup>26</sup>.

Los límites del privilegio del fuero eclesiástico también están presentes en la obra de Juan de Hevia, que presenta una esclarecedora síntesis sobre la Nueva Recopilación, las sesiones del concilio tridentino y los juristas del derecho común y de la doctrina criminalista castellana, amén de las referencias a la *Política* de Castillo. Alude al contenido del privilegio de los clérigos de primera tonsura o de órdenes menores, de los caballeros de las órdenes militares, de los ermitaños, de las franciscanas terciarias, de los familiares del Santo Oficio y de los estudiantes<sup>27</sup>. Es necesario señalar que en su *Curia Philippica* Hevia manifestó su dilatada experiencia profesional en el ámbito procesal. El práctico asturiano ejerció como oficial de escribanos antes de pasar a Indias, donde, entre otras funciones, desempeñó la de receptor de número de la audiencia de Quito a finales del siglo XVI. La primera edición de su obra data de 1603 y vio la luz en Lima<sup>28</sup>.

---

M.C; DÍAZ PADILLA, G. *El libro de Acuerdos de Cabildo relativo al nombramiento de los Alcaldes Mayores de La Gomera. 1775-1816. Estudio del alcance de algunas reformas de Carlos III*, Ayuntamiento de San Sebastián de La Gomera, San Sebastián de La Gomera, 1996.

25 Para un mayor conocimiento de la práctica de la censura inquisitorial sobre los libros de carácter jurídico en el Antiguo Régimen véase: ÁLVAREZ CORA, E. “Expedientes de censura y licencias de libros jurídicos en los últimos años del siglo XVIII y principios del XIX”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXIII (2003), pp. 289-314.

26 El análisis jurídico de la voluminosa obra fue abordado en GONZÁLEZ ALONSO, B. “Estudio preliminar”, en CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para corregidores y señores de vassallos* (ed. facsímil de la de Juan Bautista Verdussen, Amberes, 1704), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, t. I, pp. 9-36.

Véase, para un mejor conocimiento del grado del expurgo, la edición de Sebastián de Cormellas, Barcelona, 1624, 2 tomos.

27 HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philippica*. *Op. cit.* pp. 177-181.

28 Véanse: CORONAS GONZÁLEZ, S.M. “Hevia Bolaños y la Curia Philippica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXVII (2007), pp. 77-93 y LOHMANN VILLENNA, G. “En torno de Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXI (1961), pp. 121-161.

Oportunamente, Vizcaíno subrayará la distinción entre el privilegio del fuero y el del canon. El primero implicaba que los jueces seculares no podían conocer de las causas criminales de los clérigos de prima tonsura si habían observado lo dispuesto en el Concilio de Trento. El segundo conllevaba que la persona que hiriera o maltratara a un clérigo, aun de primera tonsura, quedaba excomulgado *ipso facto*. Por esta razón, algunos autores sostenían que el juez secular no podía condenar a azotes o a pena corporal a un clérigo, ya que sería excomulgado. A modo de resolución del debate, Vizcaíno asevera que en algunos casos y delitos los clérigos también perdían el privilegio del canon y el juez secular podía imponerles legítimamente una pena corporal o la capital. Tales eran, por ejemplo, los de menores órdenes que incurrieran en bigamia o hubieran experimentado la degradación real. En este sentido, si el delito por el que había sido depuesto el clérigo era menor o igual al adulterio, el obispo podía dispensar el cumplimiento de la penitencia. De lo contrario, si fuera un delito más grave, sólo debía dispensarlo el pontífice. Especifica también Vizcaíno que la diferencia entre la deposición y la degradación del eclesiástico consistía en que la primera era de carácter verbal, ya de cargos eclesiásticos, ya de beneficio, dispuesta por sentencia del juez eclesiástico. La degradación hacía referencia a la ejecución de esta sentencia, realizada en virtud de los ritos establecidos por los cánones<sup>29</sup>.

La multiplicidad de fueros adquirió a lo largo de la Edad Moderna tal trascendencia en la administración de la justicia que no es de extrañar que a mediados del siglo XVIII Pedro Murillo escribiera también extensamente sobre las competencias de los diversos tribunales en función del fuero y de la circunscripción territorial<sup>30</sup>, mostrando con solvencia sus conocimientos sobre los usos y la realidad judicial indiana<sup>31</sup>. Tampoco ha de ser obviada su

---

En el marco de las relaciones entre las instituciones reales y eclesiásticas en Indias son de obligada consulta dos obras que han generado múltiples análisis: SOLÓRZANO PEREIRA, J. de, *Política Indiana*, Henrico y Cornelio Verdussen, Amberes, 1703 y VILLARROEL, G. de, *Gobierno eclesiástico-pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*, Antonio Marín, Madrid, 1738, 2 tomos.

29 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 63-77.

30 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. *Op. cit.* Liber II. Decretalium. Tit. II, pp. 207-220.

31 En lo que concierne a la inmunidad eclesiástica en las Indias borbónicas véanse: LA HERA, A. "Reforma de la inmunidad personal del clero en Indias bajo Carlos IV", en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXX (1960), pp. 553-616 y LÓPEZ LEDESMÁ, A. "La inmunidad eclesiástica en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí: ¿Un enfren-



formación canonista en Granada y en Salamanca, amén de su experiencia docente derivada de su obtención de la cátedra de Cánones en el colegio de San Ignacio de Manila. Sus volúmenes expresan de manera inequívoca la tradición del *mos italicus* inherente al estilo de la disciplina jurídica castellana<sup>32</sup>.

Castillo sostenía que la propia escritura en lengua romance de la obra posibilitaría que los corregidores, gobernadores y señores no letrados entendieran mejor sus obligaciones y evitaran las situaciones de discordia con los jueces eclesiásticos<sup>33</sup>. Dos siglos más tarde el fiscal Vizcaíno presentará en su práctica criminal una colección ordenada del derecho criminal real, con inclusión de los cánones y los breves pontificios, eligiendo la lengua española bajo la consideración de que aún había pocas obras prácticas modernas relativas a la práctica del derecho criminal<sup>34</sup>. El licenciado Miguel Cayetano Sanz, dotado de una sólida experiencia profesional como abogado y relator en la chancillería de Valladolid, escribió asimismo su obra práctica bajo el poderoso influjo de la Política de Castillo, como puede deducirse de su discurso y de su empleo de las fuentes<sup>35</sup>.

El primero afirma que los eclesiásticos tienen la potestad de ejercer la jurisdicción temporal y que, en consecuencia, el castigo de los delitos públicos pertenece también al pontífice y a sus ministros, como refería Anastasio Germonio. Se refiere además a autores tan diversos como Aulo Gelio, Baldo y Boerio, en relación a las antiguas competencias jurisdiccionales seculares de los obispos<sup>36</sup>. Al mismo tiempo, refiere la opinión favorable de Domingo de Soto sobre los señoríos eclesiásticos, ostentados por los obispos sobre heredamientos, villas, castillos y ciudades. En todo caso el ejercicio que tienen del señorío y jurisdicción temporal es como el de otros señores temporales<sup>37</sup>, y no

---

tamiento entre fueros?”, *Cuadernos de Historia del Derecho* vol. extraordinario (2010), pp. 255-276.

32 DÍAZ DE LA GUARDIA Y LÓPEZ, L: “Pedro Murillo Velarde y Bravo”, en MURILLO VELARDE, *Op. cit.* vol. I, libro I, pp. 33-94.

33 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 994.

34 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.* p. XIII.

35 SANZ, M.C. *Modo y forma de instruir y substanciar las causas criminales*, *Op. cit.*

36 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 901.

37 Véase: GONZÁLEZ ALONSO, B. “Notas sobre las relaciones del estado en la administración señorial en la Castilla moderna”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LIII (1983), pp. 366-394.

se trata, por tanto, de una mera potestad religiosa. Es necesario señalar que no pueden olvidar sus funciones eclesiásticas por mor de los asuntos profanos<sup>38</sup>. Interpretando la negativa que Abad presenta a la posibilidad de que un clérigo sea virrey o lugarteniente de algún príncipe, sostiene que sí pueden los eclesiásticos ocupar esos escalafones, siempre y cuando encomienden la jurisdicción y justicia ordinaria a jueces legos y hagan salvaguardar el cumplimiento del derecho real<sup>39</sup>. Cita entonces algunos relevantes ejemplos al respecto, como el del cardenal Adriano, obispo de Tortosa que fue gobernador en la época de Carlos V, o el del archiduque Alberto, que habiendo sido cardenal y arzobispo de Toledo, era, en el tiempo de redacción de la *Política*, gobernador de los estados de Flandes, habiendo sido ya el del reino de Portugal<sup>40</sup>. La ambigüedad está presente en la referencia a la opinión de Abad sobre los preladados que ejercen la jurisdicción temporal en virtud de herencia o patrimonio. Castillo interpreta que los eclesiásticos son capaces para tal ejercicio si son idóneos y no están expresamente excluidos. No obstante, en virtud del concilio toledano no pueden condenar a una pena de sangre o a una mutilación, u ordenar su ejecución, so pena de privación de oficio y de beneficio<sup>41</sup>. Cuando Castillo aborda los casos en los que los obispos, sus vicarios y otros jueces eclesiásticos pueden proceder contra los legos y sus bienes, hace referencia, entre otros supuestos, a los eclesiásticos que sean miembros de consejo real y que den su parecer sobre un asunto criminal y a los que escriban libros destinados a la instrucción de los jueces en los casos criminales<sup>42</sup>. También contemplaba la licitud de que los obispos, inquisidores o jueces eclesiásticos ordenaran apresar y dar tormentos a legos en las causas de su jurisdicción, marcarles el rostro o imponerles la pena del destierro, la mitra, las galeras y los azotes<sup>43</sup>. Tampoco cometerían irregularidad si encomendaran a algún juez seglar la administración de la justicia en general o de una concreta causa penal que desembocara en la aplicación de la horca o de una pena corporal –opinión contraria a la de Filippo Franco-<sup>44</sup>. Mayor complejidad presenta el supuesto de que el rey hubiera comisionado a algún obispo o clérigo para

38 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. pp. 905-906.

39 *Ibidem*, pp. 973-974.

40 *Ibidem*, p. 908.

41 *Idem*, p. 908.

42 *Ibidem*, p. 909.

43 *Ibidem*, p. 911.

44 *Idem*.

conocer de alguna causa criminal contra un lego. En este sentido Castillo incluye una oportuna alusión a la condición eclesiástica de algunos presidentes de consejos y chancillerías, así como de sus visitadores. Siguiendo a Baldo, asevera que la jurisdicción ejercida en estas visitas tendría carácter temporal, dada su procedencia de señor de esta condición, pero pecarían los eclesiásticos si emitieran una sentencia de sangre, si bien Franco contemplaba la posibilidad de que el papa podía dispensar al obispo u otro eclesiástico la emisión de una sentencia que implicara una pena corporal<sup>45</sup>. Es relevante el hecho de que los clérigos que ejercieran un oficio del rey, o fueran presidentes de tribunal, consejeros u oidores, en el supuesto de que delinquieran en el ejercicio de sus funciones podrían ser castigados por el juez seglar, por mor de la costumbre seguida y de la doctrina de autores como Benedicto, Covarrubias, Deciani y Farinacci, entre otros<sup>46</sup>. Castillo comentaba que en la práctica se privaba del oficio a estos religiosos y se les multaba, hecho observado en las visitas de los consejos y chancillerías reales. En el caso de que el oficial del rey se hiciera clérigo estando ya en el oficio, podía ser juzgado por la justicia secular, pero si delinquía en relación a un asunto diferente a su cargo y sin relación con él, era competente el juez eclesiástico<sup>47</sup>. Precisamente el caso ciento catorce de excepciones al fuero eclesiástico abordaba el supuesto de los abogados o notarios clérigos que delinquieran con motivo de su intervención en un litigio ante el juez secular. Dada su ilícita actuación este juez podía multarles pero no condenarlos a la prisión o a una pena corporal, en virtud de la doctrina de Bartolo, Grammatico y de otros autores<sup>48</sup>.

En lo concerniente a los casos en que los eclesiásticos podían proceder contra los reos, Castillo contempla el supuesto en el que hubiera habido escándalo o quebrantamiento de la paz, afirmando que los eclesiásticos pueden imponer una solución de concordia en los pleitos, con vistas a poner fin a los tumultos y situaciones escandalosas<sup>49</sup>. También alude a los supuestos en los que un clérigo de corona cometiera un delito y después se casara, aclarando que la competencia correspondía al juez eclesiástico en virtud del estado del individuo en el momento en que cometió el delito, cuando gozaba del fuero

45 *Ibidem*, pp. 912-914.

46 Véase: SCHAFFSTEIN, F. *La ciencia europea del Derecho Penal en la época del Humanismo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

47 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. pp. 1039-1040.

48 *Ibidem*, p. 1096.

49 *Ibidem*, p. 914.

privilegiado<sup>50</sup>. No exenta de ambigüedad es su alusión a la licitud de que los jueces eclesiásticos pudieran prender mediante auxilio y privar de oficio a los ejecutores seculares que actuaran contra algún clérigo, por razón del delito contra los ministros de la Iglesia<sup>51</sup>. Consideramos que bajo esta apreciación subyace una conflictiva realidad judicial sustentada sobre manifestaciones de rivalidad social. No es un hecho baladí que los jueces eclesiásticos podían compeler a los seculares a que no admitieran en sus tribunales a litigantes o testigos excomulgados<sup>52</sup>. Estimamos asimismo el carácter controvertido del contenido del caso veintitrés de excepciones al fuero eclesiástico, ya que Castillo asevera que la justicia secular podría corregir, encarcelar y embargar los bienes de los religiosos cuando faltara la justicia eclesiástica o fuera muy negligente en sus actuaciones, como si hubiera acaecido un cisma y en apoyo de la doctrina de Menocchio, opuesta a las de Abad y de Mariano Socino. En caso de que hubiera una sede vacante de algún obispado, el rey podía administrar la justicia seglar en los pueblos pertenecientes a la jurisdicción temporal del obispo, ya que los reyes tenían la suprema jurisdicción sobre los señoríos, pudiéndolos suprimir<sup>53</sup>.

Nuevamente, la negligencia de los jueces eclesiásticos viene mencionada por Castillo en el caso veinticinco. Narra brevemente un ejemplo de entorpecimiento de la justicia criminal por parte de un juez eclesiástico ante el caso de un clérigo vecino de la castellana Illescas, un individuo acusado nada más y nada menos que de homicidio, robos y asaltos. Afirmaba que era frecuente que los jueces eclesiásticos aplicaran penas muy leves a los clérigos delincuentes, que ocasionalmente los condenaban a prisión perpetua, pero que asiduamente los liberaban, motivando que los jueces seculares no les remitieran a los religiosos facinerosos. Esta afirmación no obsta a que considere que la pérdida del fuero privilegiado y el castigo secular del clérigo sin previa degradación debían sustentarse sobre presunciones legales o probanzas del delito y de su gravedad, como había considerado Aretino. De lo contrario, el encarcelamiento del clérigo constituiría un sacrilegio y debía ser penado, en virtud de los cánones. La necesidad de contar por regla general con la licencia del obispo para detener al clérigo, aludida por Castillo, contribuía en buena medida a las divergencias en la interpretación del derecho positivo y de la

---

50 *Ibidem*, pp. 914-915.

51 *Ibidem*, p. 915.

52 *Ibidem*, p. 930.

53 *Ibidem*, pp. 1034-1035.

doctrina, dada la escasa delimitación de los límites de la jurisdicción secular en el castigo de los religiosos delincuentes<sup>54</sup>. A finales del siglo XVIII Vizcaíno recalcaría la competencia secular en los delitos graves y atroces, como los de lesa majestad divina y humana. En consecuencia, en una causa de un clérigo que hubiera cometido un delito de tal entidad, el proceso criminal debía ser instruido por las dos jurisdicciones de común acuerdo. Además de la provisión real de 6 de septiembre de 1770 o la real orden de 9 de abril de 1774, el autor menciona un informe al respecto del colegio de abogados de Madrid<sup>55</sup>.

En el caso de que un corregidor se tuviera por juez competente en una causa pretendida por el juez eclesiástico, debía enviar a un procurador que le presentara la declinatoria de la jurisdicción de manera formal. Si, pese a esta actuación, el juez eclesiástico continuara con el proceso, el procurador podía apelar y requerir el auxilio de la fuerza<sup>56</sup>. Si, por último, a pesar de la apelación<sup>57</sup>, el primero persistía en el conocimiento de la causa, el corregidor debía recurrir a la vía de fuerza, ante el consejo o la chancillería más cercana para que se proveyera en justicia<sup>58</sup>. Es reseñable el hecho de que Jordán y Miguel de Manuel retomen la disertación de Castillo -junto a la Nueva Reco-

---

54 *Ibidem*, pp. 1037-1038.

55 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.* pp. 43-47.

56 Para una mejor comprensión de la vía de fuerza han de consultarse ineludiblemente: ACEDO RICO, J. *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza. Modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales reales superiores*, Benito Cano, Madrid, 1794; ALONSO COLMENARES, E. *Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y de protección, con arreglo a las legislaciones y práctica de los tribunales de España y de sus Indias*, Narciso Ramírez, Barcelona, 1860; COVARRUBIAS, J. de, *Máximas sobre recursos de fuerza y protección* (2ª ed.), Viuda de Ibarra, Madrid, 1786; LEVAGGI, A. "Los recursos de fuerza en el derecho indiano", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. IV (1992), pp. 117-138; MALDONADO, J. "Los recursos de fuerza en España. Un intento para suprimirlos en el siglo XIX", en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXIV (1954), pp. 281-380, TAPIA, E. de, *Tratado de los recursos de fuerza, y otro de recursos extraordinarios al soberano*, Mompié, Valencia, 1830 y WAUTERS, B. "La doctrina sobre los recursos de fuerza en el siglo XVII", en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXVIII-LXXIX (2008-09), pp. 215-232.

Las *Máximas* de Covarrubias sustentarían a su vez las referencias de Vizcaíno a los recursos de fuerza.

57 En lo concerniente al funcionamiento de la apelación en el fuero eclesiástico y secular, véase especialmente: HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*. *Op. cit.* pp. 246-254.

58 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. p. 1146.

pilación, la Recopilación de Indias y la doctrina de Salgado- cuando explican el contenido del recurso de fuerza<sup>59</sup>. En contraposición, a mediados del siglo XVIII el jesuita Pedro Murillo Velarde expuso en su curso de derecho canónico, hispano e indiano la necesidad de que el pontífice excomulgara a los que impidieran la jurisdicción eclesiástica y las actuaciones de sus jueces, por mor de la bula *Coenae*<sup>60</sup>.

En el supuesto de que el eclesiástico actuara sin ser el juez competente, el corregidor, en aras de la defensa de la jurisdicción real, no debía sobreseer ni dejar de proceder en el conocimiento de la causa<sup>61</sup>. Por otra parte, si en la causa podían conocer ambas jurisdicciones y el juez eclesiástico quería inhibir al secular porque consideraba que tenía la competencia privativa, estimaba Castillo que el segundo debía continuar con el procedimiento –sobre todo cuando quería castigar un delito que había sido punido muy levemente por el eclesiástico-<sup>62</sup>. Podría ocurrir que el corregidor considerara que el delito del que se acusaba a un coronado o a un estudiante era de tal gravedad que no podía inhibir su actuación sin orden del presidente y oidores de la chancillería. En este caso, podía apelar la sentencia que reconociera el tratamiento privilegiado del reo<sup>63</sup>. En el supuesto de que el litigio sobre la competencia jurisdiccional fuera desarrollado ante el juez conservador, el corregidor, tras recibir la notificación de la citatoria con la conservatoria, debía pedir el examen del juez ordinario diocesano, para que éste declarara si el conservador era juez competente. Si el eclesiástico efectivamente consideraba esta competencia, el corregidor podía apelar la declaración y solicitar ante el consejo real la presentación del breve de la conservatoria ante el rey, para que allí se alzara toda fuerza<sup>64</sup>.

Asimismo los eclesiásticos tenían la competencia en las causas de profanación de cadáveres –que implicaba la excomunió<sup>65</sup>, salvo absolución con-

---

59 JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. *Instituciones del derecho civil de Castilla*, *Op. cit.*, pp. 254-255.

60 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. *Op. cit.*, Liber III. Decretalium. Tit. XLIX, p. 722.

61 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. pp. 1146-1147.

62 *Ibidem*, p. 1147.

63 *Ibidem*, p. 1148.

64 *Ibidem*, pp. 1148-1149.

65 Para una profundización en el estudio de las excomuniones desde la perspectiva jurídica, véase MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. *Op. cit.*, Liber V. Decretalium. Tit. XXXIX, pp. 372-396.

cedida por el papa o en el momento de la extremaunción o bien, si el cadáver hubiera sido manipulado en el ámbito del estudio anatómico o en tierra de infieles<sup>66</sup>, en los casos de asalto y hurtos perpetrados en las edificaciones religiosas<sup>67</sup>, así como en los actos de ultraje a los miembros del estamento eclesiástico<sup>68</sup>. La violación de la inmunidad de la iglesia a partir de la comisión de delitos en su interior, como el hurto de los objetos sagrados, fue también abordada por Murillo Velarde<sup>69</sup>.

También eran competentes en los casos de libelos, escritos o cantares infamatorios para los religiosos de las órdenes menores o los predicadores<sup>70</sup>, en los usos fraudulentos de los hábitos de las órdenes religiosas<sup>71</sup> y en las testificaciones falsas de los seglares ante los jueces eclesiásticos<sup>72</sup>. A este respecto, podían impartir justicia además en los delitos cometidos por sus notarios, alguaciles, fiscales y oficiales legos con ocasión de sus oficios<sup>73</sup>. Eran asimismo competentes en la ejecución de las penas pecuniarias aplicadas contra los seglares si estuvieran excomulgados más de treinta días<sup>74</sup> y en las ilícitas visitas por los religiosos y los legos a los monasterios de monjas –aunque los monasterios eran exentos de la jurisdicción de los obispos<sup>75</sup>. Especial atención dedica el autor a las competencias sobre la práctica de la usura<sup>76</sup>, ya que se trataba de una actividad que atentaba contra el bien espiritual y la natura mediante el anómalo incremento del dinero. No obstante, y siguiendo a Farinacci, la ejecución del contrato usurario era competencia de la justicia secular, concurriendo además que estaba suspendida la aplicación del motu proprio de Pío V relativo a la usura; circunstancia que reforzaba la competencia real en el conocimiento de

---

66 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. p. 915.

67 *Idem*.

68 *Idem*.

69 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. *Op. cit.*, Liber III. Decretalium. Tit. XLIX, p. 723.

70 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I. p. 919.

71 *Idem*.

72 *Idem*. Esta competencia no era recíproca en los casos de clérigos que testificaran falsamente ante el juez secular.

73 *Idem*.

74 *Ibidem*, pp. 919-920.

75 *Ibidem*, p. 920.

76 *Ibidem*, p. 916-917.

estas prácticas, consideradas por el autor una verdadera pestilencia<sup>77</sup>. También merece especial atención la síntesis que realiza sobre la consideración jurídica del amancebamiento, ya que su punición pertenecía tanto al juez eclesiástico como al secular. En este sentido, alude pertinentemente al concilio tridentino, en la medida en que implicó la consolidación del deber de los jueces eclesiásticos de poner freno a estos pecados públicos, incluyendo el destierro de las mujeres casadas públicamente amancebadas que ya hubieran sido apercibidas y amonestadas tres veces en vano –pena que podría contar con el auxilio del brazo secular-. Este conocimiento no era en absoluto privativo, como habían afirmado Farinacci, d’Osasco y otros autores. En todo caso, los jueces eclesiásticos podrían actuar contra las mancebas de los clérigos, pero los seculares no estaban autorizados a actuar contra ellas salvo que su relación fuera pública y derivara en el mantenimiento de las mujeres por parte de sus ilícitas parejas –requisito que excluía incluso la presunción de amancebamiento si el individuo clérigo o casado fuera hallado en la cama, en la mesa o en pleno acto carnal con una mujer, si bien Castillo consideraba la continuidad de la vida en pecado y no el mero intercambio de dádivas como esencia del amancebamiento-<sup>78</sup>. Por su parte, Elizondo aludirá expresamente a la licitud de la actuación del juez real en el castigo de los clérigos amancebados. Primeramente debía amonestarlos. Si proseguían en su mala vida, debía comunicárselo a sus vicarios. Si éstos no actuaban, el juez real debía proveer un auto en el que mandara el examen de los testigos del delito, con el fin de remitirlo al provisor del obispado<sup>79</sup>.

En lo que respecta al adulterio, los jueces eclesiásticos podían excomulgar a los reos y encarcelarlos en un monasterio, ya que el delito atentaba contra el sacramento del matrimonio. El conocimiento era exclusivo cuando se dirimía la unión a causa del comportamiento ilícito. También estaban facultados para prender al seglar que en la iglesia hablara con una mujer casada, pese a los previos requerimientos del marido. No obstante, debían entregarlo al juez secular<sup>80</sup>. Tenían competencias en el incesto, aplicando excomuniones y otras

---

77 *Ibidem*, p. 918.

78 *Ibidem*, pp. 922-924. El autor cita a Juan Matienzo y a Cenedo en lo concerniente a las penas aplicables a los clérigos amancebados.

79 ELIZONDO, F.A. de, *Práctica Universal Forense de los tribunales de esta Corte*, Joachin Ibarra, Madrid, 1764, pp. 251-253.

80 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 925.

Véase también la consideración de cada delito contrario a la moral cristiana en la obra de Pedro Murillo.



penas y con independencia de la condición seglar o religiosa de la mujer<sup>81</sup>. La competencia eclesiástica sobre los legos acusados de sodomía<sup>82</sup>, que podían ser excomulgados hasta el cumplimiento de su penitencia, es sustentada por Castillo en virtud de sus lecturas de Abad y de Pedro Cenedo<sup>83</sup>. La excomunión también podía ser aplicada a los que tuvieran tratos o alianzas con los enemigos de la fe cristiana en tiempo de guerra, o bien les llevaran el dinero, los caballos o los pertrechos<sup>84</sup>. Huelga decir que la simonía era un delito que correspondía exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica<sup>85</sup>, al igual que las prácticas de idolatría o de artes mágicas<sup>86</sup> -la justicia secular podía detener y tener en sus cárceles a los culpados de estas últimas actividades pero debían dar noticia de ello a los inquisidores para que proveyeran en consecuencia y efectuaran el traslado a su cárcel-<sup>87</sup>. No obstante, la sanción de las prácticas astrológicas tendentes a esclarecer circunstancias como hurtos o nacimientos era de fuero mixto, como de manera general, en los ritos en los que no hubiera sospecha de herejía. Los adivinos podían ser castigados por el obispo, pero no con pena capital, sino con cárcel perpetua si el reo fuera noble, o con azotes y mitra si no lo fuera. Especifica Castillo que los provisosores solían ordenar además que fueran untados con miel y emplumados para mostrarlos en una escalera a las puertas de la casa del obispo o cerca de la iglesia<sup>88</sup>. Por otra parte, el autor alude apenas al castigo de las brujas y se limita a afirmar que pueden ser castigadas por los inquisidores y por otros jueces<sup>89</sup>. En el caso de

---

81 *Idem*.

82 Sobre la gravedad atribuida al comportamiento del sodomita y su castigo en la Edad Moderna véanse: BRUQUETAS DE CASTRO, F. “Pecadores, víctimas e inocentes. Los homosexuales en la Edad Moderna” en GARCÍA CÁRCEL, R. (dir.), *Los olvidados de la historia. Marginales*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2004, pp. 317-433 y GARZA, F. *Quemando mariposas. Sodomía e imperio en Andalucía y México, siglos XVI-XVII*, Laertes, Barcelona, 2002.

83 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 926-927.

84 *Ibidem*, p. 927.

85 *Idem*, p. 927.

86 *Ibidem*, pp. 927-928.

87 *Ibidem*, p. 928.

88 *Ibidem*, p. 929.

89 *Idem*.

El castigo de la brujería y la actuación inquisitorial frente a esta práctica mágica han sido abordados en obras como: FAJARDO ESPÍNOLA, F. “El delito de hechicería en Canarias: competencias jurisdiccionales”, en MORALES PADRÓN, F. (coord.) *IX Coloquio*

que los farsantes se valieran de artimañas para atribuir milagros a las imágenes y recaudar limosnas, la competencia pertenecía al juez eclesiástico salvo que hubieran también cometido un delito merecedor de la pena de muerte y capital, en cuyo caso podía también conocer el juez secular, en virtud de Abad y de otros juristas<sup>90</sup>, aunque el tribunal eclesiástico mantenía la competencia. Al mismo tiempo, en los casos de sacrilegio, como la unión sexual con una religiosa o el hurto de un objeto sagrado de una iglesia, el juez eclesiástico debía imponer la pena aplicable al sacrilegio, pero el castigo del delito correspondía a la justicia secular<sup>91</sup>. Tras el Concilio de Trento el castigo de los contrayentes, testigos y mediadores en los matrimonios clandestinos pasó a ser competencia de la justicia secular sin controversias. La única excepción a este conocimiento radicaba en el hecho de que los testigos o mediadores fueran clérigos, en cuyo caso intervenía el juez eclesiástico; solución habitualmente practicada y sustentada sobre la doctrina de juristas como Juan Gutiérrez<sup>92</sup>. De mayor ambigüedad es la solución planteada por Castillo para la competencia sobre los legos que fingieran milagros y cobraran limosnas merced a sus artimañas. En el caso de que el delincuente fuera merecedor de la pena capital, su delito podía ser conocido por el juez secular<sup>93</sup>.

Castillo hace incluso referencia a la lícita posibilidad de que los jueces eclesiásticos amonesten y excomulguen a los ladrones y a sus cómplices y encubridores, castiguen a los que adulteren medicinas y alimentos<sup>94</sup>, a los que pidan limosna sin real necesidad –al igual que el juez secular podía castigar

---

*de Historia Canario-Americana (1990)*, Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, tomo II, pp. 25-54 y *Hechicería y brujería en Canarias en la Edad Moderna*, Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1992.

90 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 930.

91 *Ibidem*, p. 932. En el reino de Aragón una bula apostólica de Sixto V de 1589 autorizaba a los clérigos y religiosos a acusar a los bandoleros, aunque fueran castigados con pena de muerte, como había referido Pedro Cenedo, prior y canónigo de la iglesia de la Virgen del Pilar en Zaragoza.

92 *Ibidem*, pp. 1074-1075.

93 *Ibidem*, p. 1079.

94 *Ibidem*, pp. 915-916. Esta última afirmación no obsta a la consideración de que la vigilancia de los precios de los alimentos y de su calidad estuviera realmente bajo el control de la jurisdicción secular en los reinos peninsulares, al igual que no era práctica castellana la intervención de la justicia eclesiástica en el castigo de los jugadores, como asevera el jurista.

al individuo disfrazado de fraile mendicante<sup>95</sup> y a los corsarios y sus auxiliares<sup>96</sup>. También tenían la potestad de compeler a los jueces seculares a que les permitieran administrar los sacramentos a los condenados a muerte salvo que lo hicieran a modo de estrategia para demorar la ejecución de la pena<sup>97</sup>. Podían también condenar a los blasfemos –con las especificidades de las expresiones heréticas reservadas a la competencia inquisitorial<sup>98</sup>, excomulgar a los incendiarios<sup>99</sup> y multar a los que hablaran destempladamente en el transcurso de los procesos judiciales eclesiásticos –si la culpa era mayor, debían remitir su castigo al juez secular<sup>100</sup>. También tenían reconocida la potestad de privar del privilegio de la milicia y grado a los caballeros de las órdenes militares o doctores que mataran a algún clérigo<sup>101</sup>. Podían además juzgar a los legos que falsearan o elaboraran letras apostólicas falsas<sup>102</sup> o a los asesinos, cómplices y personas que planearan una muerte<sup>103</sup>. Estaban incluso facultados para intervenir en procesos judiciales seculares complejos que necesitaran de asesoramiento jurídico o religioso<sup>104</sup> y proceder contra legos a partir de una denuncia evangélica judicial<sup>105</sup>. Finalmente tenían potestad para excomulgar a los súbditos que injustamente expulsaran a una persona de una ciudad, tierra o señorío, así como a los reos condenados al destierro por los jueces seculares y a las mujeres que se adornaran deshonestamente<sup>106</sup>. Las competencias de los jueces eclesiásticos en el castigo de los citados comportamientos delictivos también serían abordadas por Hevia<sup>107</sup>. En lo que concierne a los casos de fuero mixto afirma que aunque el eclesiástico haya impuesto la penitencia al delincuente, aun siendo pública, no se extingüía la pena del fuero exterior judicial o secular; aseveración deducida de las lecturas

---

95 *Ibidem*, p. 918.

96 *Ibidem*, p. 925.

97 *Idem*.

98 *Ibidem*, p. 930.

99 *Ibidem*, p. 931.

100 *Idem*.

101 *Ibidem*, pp. 933-934.

102 *Ibidem*, p. 939.

103 *Ibidem*, p. 941.

104 *Ibidem*, p. 947.

105 *Ibidem*, p. 948.

106 *Ibidem*, pp. 948, 954 y 955.

107 HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica. Op. cit.*, pp. 181-186.

de Covarrubias, Avendaño, Avilés, Gómez y Paz<sup>108</sup>. De manera pertinente, y siguiendo a Acevedo, especificaba que en los citados casos de fuero mixto un juez no podía inhibir al otro de la causa. Si ambos conocían de ella y la parte no pedía remisión, valían ambos procesos. Si, por el contrario, la hubiera pedido y el juez en cuestión no quería remitir, debía apelarse ante su superior<sup>109</sup>.

En todo caso, no podían los jueces eclesiásticos citar a los legos en relación a los asuntos profanos, pudiendo ser necesaria su inhibición mediante provisión, entre otras medidas. Las ejecuciones pecuniarias, detenciones y encarcelamientos debían contar con el auxilio del brazo secular, salvo en los casos de herejía y en las causas contra clérigos<sup>110</sup>. Obviamente, esta cooperación también debía ser prestada a los jueces delegados de los eclesiásticos ordinarios –previo atento examen por el juez secular de las letras y comisión del delegado–<sup>111</sup>. El auxilio solicitado a los miembros de los consejos y oidores de las chancillerías y audiencias reales no se requería por censuras o expresiones imperiosas, sino bajo la fórmula de la exhortación o ruego<sup>112</sup>. Aborda Castillo la espinosa práctica consistente en la aplicación por el juez eclesiástico de las censuras contra el juez secular que le hubiera denegado el auxilio justificadamente. Sostiene que no deberían aplicarse las censuras de manera indiscriminada, sino que el juez eclesiástico tiene que apelar ante la chancillería real por la denegación del auxilio. Si la censura persistiera podía el juez secular acudir a la vía de la fuerza ante la chancillería o consejo correspondiente con el fin de defender la jurisdicción real. Esta afirmación no es óbice para que el autor denuncie las detenciones abusivas o injustificadas que los jueces seculares perpetraban sobre los notarios y ministros de los jueces eclesiásticos<sup>113</sup>. El auxilio debía ser mantenido en lo que concernía a la custodia de la persona acusada en la prisión, función de los jueces seculares salvo en los susodichos supuestos de herejía<sup>114</sup>. La negativa del juez eclesiástico a prestar su auxilio al secular podía ser resuelta mediante el recurso ante el Metropolitano o bien, por vía de fuerza<sup>115</sup>.

108 *Ibidem*, p. 185.

109 *Idem*.

110 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 960-961.

111 *Ibidem*, pp. 967-968.

112 *Ibidem*, p. 968.

113 *Ibidem*, pp. 969-970.

114 *Ibidem*, p. 971.

115 *Ibidem*, p. 950.

Castillo no considera oportuno, empero, que el juez eclesiástico condene al lego que hubiera cometido un delito conjuntamente con un miembro del estamento religioso<sup>116</sup>. Por el contrario, alude a la conveniente práctica habitual de que el juez secular conozca del reo no eclesiástico en estas circunstancias<sup>117</sup>. Sostiene también que el juez eclesiástico podía proceder contra los autores de delitos calificados que ya habían sido absueltos por la jurisdicción secular o se les hubiera aplicado una pena muy inferior a la correspondiente al delito. En el caso contrario, también podía actuar el tribunal secular<sup>118</sup>. La jurisdicción eclesiástica además podía proceder contra un juez secular que hubiera castigado o desterrado injustamente a un clérigo, pero no privarle de su oficio<sup>119</sup>. En los casos de injurias efectuadas por un lego a un clérigo, era competente tanto el juez eclesiástico como el secular<sup>120</sup>. El caso veintiuno contemplaba la testificación falsa del clérigo en un juicio secular, aludiendo escuetamente a tres corrientes doctrinales: la de Accursio, según la cual el juez secular podía castigar al clérigo en la pena de falso testimonio; la de Benedicto, que defendía que el juez secular podía actuar de oficio y no a instancia de parte en estos casos, y la de Baldo –la mayoritaria, en opinión de Castillo-. Según esta última, el juez seglar no podía castigar al clérigo por su calumnia o falsedad, pero sí podía conocer de ella con el fin de emitir sentencia en el juicio principal y sin temor a ser inhibido por el juez eclesiástico. La misma solución esgrimía para el supuesto en que el clérigo hubiera usado o presentado una escritura falsa ante el juez secular, hecho que no podía ser castigado por la justicia real, salvo que faltara la justicia eclesiástica en el lugar<sup>121</sup>. Castillo se mostraba disconforme en el caso veintidós con la medida propuesta por Guido ante los clérigos que fueran presentados por testigos en una causa secular y se negaran a testificar, ya que sostenía que la justicia real debía apremiarles a que testificaran mediante el uso de una moderada coerción. Siguiendo a Salcedo, Castillo comenta que le parece un uso que no se practica y contrario al derecho<sup>122</sup>.

En las postrimerías del siglo XVI, en virtud de una decisión de la Rota citada por Castillo y por la doctrina común, la costumbre no era una razón suficiente para que los clérigos pudieran ser convenidos ante los jueces se-

116 *Ibidem*, p. 935.

117 *Ibidem*, p. 937.

118 *Ibidem*, pp. 938-939.

119 *Ibidem*, p. 941.

120 *Ibidem*, p. 951.

121 *Ibidem*, pp. 1033-1034.

122 *Ibidem*, p. 1034.

culares en las causas criminales, salvo privilegio o concesión pontifical<sup>123</sup>. En este sentido, remite a juristas como Covarrubias y Claro para el análisis de los diversos supuestos. Los jueces eclesiásticos estaban conminados a conocer los delitos de los que se acusaba a individuos de su estamento<sup>124</sup>. Haciéndose eco de la opinión de Menchaca y de otros autores, Castillo aclara que el juez secular que había procedido contra el clérigo, podía revocar y declarar nula su propia sentencia –al igual que el juez de apelación secular-, por defecto de jurisdicción<sup>125</sup>. En conformidad con la constitución del papa Pío IV, citada por Farinacci, las causas criminales de los clérigos en las postrimerías del siglo XVI eran de conocimiento privativo de los jueces eclesiásticos<sup>126</sup>; Castillo, siguiendo a Deciani, afirmaba que una confesión realizada por el clérigo ante un juez seglar no podía ser considerada por el juez eclesiástico para imponer la pena<sup>127</sup>. Tampoco tenía potestad el tribunal secular para aplicar un castigo corporal a ningún clérigo de órdenes mayores antes de que fuera degradado por el juez eclesiástico y entregado a la justicia secular, por muy grave que hubiera sido el delito<sup>128</sup>. Castillo se basa sobre todo en Menchaca y en Claro cuando aborda los supuestos criminales en los que los corregidores y justicia secular tienen jurisdicción sobre las personas eclesiásticas<sup>129</sup>, amén de las decisiones canónicas y la doctrina de otros destacados autores<sup>130</sup>. Parte, en consecuencia, de la pérdida de la inmunidad de la persona eclesiástica y de sus bienes cuando concurren una serie de circunstancias<sup>131</sup> que implican la *falencia* o excepción de la regla del privilegio del fuero. En las postrimerías del Antiguo Régimen Vizcaíno presentó en su obra práctica una síntesis sobre los casos en los que el clérigo delincuente podía ser juzgado por el tribunal o juez secular, que contenía en gran medida los comportamientos contempla-

---

123 Una mejor comprensión de los términos de la inmunidad eclesiástica y del debate suscitado en la monarquía hispánica en torno a su contenido viene posibilitada por la lectura de: ARVIZU, F. “Don Pedro Frasso y la inmunidad eclesiástica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVI (1986), pp. 521-541.

124 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 998.

125 *Ibidem*, p. 999.

126 *Ibidem*, pp. 1003-1004.

127 *Ibidem*, p. 1005.

128 *Ibidem*, pp. 1005-1006.

129 *Ibidem*, p. 1006.

130 *Ibidem*, p. 1007.

131 *Idem*.

dos en la *Política* y además incluía pertinentes referencias al derecho positivo y a autores tan heterogéneos como Claro, Castro Palao, Andrés de San José, Suárez, Silvestre, Navarro, Molina, Elizondo, Crespí de Vallaura, Daguesau, Puffendorf, Van Espen<sup>132</sup> y Hevia<sup>133</sup>. Hace también mención de las *Obras criminales* de Luis María Sinistrato de Ameno, en lo que atañe a la degradación del clérigo delincuente<sup>134</sup>.

El primero de los casos citados por Castillo es la comisión dada por el pontífice a algún lego para que pudiera juzgar civil o criminalmente a los clérigos de algún territorio. Por tanto el juez secular ejercería su competencia por morde la jurisdicción eclesiástica que le fue encomendada. También el papa podía conceder un privilegio a un rey o a sus tribunales para juzgar determinadas causas de clérigos<sup>135</sup>. Seguidamente, asevera que el obispo o su vicario pueden dar orden y requisición al juez secular para que prenda a algún clérigo en flagrante delito, o delinquiendo contra las constituciones; a continuación debía proceder el juez eclesiástico contra el clérigo delincuente y castigarle, como habían afirmado Decio, Bernardo Díaz y otros autores<sup>136</sup>. En tercer lugar, el juez secular y sus ministros podían prender a un clérigo o religioso si lo hallaban de noche en hábito indecente o diferente al de su orden, preparándose para cometer algún delito, en posesión de armas, hurtando, matando, teniendo ilícitos tratos sexuales, etc.<sup>137</sup>. Podía ser llevado a la cárcel con el objeto de ser presentado después ante la justicia eclesiástica, sobre todo con el fin de que no tuviera ocasión de huir. Incluso la opinión común estimaba que cualquier seglar podía prender al clérigo para efectuar la mencionada entrega. Aconsejaba Castillo que el corregidor actuara rápido, antes de que le excomulgaran o dudaran de la licitud de su medida, remitiendo sin pérdida de tiempo el preso a su prelado, en aras del respeto a la jurisdicción eclesiás-

---

132 La obra del canonista Zeger Bernhard Van Espen fue ampliamente difundida en España, puesto que su doctrina conectaba con el regalismo borbónico.

133 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 35-77.

134 *Ibidem*, pp. 76-77.

135 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 1008-1010.

136 *Ibidem*, p. 1010.

137 Algunos procesos criminales contra clérigos homicidas han sido narrados en monografías como: PRIETO CORBALÁN, M.R.; DAZA PALACIOS, S. *Proceso criminal contra Fray Alonso Díaz (1714)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.

tica<sup>138</sup>. La intervención de la justicia secular frente a los clérigos homicidas se vería también autorizada por una real orden del Consejo de Castilla de 1774, dirigida al alcalde mayor de Sanlúcar de Barrameda –Roque Marín Domínguez-, con ocasión de la muerte violenta de la joven María Luisa Tasara, perpetrada por el carmelita descalzo fray Pablo de San Benito. La víctima era hija del abogado Luis Tasara, que ejercía su oficio en la citada ciudad andaluza<sup>139</sup>. Asimismo, acaeció una disputa de jurisdicción en Madrid en 1776 entre el alcalde que formó la sumaria del proceso criminal y el vicario eclesiástico, con motivo de la muerte que ocasionó un presbítero a un hortelano. El Consejo de Castilla, por decreto de 9 de septiembre del mismo año, ordenó que la Sala, el alcalde y el fiscal siguieran las providencias dadas en la causa de Sanlúcar<sup>140</sup>.

En conexión con el undécimo caso contemplado por Castillo, el corregidor y sus alguaciles podían quitar las armas a los clérigos, aunque se tratara de las permitidas a los legos. La razón de esta medida estribaba en que los jueces eclesiásticos no tenían ministros u oficiales que hicieran las rondas nocturnas. No en vano el propio autor afirma que él había hecho quitar pistoletas y arcabuces a algunos clérigos, pese a la ocasional insistencia de un vicario en la restitución de un arcabuz. Sin embargo, no se debía quitar la espada al clérigo si contaba con licencia de su superior como medida de autodefensa y del cuidado de sus bienes. Generalmente, si usaba de las armas a semejanza de un soldado o de un lego el religioso era depuesto del oficio y perdía su privilegio salvo que contara con licencia papal. Si bien el clérigo detenido por las autoridades seculares podía ser retenido en prisión con la finalidad de ser remitido al juez eclesiástico, había diversidad de opiniones acerca de la imposición secular de las penas pecuniarias contempladas en el derecho real. En este sentido, mientras el obispo Redin –que fue del Consejo de Castilla tras ser alcalde y oidor de la chancillería de Valladolid- se manifestaba favorable a esta sanción, otros autores como Juan de Platea, Palacios Rubios, Covarrubias y Francisco Sarmiento sostenían que el juez secular no podía cobrar las penas pecuniarias al clérigo que había portado las armas. Para Castillo, en el supuesto de que las armas fueran muy costosas o hubiera pleito sobre la justificación de su posesión, el clérigo debía acudir ante el juez seglar. Por ende, no tendría sentido que el corregidor que desarmara al clérigo fuera a juicio ante el provisor con el fin de que éste fallara

---

138 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 1010-1013.

139 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 47-52.

140 *Ibidem*, pp. 54-55.



acerca de la licitud del requisamiento de las armas. De manera contradictoria, Castillo afirma también que el clérigo tampoco debe gozar del privilegio del fuero en lo que atañe a la pena pecuniaria, siguiendo la opinión de Fabro y del obispo Redin, sin dejar de aseverar que ha llevado a la práctica la contraria opinión de Juan de Platea<sup>141</sup>. No obstante, y en virtud de la aseveración de Salcedo, existía una laguna jurídica relativa a la competencia sobre el decomiso de los alimentos revendidos ilícitamente por los clérigos<sup>142</sup>. Posteriormente, Vizcaíno contemplará el supuesto de los clérigos participantes en el contrabando. En este caso el juez secular podía tomar los efectos, pero el prelado era el que tenía la competencia en el castigo<sup>143</sup>. En virtud del artículo 32 de la real ordenanza de vagos de 1783 se debía dar cuenta al eclesiástico del clérigo que hubiera auxiliado a los malhechores o contrabandistas<sup>144</sup>.

Con posterioridad, Castillo volverá a incidir en la detención secular de los clérigos que hubieran sido hallados en flagrante delito. El corregidor debía entregarlo al correspondiente juez eclesiástico en un plazo de veinticuatro horas, salvo si hubiera cometido los delitos más graves. En todo caso, podría litigar y alegar las causas de su competencia. Si con motivo de la sentencia fuera agraviado, podía apelar y actuar en virtud de la vía de fuerza. Podía declinar la jurisdicción con premura, antes de ser excomulgado. Junto a la declinatoria debía expresar sus razones, con el fin de que constaran en el proceso eclesiástico. Además debía dar aviso a los miembros del consejo real en los supuestos en que los jueces eclesiásticos o prelados no actuaran contra los clérigos delincuentes, o éstos fueran incorregibles, con vistas a que proveyeran un remedio. En este sentido, Castillo asegura que en la cárcel de la corte ya no tenía lugar la custodia de clérigos presos<sup>145</sup>. Elizondo mencionaría sucintamente la condición privilegiada del clérigo frente a la justicia, hallando su sustento teórico sobre el derecho común. Para las excepciones, remite a la obra de Castillo y hace especial hincapié en la necesaria obtención de las letras inhibitorias de los prelados<sup>146</sup>.

---

141 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 1020-1025.

142 *Ibidem*, p. 1025.

143 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, p. 37.

144 *Ibidem*, p. 38.

145 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 1151-1152.

146 ELIZONDO, F.A. de, *Práctica Universal Forense de los tribunales de esta Corte*. *Op. cit.*, pp. 276-281.

En base a la costumbre de algunos lugares de la Península Ibérica, el corregidor podía detener y remitir al clérigo a su juez eclesiástico, en los casos en que el religioso hubiera ofendido a alguna persona que estuviera amparada por una carta de amparo o seguro real –concedido, por ejemplo, en virtud de su pertenencia a algún colegio o universidad<sup>147</sup>. El caso veinte contemplaba a su vez los supuestos de los delitos cometidos por los clérigos con ocasión de un oficio seglar que ejercieran, como el de boticario o el de cirujano. En estas circunstancias, podían ser visitados y multados por los veedores del oficio correspondiente, además de ser juzgados por la justicia secular. Pese a que Farinacci interpretaba que esta excepción del fuero se aplicaba tan sólo en relación al ejercicio de los trabajos seculares prohibidos a los religiosos, él mismo sostenía que en la práctica común la justicia secular tendía a juzgar todos los casos<sup>148</sup>. Precisamente el caso veintitrés gira en torno a los clérigos que durante un año oficiaran de juglares o representantes de obras, actividades infames para su condición. Si habían sido ya amonestados tres veces en vano el corregidor podía multarles<sup>149</sup>. También eran oficios prohibidos para los clérigos el de tabernero, bodegonero o carnicero, pero a título particular sí podían vender, con ayuda de sus criados, una parte de sus cosechas, diezmos o cabezas de ganado<sup>150</sup>. Defiende la conveniencia de que los clérigos negociantes fueran amonestados, con vistas al cese de sus actividades lucrativas<sup>151</sup>. Por otra parte, en los casos en que en un proceso civil el clérigo demandante presentara una escritura falsa o nula, no podría declinar la jurisdicción del juez secular<sup>152</sup>.

No obstante, según el cuarto caso de excepción al privilegio, el juez secular podía apresar y dar tormento a un clérigo, aunque fuera obispo, que cometiera delito de asesinato, ordenando o pagando la muerte de algún cristiano, o perpetrando esta vil acción personalmente<sup>153</sup>. La licitud de su actuación debía reunir algunas condiciones, como que el delito contara con suficientes pruebas -como deducía Castillo a partir de la opinión de Farinacci-, haber sido ejecutado o surtido efecto y preceder una sentencia declaratoria en la que el juez

---

147 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 1025.

148 *Ibidem*, pp. 1032-1033.

149 *Ibidem*, pp. 1035-1036.

150 *Ibidem*, p. 1040.

151 *Ibidem*, p. 1052.

152 *Ibidem*, p. 1071.

153 *Ibidem*, p. 1013.

eclesiástico confirmara que el reo había cometido asesinato –como opinaban Juan Gutiérrez, el cardenal Albano y Farinacci<sup>154</sup>. En quinto lugar, el juez secular podía también castigar al clérigo degradado que había cometido el pecado nefando de sodomía, por mor de un *motu proprio* de Pío V<sup>155</sup>. Es precisamente el caso número catorce el que desarrolla las condiciones relativas al enjuiciamiento secular de los religiosos degradados<sup>156</sup>. Por ejemplo, en el caso de que el clérigo hubiera sido degradado solamente de palabra –depuesto por sentencia del juez eclesiástico pero sin ejecución de la degradación- era necesaria la entrega por parte del tribunal eclesiástico al juez secular para que éste pudiera castigar al autor del delito. Este hecho implicaba que la justicia secular podía lícitamente aplicar al clérigo la pena de muerte. Además de los supuestos de degradación ya mencionados, Castillo asevera que podían ser degradados los clérigos parricidas, los que perpetraran un homicidio contra obispo u otro clérigo, los cismáticos incorregibles, amén de los herejes y sus receptores, entre otros casos calificados. Afirmaba que tanto el derecho positivo como la opinión de los juristas –Farinacci, Covarrubias, etc.- establecían que estos religiosos debían ser entregados al brazo secular<sup>157</sup>. En el caso número quince de excepciones al fuero eclesiástico aclara Castillo que el juez seglar podía también castigar directamente a los clérigos que tan sólo habían sido depuestos de palabra pero también excomulgados y anatematizados en virtud de su contumacia<sup>158</sup>. Precisamente en el caso treinta y cuatro contemplaba la facultad que tenía el juez secular para castigar a los clérigos que ya hubieran sido amonestados tres veces en juicio eclesiástico y persistieran en sus delitos, aunque estuvieran tonsurados y portaran el hábito<sup>159</sup>.

El sexto caso se refería a la usurpación de la jurisdicción real o de otras regalías por parte de los prelados o de otros eclesiásticos<sup>160</sup>. No en vano, el derecho real castellano advertía a los religiosos que no debían incurrir en esta perturbación, al igual que encomendaba la salvaguarda de la jurisdicción real

---

154 *Ibidem*, pp. 1013-1016.

155 *Ibidem*, pp. 1016-1017.

156 Sobre la importancia de la degradación previa en el juicio criminal, véase también: VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, p. 34.

157 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, pp. 1026-1027.

158 *Ibidem*, p. 1027.

159 *Ibidem*, p. 1047.

160 Vizcaíno, dos siglos después, mencionaba esta misma usurpación en su obra: VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, p. 35.

a los legos como los escribanos o procuradores, así como a los corregidores –cuya desidia sería castigada con la privación del oficio y del salario–<sup>161</sup>. La sujeción a la potestad del rey implicaba la posible expulsión del reino de los eclesiásticos rebeldes a los mandatos reales, al igual que la imposición de penas<sup>162</sup>. El corregidor podía desterrar temporalmente al clérigo sedicioso o que turbara la paz, prendiéndolo si no había en el lugar juez eclesiástico<sup>163</sup>. Esta competencia lega contra los eclesiásticos había sido expresada por Paris de Puteo, entre otros autores<sup>164</sup>. Castillo planteaba el debate acerca de la conveniencia de que los religiosos estuvieran sujetos al gobierno que el rey ejercía en sus dominios. En esta ocasión contraponen la opinión de autores como Juan Andrés, que consideraba el dominio que tenía el rey sobre sus súbditos clérigos, con la de Deciani y Farinacci, que defendían el previo juicio y degradación eclesiástica de los clérigos traidores antes de que les fuera aplicada la pena seglar<sup>165</sup>. Castillo se decanta por la opción intermedia, aplicada en la práctica castellana e inclinada hacia el arbitrio de los jueces, en virtud de las personas y circunstancias del delito. Sin embargo, no deja de mencionar al mismo tiempo la frecuente aplicación de las penas espirituales que habían experimentado los reyes y sus jueces con motivo de sus acciones contra los religiosos rebeldes, pese a que ya los reyes de Francia y la Señoría veneciana contaban con el indulto pontifical en estos supuestos<sup>166</sup>.

Asimismo podía el rey expulsar al obispo promovido por simonía, como si hubiera cometido un crimen de lesa majestad –afirmación tomada de Casaneo–<sup>167</sup>. El caso diecisiete de excepciones al fuero eclesiástico aborda con cierta profundidad el entorpecimiento de la jurisdicción real criminal por parte de los miembros del estamento eclesiástico, obligando a la liberación de los presos o impidiendo la ejecución de una pena capital, entre otras acciones. Sustentándose sobre Paulo, Deciani o Farinacci, explicaba Castillo que en aquellos casos el corregidor y sus ministros podían prender a los religiosos para remitirlos a los jueces, amén de multarles<sup>168</sup>. El clérigo que cometiera

---

161 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t. I, p. 1017.

162 *Ibidem*, pp. 1019-1020.

163 *Ibidem*, pp. 1046-1047.

164 *Ibidem*, p. 1047.

165 *Ibidem*, pp. 1047-1049.

166 *Ibidem*, pp. 1048-1049.

167 *Ibidem*, p. 1020.

168 *Ibidem*, pp. 1030-1031.

desacato contra los ministros de la justicia secular podía ser detenido y remitido a su superior, según el caso diecinueve. Denunciaba Castillo en este punto la descortesía y atrevimiento que algunos religiosos mostraban contra la justicia real. Era necesario, en su opinión, ponerles freno mediante multas o penas pecuniarias<sup>169</sup>. Interesante es el debate doctrinal relativo al castigo del clérigo delincuente que no tuviera superior en el reino que pudiera castigarle. Mientras que Navarro y Belluga sostenían que quedaba bajo la competencia de la justicia real, Camillo Borrello se mostraba en desacuerdo con esta aseveración<sup>170</sup>. Castillo plantea la consideración de los bienes temporales de los clérigos frente a la justicia real. Por una parte, en los territorios de Navarra y de Valencia se consideraba que las posesiones no estaban circunscritas al fuero eclesiástico, sino al secular. El autor se decantaba, no obstante, por la opinión seguida por Farinacci y por la curia romana, rechazando la ejecución de los bienes de los eclesiásticos<sup>171</sup>. En todo caso, si el clérigo había cometido un grave delito y hubiera merecido una confiscación, el corregidor podría ordenar la ejecución de los bienes raíces en los casos en que el juez eclesiástico le hubiera dado la libertad. Las razones esgrimidas para esta actuación del juez lego eran la ofensa derivada del delito impune y el fraude cometido contra el fisco, al que pertenecía el producto de la confiscación<sup>172</sup>. Por otra parte, el clérigo que fuera remitido por el juez seglar al eclesiástico no debía ser enviado bajo vergüenza pública, ya que ello implicaba una ofensa a la jurisdicción eclesiástica y se incurría en excomunión. Por el contrario, aunque se le pudiera remitir con grillete y cadena, debía ser con la custodia y la decencia necesaria. El pago del alguacil y de los guardas nombrados por el juez secular corría a costa de los clérigos reos, pero si éstos eran pobres, sus superiores religiosos debían solventar los gastos<sup>173</sup>. En lo que respecta al envío de los autos por el juez secular al juez eclesiástico y en virtud de la doctrina común, sostiene Castillo que la confesión hecha por el clérigo ante el juez secular no podía implicar directamente la sentencia condenatoria eclesiástica<sup>174</sup>.

El caso número dieciséis de las excepciones al fuero eclesiástico, relativo al castigo seglar de los delincuentes que se hubieran hecho religiosos, pro-

---

169 *Ibidem*, p. 1032.

170 *Ibidem*, p. 1054.

171 *Ibidem*, p. 1071.

172 *Ibidem*, p. 1078.

173 *Ibidem*, pp. 1132-1133.

174 *Ibidem*, p. 1133.

fesando o entrando en una orden religiosa, es de interés en cuanto contiene la síntesis de un interesante debate doctrinal. Para Castillo, el juez secular podía ejecutar la pena sobre los bienes del reo, pero no aplicar una sanción contra su persona. Sin embargo, Avendaño, por mor de su interpretación de la bula concedida por el papa Alejandro VI a instancia de los Reyes Católicos, afirmaba que el juez secular podía ordenar el castigo corporal del clérigo. En contraposición, Covarrubias negaba esta potestad, aseverando que el contenido de la disposición pontificia sólo posibilitaba el castigo de los clérigos coronados, que no hubieran llevado el hábito y tonsura al menos cuatro meses antes de la comisión del delito. No obstante, y sintetizando la doctrina común, Castillo aseveraba que el delincuente que se hiciera religioso sin dolo o propósito de evadir la pena corporal quedaría exento de la jurisdicción real, sobre todo si se ordenara antes de ser acusado o apresado. En consecuencia, consideramos que en la práctica jurídica real estos supuestos de excepción al fuero privilegiado suscitarían importantes controversias entre los tribunales, puesto que la propia dilucidación de la existencia de dolo o fraude por parte del delincuente recién ordenado desembocaría en diversas perspectivas tendentes a acrecentar la rivalidad jurisdiccional. Al menos esta ambigüedad doctrinal se ve compensada por la mayoritaria opinión de que esta exención no se correspondería obviamente con los supuestos de delitos graves –opinión que tenía a Covarrubias por su principal impulsor en Castilla–. Afirmaba Covarrubias que los tribunales eclesiásticos operaban con mucha lentitud en los trámites de entrega de los clérigos delincuentes a la justicia secular. Por esta razón algunos jueces seculares solían actuar directamente contra los religiosos, ejecutando las penas corporales y pecuniarias. Castillo, siguiendo la opinión de Bartolo, sostiene que este proceder era incorrecto, ya que debía preceder la degradación formal, salvo que el delincuente sólo fuera coronado y no se hubiera casado después de la comisión del delito<sup>175</sup>.

Un interesante debate viene planteado por el cobro de las costas por parte de los jueces reales a los clérigos que hubieran sido juzgados ante la justicia secular y que no hubieran alegado el privilegio de su fuero antes de la sentencia criminal condenatoria o de la ejecución de ésta. Sostenía Castillo que el juez seglar no podía aplicar esta pena pecuniaria si la condición eclesiástica del reo era conocida; aseveración contrapuesta a la de Bartolo y que obedecía a la doctrina de Covarrubias, Claro y Farinacci, entre otros. Ello implicaba que el clérigo que no declinara la jurisdicción del juez secular podía ser cas-

---

175 *Ibidem*, pp. 1027-1030.

tigado en virtud del arbitrio de su juez y en razón de la transgresión de los privilegios de los religiosos. Si prestara declaración o jurara ante el juez secular a causa del temor ante la actuación de la justicia real, ni siquiera quedaba sujeto a su jurisdicción<sup>176</sup>. Por otra parte, cabía la posibilidad de que el obispo delegara y encomendara las causas pecuniarias de los clérigos a algún juez secular<sup>177</sup>. En virtud del caso ciento cuatro de excepción al privilegio eclesiástico, el secular podía multar y condenar en las costas a un clérigo tenido por lego y que no compareciera ante el juez ni alegara su condición. En cambio, si constara el clericato el juez secular no podría siquiera multarle por la contumacia. En caso de que lo hiciera, se daría por nulo y se revocaría después de la presentación del clérigo y constancia de su fuero. La citación notoriamente injusta no obligaba al citado a comparecer ni incurría en mora. Incluso, si un religioso hubiera sido reputado por lego y había sido condenado por el juez secular, podía apelar la sentencia ante el tribunal real superior, mostrando su clericato. Éste podría declararla nula, sin juzgar al clérigo<sup>178</sup>.

Hevia contempló también en su *Curia* las excepciones al fuero eclesiástico derivadas de los delitos perpetrados por los clérigos, aludiendo también a Castillo, a los juristas del derecho común y a los criminalistas castellanos, entre otros autores<sup>179</sup>. Este recurso no implica la omisión del derecho canónico y real en su enumeración de los supuestos. Asimismo Vizcaíno aludía a la facultad que tenía el juez secular de conocer las causas de eclesiásticos que hubieran calumniado a legos o cometido perjurio bajo determinadas condiciones, o que hubieran delinquido con ocasión del ejercicio de su oficio en la justicia real –como abogado, procurador, escribano, etc.–<sup>180</sup>.

## 2. La competencia sobre los reos coronados y otras condiciones especiales

En lo que respecta a las causas criminales de reos coronados –tema que había sido abordado en profundidad por Covarrubias–, en virtud del capítulo 6 de la sesión 23 del Concilio de Trento<sup>181</sup> se había determinado que no podían gozar del fuero los individuos que no tuvieran beneficio eclesiástico,

176 *Ibidem*, pp. 1079-1081.

177 *Ibidem*, p. 1083.

178 *Ibidem*, pp. 1089-1090.

179 HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica. Op. cit.* pp. 186-191.

180 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal. Op. cit.* pp. 35-36.

181 *Ibidem*, pp. 24-25.

o no sirvieran a la sazón en algún ministerio de la iglesia por mandato del obispo, o no estudiaren con su licencia en una universidad aprobada, o que además no tuvieran el hábito y la tonsura. Mientras no se resolviese su derecho, podían ser encarcelados tanto a instancias de los jueces eclesiásticos como de los seculares<sup>182</sup>. Precisamente en el caso treinta y uno de excepción del fuero Castillo vuelve a retomar la competencia seglar en el castigo de los coronados, aludiendo esta vez además a otros ineludibles fundamentos, como la bula de Pío IV –y su publicación por el nuncio en la Península, el obispo de Cariat<sup>183</sup>–, la doctrina –de Burgos de Paz, Juan Gutiérrez, Germonio, Claro, Covarrubias y Farinacci, entre otros autores–, la bula de Alejandro VI y la de León X. Afirma que tras el Concilio de Trento habían cesado las anteriores controversias relativas al goce del privilegio del fuero por parte de los coronados. El juez secular podía quejarse ante la chancillería real si el juez eclesiástico impedía el apresamiento del delincuente. Tenía la potestad para tenerlo preso hasta que fuera determinada la causa del clericalato. No obstante, ha de tenerse en cuenta que Farinacci sostenía que el clérigo que llevara hábito clerical o públicamente fuera considerado como tal debía permanecer preso bajo la autoridad del juez eclesiástico. En todo caso era competencia eclesiástica el conocimiento de la probanza del clericalato, el hábito y la tonsura –práctica judicial arraigada en la España de Castillo, tal y como él mismo afirma–. En el ínterin de la causa mencionada el juez seglar debía parar el proceso ordinario. No obstante, el autor hace especial hincapié en las habituales prácticas abusivas de los jueces eclesiásticos en aquellos años, como el abuso de la aplicación de las censuras, la defensa a ultranza de sus privilegios e inmunidades o su negativa a remitir las causas a los jueces reales<sup>184</sup>. Cuando Castillo alude a los jueces de comisión o pesquisidores en el marco temático de la defensa de la jurisdicción real, menciona el supuesto de que tuvieran a algún coronado preso y que recibieran cartas de los jueces eclesiásticos conminándoles al sobreseimiento. El remedio esgrimido por el autor para posibilitar el ejercicio de estos oficiales radica en la recusación, en la que se presentaban las causas legítimas de la intervención secular. En el ínterin en el que se elegían a los árbitros y se examina-

---

182 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.* t, p. 973.

183 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 25-26.

184 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1041-1045.



ban las causas de la recusación o se realizaba la apelación correspondiente, el juez de comisión fulminaba el proceso y emitía su sentencia. En suma, esta estrategia era defendida por Castillo en la medida en que possibilitaba la defensa de la jurisdicción real. Aconsejaba a los oficiales excomulgados que apelaran y obtuvieran la provisión ordinaria del consejo real. Con ella y con su sobrecarta debían solicitar la absolución. En el plazo de la reincidencia contenido en la provisión debían acudir a la vía de fuerza, ya ante la chancillería, ya ante el consejo<sup>185</sup>. Por su parte, Vizcaíno especificaría que en las cartas o censuras que dieran los jueces eclesiásticos para inhibir a los seglares de las causas criminales de los individuos de primera tonsura y órdenes, debían ir insertos los títulos, licencias y la información correspondiente, para que les constara a los jueces reales. Si un reo de esta condición pretendía gozar del privilegio en virtud del beneficio eclesiástico, tenía que presentar el título del beneficio con la información necesaria. También debía constar este documento en los procesos eclesiásticos que iban por la vía de fuerza, examinada por el práctico a partir de las *Máximas* de Covarrubias<sup>186</sup>.

Por otra parte los tribunales seculares también tendrían competencia sobre los *terceros* que únicamente llevaran un hábito y que vivieran en casas particulares con sus propios bienes, sin sujeción a una regla e incluso casados. Castillo plantea la posibilidad de que estos individuos habrían tomado el hábito con el fin de eximirse de la jurisdicción secular y del pago de los tributos. En cambio, estarían exentos si estuvieran bajo la regla y autoridad del pontífice o del obispo, por mor de la opinión de Bartolo y de otros autores. Aclara, sin embargo, que en la Península las monjas y frailes terceros no eran frecuentes, sino más bien en los territorios italianos<sup>187</sup>. También podrían proceder los corregidores contra los rectores legos de los hospitales, aunque éstos hubieran sido instituidos por el mandato del obispo y su suelo fuera sacro como el de las iglesias<sup>188</sup>.

La competencia sobre los ermitaños había constituido otro interesante objeto de debate, ya que para algunos autores eran considerados eclesiás-

185 *Ibidem*, pp. 1153-1154.

186 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 30-32.

187 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 1085.

Véase también, en lo que atañe a las órdenes religiosas operantes en Indias: PARRAS, P.J. *Gobierno de los Regulares de la América*, Joaquín Ibarra, Madrid, 1783, 2 tomos.

188 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 1086.

ticos mientras que en opinión de otros eran unos individuos ajenos a orden religiosa y de vida errante y sospechosa. Castillo concuerda ambas opiniones sosteniendo que los ermitaños que no estaban ordenados ni tenían superior religioso estaban sujetos a la jurisdicción secular. En este sentido sigue al cardenal Zarabella y a su propia experiencia judicial. Comenta que algunos santeros que moraban cerca de los pueblos vivían perniciosamente, perpetrando delitos. En cambio, sí tenían privilegio eclesiástico los ermitaños que hubieran profesado, pertenecieran a una orden aprobada por el papa o estuvieran bajo la supervisión del obispo, como había afirmado Juan García. Deciani había sostenido además que los ermitaños que gozaran de este fuero debían llevar una vida recogida y no ejercer la mendicidad<sup>189</sup>.

En lo que atañe a la vía de fuerza, una manifestación importante de la sujeción de los jueces eclesiásticos a la potestad real, Castillo contempla brevemente su contenido a partir de la Nueva Recopilación y de autores como Gregorio López, Covarrubias o Navarro. Es reseñable el hecho de que alude a la polémica actuación del nuncio en 1589, que procedió contra algunos eclesiásticos que habían acudido ante el consejo de Castilla por mor de un recurso de fuerza<sup>190</sup>. Asimismo, con posterioridad analizará el supuesto en el que los oidores declararan que el juez eclesiástico no hacía fuerza, habiendo sido absuelto el corregidor en virtud de la provisión ordinaria y por los ochenta días establecidos. Sostiene que el corregidor debía ser absuelto de nuevo de cualquier excomunión por el confesor que él eligiera, ya fuera miembro del clero secular o del regular. Esta operación se hacía, entre otras simples razones, para mayor seguridad de la conciencia del oficial real, y había sido defendida por autores como Bartolomé de Medina. En virtud de su experiencia como corregidor, Castillo aconsejaba solventar las diferencias con los eclesiásticos antes de la celebración del juicio de residencia<sup>191</sup>. Asimismo, enfatiza la inmovilidad de los jueces eclesiásticos y seculares en las cuestiones de competencia. Afirma, en este sentido, que una práctica habitual de los primeros consistía en efectuar en sus propias casas la absolución de los corregidores y de sus tenientes. Considerándola errónea, sostiene que la absolución debía ser encomendada a algún clérigo que acudiera a la morada del corregidor. En el supuesto de que éste último prefiriera que la absolución fuera efectuada por el propio juez eclesiástico, debía ser llevada a

---

189 *Ibidem*, pp. 1083-1085.

190 *Ibidem*, pp. 1059-1061.

191 *Ibidem*, pp. 1152-1153.

cabo en una iglesia de la elección del corregidor, como había ordenado una provisión del consejo real<sup>192</sup>.

Por otra parte, el caso número dieciocho de excepción al fuero privilegiado contemplaba someramente los requisitos de la aplicación de la justicia secular criminal en los casos de delitos cometidos por caballeros de las órdenes militares<sup>193</sup>. La justicia secular podía actuar contra ellos si habían delinquido después de tener los hábitos pero antes de profesar. Esta excepción del fuero no procedía si un fraile cometiere un delito durante el año del noviciado, ya que el juez competente para castigarlo sería su prelado, en virtud del derecho canónico y de la doctrina común. Empero el juez secular podía castigar al novicio si éste hubiera abandonado el monasterio, por mor de la opinión de Lambertenghi<sup>194</sup>. El castigo de los delitos cometidos por los susodichos caballeros es de nuevo contemplado en el caso ciento diecisiete; en esta ocasión, en los perpetrados con motivo del ejercicio de los oficios de regidores, corregidores, capitanes o procuradores de cortes, amén de los delitos graves. En estos casos pierden el privilegio del fuero, si bien Castillo no obvia que los caballeros de la orden de San Juan no podían desempeñar esos oficios públicos. Tampoco podemos olvidar que correspondían a la jurisdicción secular los delitos cometidos por los caballeros en el seno de la actividad militar. No gozaban del fuero los confrades de la orden de San Juan de Rodas, que vivían como legos pese a su hábito y podían desempeñar oficios reales<sup>195</sup>. Castillo sintetizó además el debate relativo a la condición religiosa o seglar y el fuero de los caballeros de las órdenes, encabezado por el doctor Navarro y el obispo Sarmiento. Recuerda que en virtud de la concordia aprobada bajo el mandato del conde de Osorno como presidente del consejo de órdenes, los caballeros de la orden de Santiago no gozaban de la inmunidad ni del fuero eclesiástico en los casos de traición y de otros delitos graves. Esta concordia, pese a que había quedado contemplada en las ordenanzas de las chancillerías, motivó el rechazo de los susodichos caballeros, que alegaban que había sido acordada sin su consentimiento. Aseveraba Castillo que incluso su aplicación no había tenido éxito en el seno de la justicia real, pese

192 *Ibidem*, p. 1151.

193 Una esclarecedora y breve referencia al fuero de las órdenes militares y a su consejo viene referida en: FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Gabriel del Barrio, Madrid, 1724, p. 161.

194 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1031-1032.

195 *Ibidem*, pp. 1096-1097.

a que la doctrina común defendía la consideración seglar de los caballeros. Siguiendo a Gregorio López, sostenía que si bien el papa Martín V los había eximido de la jurisdicción ordinaria eclesiástica y de la seglar, tan sólo debía interpretarse en cuanto a su jurisdicción eclesiástica, pero no en perjuicio de la justicia real a la que estaban sujetos los caballeros. No obstante, no deja de mencionar la cédula real de 1527 dada a las chancillerías y que establecía que los tribunales reales no podían conocer las causas criminales de los comendadores de Santiago. Como es habitual, Castillo presta su propio testimonio acerca de la realidad de la administración judicial. Asevera que a lo largo de su vida como corregidor, pesquisidor y abogado ha observado que, por lo general, los señores del consejo remiten los caballeros y sus causas a sus jueces conservadores. Menciona dos casos recientes, como, en primer lugar, el de un caballero acusado de asesinato, de cuya causa pretendió conocer el consejo de Aragón y que finalmente fue del conocimiento del consejo de órdenes. Contrariamente, un caballero del hábito de Calatrava acusado de cometer el pecado nefando fue ajusticiado por un alcalde de chancillería, quien le condenó a la hoguera<sup>196</sup>. En todo caso, la defensa de la justicia real viene enfatizada por Castillo en lo que concernía a los comendadores y caballeros de las órdenes militares de Santiago, Calatrava y Alcántara. En su opinión, ante la comisión de un delito por parte de uno de ellos, el corregidor debía proceder en la causa hasta su inhibición por mandato del rey, del consejo o de la chancillería. Aseveraba incluso que no era habitual remitir de oficio a estos reos de fuero privilegiado a su juez, dada la frecuencia con la que, conscientes de su condición, alteraban el orden<sup>197</sup>. Los jueces y alguaciles del consejo de las órdenes que necesitaban intervenir en un territorio realengo en virtud de una comisión especial, debían presentar la provisión real y la correspondiente carta acordada para que los jueces reales les permitieran ejercer sus funciones<sup>198</sup>.

Por otra parte los caballeros de la orden de San Juan poseían mayores exenciones y privilegios apostólicos. Sus priores conocían de sus delitos en su asamblea. Empero, los tribunales seculares no se inhibían en las causas hasta que constara el carácter profeso del reo o se les ordenara su remisión a sus jueces. Siguiendo a Baldo, no bastaba que el individuo portara el hábito para considerar su profesión y reconocer sus privilegios; opinión manifestada por

---

196 *Ibidem*, pp. 1137- 1139.

197 *Ibidem*, p. 1137.

198 *Ibidem*, p. 1155.

el consejo real pocos años antes de la primera edición de la Política, con motivo del enjuiciamiento secular de un individuo del hábito de Alcántara que había sido detenido por una pendencia<sup>199</sup>. El debate sobre la inmunidad de los que aún no habían profesado había sido zanjado a raíz del Concilio de Trento, en el que se habían establecido los supuestos en los que los caballeros de las órdenes militares debían gozar de su inmunidad antes de profesar: si estaban al servicio de la orden o bajo obediencia en alguna de sus casas o conventos, o si habían hecho la profesión de manera legítima y según la regla de su orden militar<sup>200</sup>. En las excepciones al fuero eclesiástico en lo concerniente a la justicia criminal, Hevia aludió al supuesto en el que el caballero hubiera dado muerte a un clérigo. Le correspondía ipso facto la pérdida de su privilegio y el juez secular podía castigarle, como había afirmado Boerio<sup>201</sup>.

El contenido de la concordia referida pasó a formar parte de varios autos acordados. A mediados del siglo XVIII Elizondo explicaba sucintamente su contenido. Quedaban exceptuados del fuero privilegiado los caballeros de Santiago en causas de alevosía, hurtos graves, tumultos, pecado nefando y, en general, de los delitos de lesa majestad divina y humana. Los jueces de su orden conocerían del resto de las causas criminales, en virtud de las bulas pontificias que reconocían su privilegio. De esta exención judicial también disfrutaban los caballeros y comendadores de las órdenes de Calatrava, Alcántara y Montesa. Los delitos cometidos por ellos podían ser castigados de conformidad con el arbitrio real mediante la bula de León X, expedida en Roma en 1514 en favor de los reyes de España. La instancia judicial superior era el real consejo de las órdenes, si bien las causas criminales exceptuadas en la mencionada concordia correspondían a la justicia real, por mor del auto 11, del título 1 del libro 4 de la Nueva Recopilación<sup>202</sup>. Castillo plasma también la doctrina de Cassaneo y de otros autores, relativa a la situación jurídica de los caballeros de otras órdenes militares, como la de Cristo de Portugal o la de Montesa de Valencia. Consideraban los juristas consultados por Castillo que sus caballeros eran religiosos y exentos de la jurisdicción seglar. No obstante, si tenían carácter local, no gozarían de sus privilegios en las causas criminales desarrolladas fuera de las provincias en las que se

---

199 *Ibidem*, p. 1140.

200 *Ibidem*, p. 1141.

201 HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica. Op. cit.* p. 189.

202 ELIZONDO, F.A. *Práctica universal forense de los tribunales de esta Corte. Op. cit.*, pp. 177-178.

instituyeron -abordaba también, a partir del derecho real, los requisitos de la ejecución de los bienes del caballero que hubiera delinuido y que perteneciera a una orden foránea-. El autor subrayaba que el caballero delincuente debía presentar la declinatoria ante el juez que le citó y conocía su causa, no siendo su privilegio tan notorio como en el caso de los clérigos y frailes. Por esta razón, si el caballero no acudía ante el juez a alegar su privilegio, era válida la declaración de su rebeldía<sup>203</sup>. Es importante señalar que los caballeros no gozaban del privilegio del fuero ni debían ser remitidos a sus jueces si hubieran dado muerte a algún clérigo. En consecuencia, podían ser castigados por la justicia seglar, aunque ya hubieran hecho la profesión en la orden. Asimismo, si el maestro o el consejo de órdenes condenaba a un caballero a la pena de muerte, debía ser previamente degradado y después ejecutado en secreto. Afirmaba el autor que en la práctica habitual se les aplicaba el garrote en su aposento<sup>204</sup>.

En virtud del real decreto de 1707 Felipe V declaró que le correspondía a la sala de justicia del consejo de órdenes el conocimiento de todos los pleitos civiles y criminales de sus caballeros; la única disposición normativa ventajosa para este consejo, como afirmaba Elizondo. La sujeción de los caballeros reos a la justicia criminal ordinaria quedaba fuera de toda duda en el período borbónico<sup>205</sup>. Asimismo, los profesores Jordán y Miguel de Manuel, en virtud del derecho positivo, explicaban que el rey podía delegar las causas de los caballeros a los jueces de su elección, merced a su consideración de maestro supremo de las órdenes<sup>206</sup>.

Por mor del caso veintiséis presentado por Castillo sobre las excepciones del fuero privilegiado, si el clérigo fuera soldado, dotado de armas y sueldo, podía ser apresado por el corregidor si ya hubiera sido amonestado en vano tres veces por su prelado. En este caso sería castigado sin degradación previa, ya que había perdido el privilegio del fuero<sup>207</sup>. El clérigo apóstata que delin-

---

203 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1141-1143.

204 *Ibidem*, pp. 1143-1144.

205 ELIZONDO, F.A. de, *Práctica Universal Forense de los tribunales de esta Corte*. *Op. cit.*, pp. 181-183.

Véase también VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 98-114.

206 JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. *Instituciones del derecho civil de Castilla*. *Op. cit.*, p. 253.

207 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1038-1039.

quiera también podría ser castigado por el juez secular, sobre todo en virtud de la constitución del papa León X<sup>208</sup>.

El caso ciento seis incluido en la Política contemplaba la excepción del fuero privilegiado en relación a las universidades sujetas al patronazgo real, como las de Salamanca y Valladolid. Los pesquisidores enviados podían aplicar castigos corporales a los estudiantes legos. Además, éstos podían ser también sancionados por los corregidores, como estaba previsto en la Nueva Recopilación, siguiendo a las Partidas. Esta competencia no era óbice para que Castillo, imbuido de la lectura de Abad y de Bartolo, considerara que las universidades y estudios generales eran reputados por eclesiásticos en virtud de varias exenciones y privilegios aprobados por el papa y confirmados por el rey. No es, en consecuencia, extraño que el maestrescuela de la Universidad de Salamanca tuviera la jurisdicción civil y criminal<sup>209</sup>. El juez del estudio general era el obispo o el rector, por mor del derecho común. En todo caso, en los procesos debía regir el derecho real. Siguiendo a Baldo el rey podía suprimir o establecer limitaciones a la jurisdicción privilegiada universitaria<sup>210</sup>.

La citada configuración de la Junta de competencias en el siglo XVII reforzó la excepción al privilegio del aforado en virtud de la gravedad del delito perpetrado y consiguiente licitud de la actuación de la justicia real en su castigo<sup>211</sup>.

Una mención especial merece el tratamiento competencial de las cofradías, contempladas en el caso ciento trece de las excepciones al fuero eclesiástico de la Política y a la luz de la doctrina común. Por una parte, estaban erigidas en suelo sacro, instituidas bajo la autoridad del obispo o con fines hospitalarios y gozaban del fuero eclesiástico en lo que concernía a las mandas piadosas, la recepción o exclusión de los cofrades y a los bienes comunes. Huelga decir que los asuntos espirituales pertenecían a la jurisdicción eclesiástica con carácter privativo. Por otra parte, las causas en asuntos profanos y los delitos de los cofrades –incluyendo los ruidosos conflictos derivados por

208 *Ibidem*, p. 1039.

209 Véase también RUIZ RODRÍGUEZ, J.I; UROSA SÁNCHEZ, J. *Pleitos y pleiteantes ante la Corte de Justicia de la Universidad Complutense (1598-1700)*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998 y TORRES SANZ, D. “La jurisdicción universitaria vallisoletana en materia criminal”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXI (1991), pp. 5-86.

210 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1090-1091.

211 FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Gabriel del Barrio. *Op.cit.*, p. 142.

el puesto y precedencia en las procesiones- pertenecían a la justicia secular, pudiendo el corregidor ordenar la detención del preboste o del cofrade conflictivo<sup>212</sup>.

El discurso ofrecido por Castillo acerca de las cuestiones competenciales eclesiásticas y seculares en las causas penales será plenamente asumido por Fernández de Herrera en la segunda mitad del siglo XVII. Su obra, de carácter eminentemente procesal y orientada a las funciones desarrolladas en las escribanías, toma también como fuente la *Curia* de Hevia en lo que atañe a las competencias de la justicia real sobre los reos clérigos, no obviando las pertinentes referencias a la Nueva Recopilación<sup>213</sup>.

### 3. Algunas cuestiones sobre los delitos de fuero mixto

Castillo sostiene lacónicamente que la bigamia era castigada comúnmente por los inquisidores<sup>214</sup>, sobre todo la de los moriscos y por mor de su consideración de herejía. Cesado el asunto de la herejía, también procedían los jueces seculares, consecuencia del fuero mixto de la causa<sup>215</sup>. No obstante, el juez lego podía proceder contra los clérigos de órdenes menores que fueran bigamos<sup>216</sup>. La bigamia, en áreas como en la Corte durante las últimas décadas del

---

212 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 1095.

213 FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Gabriel del Barrio. *Op. cit.*, pp. 150-164.

En lo que atañe a la consulta del derecho real promulgado durante el Antiguo Régimen es recomendable la lectura de: MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos antiguos de España: colección completa de todos los códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, con un glosario de las principales voces anticuadas, notas, índices parciales y un repertorio general alfabético de materias*, J. López Camacho, Madrid, 1885, 2 vols.

214 Algunos recientes estudios sobre el enjuiciamiento inquisitorial de la bigamia son, entre otros: CABRERA GARCÍA, E.L. y HERNÁNDEZ AYALA, S.I. “Aproximación al estudio de la bigamia. El caso canario ante la Inquisición de la Nueva España”, en MORALES PADRÓN, F. (coord.), *XIX Coloquio de Historia Canario Americana*, Casa de Colón, Las Palmas de Gran Canaria, 2012, pp. 186-218 y MANESCAU MARTÍN, M.T. *El delito de bigamia ante la Inquisición en Canarias*, Fundación MAPFRE Guanarteme, Las Palmas de Gran Canaria, 2007.

215 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 958.

216 *Ibidem*, pp. 1040-1041.



siglo XVI y las primeras del XVII, no sólo aparecía en las causas de la Inquisición, sino también en la Sala de alcaldes de casa y corte, hecho que demuestra que no era efectivo el reconocimiento de la competencia exclusiva del Santo Oficio, ya que en la práctica seguía siendo considerada un delito de fuero mixto<sup>217</sup>. Asimismo, la persecución de los amancebamientos era causa de algunos enfrentamientos entre la jurisdicción real y la eclesiástica, sin que fuera competencia única de ninguna de las potestades<sup>218</sup>. Una cédula de 1770 exigiría al inquisidor general que advirtiera a los inquisidores que debían observar el derecho real, sin impedir a los jueces seculares el conocimiento de los delitos que les correspondiera y conociendo sólo de los delitos de herejía y apostasía. El Santo Oficio solicitaría la convocatoria de una junta, que celebrada el 6 de diciembre de 1777, supuso la siguiente distribución de competencias: a la justicia real le competía el delito de bigamia en lo que correspondía a las responsabilidades civiles y penales del reo –como la falta de fe pública del contrato, los problemas de la filiación o la ofensa a uno de los cónyuges–; a la jurisdicción eclesiástica le correspondían los aspectos relativos al comportamiento doloso ante el párroco y a la validez y nulidad de la unión; finalmente, al juez inquisitorial le correspondía determinar con exclusividad si el bigamo tenía una creencia errónea sobre el sacramento del matrimonio. Ha de tenerse en cuenta que desde 1553 se había asentado en Indias el principio de que

---

217 Los conflictos entre los jueces inquisitoriales y seculares también son abordados de manera sucinta en: FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Gabriel del Barrio, *Op. cit.*, p. 162.

Una obra historiográfica clásica de ineludible consulta en lo que atañe a los conflictos entre los inquisidores y los jueces seculares y eclesiásticos ordinarios en los dominios de la monarquía católica, con cuidadas referencias a cada territorio, es: LEA, H.C. *A History of the Inquisition of Spain and the Inquisition in the Spanish dependencies*, I. B. Tauris & Co, New York, 2011, 5 vols. Véanse sobre todo el vol. I, pp. 268-288, 427-539, 585-586 y 614-620 y el vol. V.

218 VILLALBA PÉREZ, E. *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*. *Op. cit.*, p. 192.

La represión inquisitorial de los comportamientos sexuales ilícitos viene analizada en trabajos como: MORENO FLORIDO, S. *Mujer y transgresión moral ante el Santo Oficio de Canarias. 1598-1621*, Rubicón, Arrecife, 2000 y la señera obra colectiva TOMÁS Y VALIENTE, F. (dir.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.

En lo que respecta al tema de los clérigos amancebados, véase, entre otros trabajos: TORO CEBALLOS, F. y LINAGE CONDE, A. (coords.), *Abadía. IV Jornadas de Historia en la Abadía de Alcalá la Real*, Diputación Provincial de Jaén, Jaén, 2003.

los asuntos que pasaran ante la Inquisición no podían ser interferidos por los jueces seculares<sup>219</sup>. En las tierras americanas los conflictos se pondrían de manifiesto sobre todo en el siglo XVIII, desencadenando la promulgación de un decreto real de 18 de febrero de 1754 que afirmaba el carácter *mixti fori* de la bigamia –en Santa Fe de Bogotá se había desarrollado ese mismo año un conflicto entre la jurisdicción inquisitorial y la civil en el procesamiento de un bigamo–. Ante las reiteradas competencias en el virreinato de Nueva Granada, el monarca restableció en un decreto de 21 de julio de 1766 la jurisdicción exclusiva de la Inquisición –previa consulta a la Suprema y al Consejo de Indias–. Esta promulgación, sin embargo, tampoco supuso la completa desaparición de los conflictos entre las tres justicias<sup>220</sup>.

Castillo sostiene que para los casos *mixti fori* el conocimiento pertenecía al juez que previniera la causa independientemente de su rango, por mor de una constitución de Pío V de 1566, citada a su vez por Farinacci. No obstante, aconsejaba el despacho de los casos de fuero mixto en los tribunales reales, dada la prolijidad de los pleitos desarrollados ante los jueces eclesiásticos<sup>221</sup>. Advertía también a los corregidores no letrados que consultaran a sus tenientes en lo concerniente a las competencias jurisdiccionales<sup>222</sup>. Estimaba que las censuras fueran el último remedio, después de haber pedido el auxilio del brazo seglar –medida consolidada tras el concilio tridentino–. Contra la jurisdicción real no podían los jueces eclesiásticos recurrir a la costumbre para prender a los legos, a diferencia de las opiniones sostenidas por Palacios Rubios, Menchaca, Covarrubias, Montalvo y Avilés, entre otros. La fuerza de la costumbre tenía, en consecuencia, menor trascendencia en el ámbito del derecho criminal<sup>223</sup>. Afirma tajantemente Castillo que en los delitos de fuero mixto el juez secular no estaba obligado a prestar su auxilio sin examinar la justificación del proceso eclesiástico o sin tener en cuenta que el condenado hubiera apelado legítimamente la sentencia, porque sólo estaba obligado a favorecer la jurisdicción temporal de los tribunales eclesiásticos en los casos

---

219 Una sucinta reflexión acerca de la interacción entre el Santo Oficio y el poder real viene referida en: GARCÍA MARÍN, J. “Inquisición y poder absoluto (siglos XVI-XVII)”, en *Revista de la Inquisición* 1 (1991), pp. 105-119.

220 TORRES AGUILAR, M. “Algunos aspectos del delito de bigamia en la Inquisición de Indias”, en *Revista de la Inquisición* 6 (1997), pp. 125-130.

221 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 960.

222 *Ibidem*, p. 962.

223 *Ibidem*, pp. 962-963.

lícitos, aseveración que era aún objeto de debate; discusión que había suscitado al castellano a inclinarse por Deciani<sup>224</sup>. Empero existían salvedades relativas a los jueces eclesiásticos que pidieran al corregidor el auxilio de sus alguaciles para ejecutar sus sentencias, como en los casos de herejía, sodomía y estupro en el territorio del obispado de Plasencia, que contaba con una carta ejecutoria en este sentido, como había señalado Acevedo<sup>225</sup>.

En la *Política* de Castillo la competencia sobre la persona que incumple su promesa de matrimonio es un claro ejemplo de asunto mixto, dada la frecuencia de los acuerdos escritos de los futuros contrayentes en las postrimerías del siglo XVI, en la consideración del matrimonio como contrato. También el juez secular debía velar por la conservación de las decisiones canónicas en materia contractual<sup>226</sup>. La usura ya había dejado de ser una causa meramente eclesiástica y podía ser castigada por el juez real, a instancias de la prueba presentada por la parte demandada<sup>227</sup>.

Por otra parte los eclesiásticos que daban su parecer o voto en los tribunales de la Inquisición no incurrían en irregularidad si se aplicara una pena de sangre al reo, en virtud del indulto particular del papa Paulo IV, al igual que si los inquisidores entregaran a los condenados a la justicia secular después de declararlos por herejes. La ejecución de las causas correspondía a los jueces seculares en virtud del Derecho Canónico, de la ley de la Partida y de la doctrina defendida por los obispos Covarrubias y Simancas, y por Gregorio López, entre otros<sup>228</sup>. Los inquisidores podían presionar a los jueces seculares para que les auxiliaran, bajo las censuras y penas contempladas en el derecho canónico y en virtud de la doctrina de autores como Deciani<sup>229</sup>. También podían compeler con censuras a los abogados para que asistieran a la defensa de alguna causa<sup>230</sup>. Castillo sostenía que era de común opinión que el obispo y su vicario contaran con auxilio armado para defender la jurisdicción eclesiástica, al igual que los familiares de la Inquisición en aras de la ejecución y defensa de sus jurisdicciones, hasta el punto de que los jueces seculares que se las arrebataran podían ser castigados<sup>231</sup>. Los inquisidores podrían proceder

---

224 *Ibidem*, pp. 965-967.

225 *Ibidem*, p. 967.

226 *Ibidem*, pp. 1097-1098.

227 *Ibidem*, p. 1136.

228 *Ibidem*, p. 910.

229 *Ibidem*, p. 932.

230 *Ibidem*, p. 942.

231 *Ibidem*, p. 934.

contra los individuos que los injuriaran, en vista de que esos comportamientos atentaban contra el Santo Oficio, la Iglesia y la fe en general, basándose Castillo en la doctrina de Deciani, entre otros<sup>232</sup>. Estaban facultados para compeler por censuras a los príncipes y jueces seculares con el fin de que hicieran guardar a los súbditos las normas establecidas contra los herejes y colaboraran en el cumplimiento de la justicia inquisitorial<sup>233</sup>. Huelga decir que la herejía sí era privativa de su jurisdicción y que los jueces seculares no podían decidir sobre el carácter herético de la acción ilícita<sup>234</sup>. Obviamente, el Santo Oficio también tenía la competencia sobre los caballeros de las órdenes militares que fueran sospechosos al respecto<sup>235</sup>. No obstante los jueces seculares podían prender de oficio a los sospechosos de herejía y hacer la información, con el fin de retenerlos y dar noticia a los inquisidores de su distrito para que se hicieran cargo de los presos y proveyeran en virtud de sus competencias<sup>236</sup>. Los inquisidores también contaban con la autoridad para sustituir o quitar a los familiares y otros oficiales de la Inquisición, y castigar a los que delinquieron en el uso de su oficio<sup>237</sup>. En el panorama castellano de la Edad Moderna se suscitaban especialmente controversias de los oficiales reales con los ministros y familiares de la Inquisición, siendo muy notorios en el XVII. Por ejemplo, en 1609 se produce una controversia en el tribunal de Córdoba con la jurisdicción eclesiástica por la confusión en los delitos y la amplitud de la herejía. También adquirió relevancia el conflicto en la década de los cuarenta entre la sala del crimen de Valladolid con los inquisidores. Miguel de Cerbatos, del secreto, fue apresado por Juan de Zerecedo, alcalde del crimen de la Chancillería, por un delito de amancebamiento y heridas que causó a un testigo; apresamiento no aceptado por la Inquisición, que libró censuras contra todos los alcaldes. En aquella ocasión se solicitó el arbitraje real como fórmula para solucionar el conflicto. Se debatía sobre el fuero de los familiares, en lo tocante al disfrute de la inmunidad eclesiástica. La ful-

---

232 *Ibidem*, pp. 946-947.

233 *Ibidem*, p. 947.

234 *Ibidem*, pp. 963-964.

En relación a los comportamientos ilícitos enjuiciados por la Inquisición, véase, entre otros estudios: BLÁZQUEZ MIGUEL, J. "Catálogo de procesos inquisitoriales del Tribunal de Corte", en *Revista de la Inquisición, intolerancia y derechos humanos* 3 (1994), pp. 205-258.

235 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 1139.

236 *Ibidem*, pp. 1099-1100.

237 *Ibidem*, p. 949.

minación de censuras por los tribunales eclesiásticos e inquisitoriales supone la excomunión del censurado y otras penas, observadas con aprensión por el consejo de Castilla, que considera que el Santo Oficio no podía fulminar censuras en las causas de fe. En contraposición los inquisidores tendían a recurrir a las censuras en la defensa de la jurisdicción de sus oficiales. Para el consejo de Inquisición –que parte de las disposiciones de Fernando el Católico de 1501 y 1505– los fueros no tienen fuerza contra la jurisdicción inquisitorial por ser su jurisdicción eclesiástica y superior a todas las demás, y así lo dispone también una real cédula de 1518. En las concordias se establecía que podían el rey y el inquisidor general limitar o extender la jurisdicción<sup>238</sup>. En relación a la competencia privativa de los inquisidores en las causas criminales de los familiares y oficiales del Santo Oficio, Simancas, Páramo y Farina defendían que serían las causas en las que ellos eran reos, y los Inquisidores, en las causas en que ellos eran actores. En Aragón, en las concordias de 1554, 1568 y 1631 el fuero privilegiado se extendía a las causas civiles y criminales, a pesar de las constantes presentaciones de capítulos de abusos, acompañados de peticiones de las cortes, que manifestaban las incompetencias de los inquisidores en el conocimiento de las causas civiles de sus familiares, además de los planteamientos en las Cortes de 1626 sobre la incompetencia del Santo Oficio en las causas criminales de delitos de lesa majestad, asesinatos y homicidios<sup>239</sup>. En Cerdeña, sin embargo, en donde se establecen seis concordias, en la tercera (1597) se excluyen de la jurisdicción inquisitorial delitos como lesa majestad, asesinato, etc. Asimismo, en la concordia sexta (1630) se atribuían a los jueces ordinarios las causas civiles de los familiares<sup>240</sup>.

### III. El brazo de la justicia eclesiástica y el fuero militar

Al igual que la particularidad del fuero militar conllevó conflictos entre los tribunales de este signo y la justicia secular ordinaria en la Edad Moderna, tampoco escasearon las situaciones que originaban competencias entre los

---

238 MAQUEDA ABREU, C. *Estado, Iglesia e Inquisición en Indias. Un permanente conflicto*. *Op. cit.*, pp. 31-40.

239 Véase también: VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. *Op. cit.*, pp. 78-82.

240 MAQUEDA ABREU, C. *Estado, Iglesia e Inquisición en Indias. Un permanente conflicto*. *Op. cit.*, p. 46.

jueces militares y los eclesiásticos<sup>241</sup>. En el siglo XVIII uno de los principales motivos que suscitó cuestiones de competencia entre la jurisdicción eclesiástica y la militar fue la aplicación del asilo eclesiástico a los reos militares, como puso de manifiesto Colón de Larriátegui. En su tratado incluyó el real decreto de 1729, en el que se exponía que los jueces eclesiásticos solían declarar la inmunidad de los reos. Hasta la fecha, la interposición de los recursos de fuerza era el principal recurso esgrimido contra la postura de los eclesiásticos, pero ahora el rey disponía que en cualquier controversia sobre inmunidad del reo militar se diera aviso al capitán general o comandante general de la provincia. A su vez, éste debía ordenar al auditor o asesor militar que asumiera la defensa de la jurisdicción. Como era frecuente que las causas se abandonaran debido a la falta de recursos económicos para costearlas, ordenaba también que los intendentes –con relación jurada de los auditores y el visto bueno de los capitanes o comandantes generales–, pagaran sin demora el importe de los gastos. Debían también escribir a los obispos con el fin de que contuvieran a sus provisos en la causa<sup>242</sup>. Asimismo, la real orden de 7 de octubre de 1775 incidía en el procedimiento que debía seguirse en la extracción de los reos militares del suelo sagrado<sup>243</sup>.

Por otra parte, en el ámbito de la celebración del sacramento del matrimonio era frecuente que muchos soldados contravinieran la promesa de matrimonio y la incumplieran, ya que dependían de la autorización de sus superiores militares. Por esta razón el Consejo de Castilla promulgó en la segunda mitad del siglo XVIII una serie de reales órdenes que delimitaban las competencias de las jurisdicciones eclesiástica y militar en esta materia. En este sentido, la real cédula de 28 de septiembre de 1774 prohibía las reclamaciones de los militares ante el juzgado eclesiástico en pleitos sobre palabra

---

241 Véanse: DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C. “Conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar en el Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol II, pp. 1545-1566; *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, LÓPEZ DÍAZ, M. “Jurisdicción Militar y Jurisdicción Ordinaria en el Reino de Galicia: conflictos y competencias a principios del siglo XVIII (1700-1714)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXI (2011), pp. 679-707 y THOMPSON, I.A.A. *War and government in Habsburg Spain. 1560-1620*, The Athlone Press-University of London, London, 1976.

242 COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F. *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo I, Viuda de Ibarra, Madrid, 1788, pp. 197-198.

243 *Ibidem*, pp. 214-229.

de casamiento. Un año más tarde, la real cédula de 14 de diciembre de 1775 enfatizó que quedaban incluidos dentro de la jurisdicción eclesiástica los individuos dependientes del ejército y la armada en lo que atañía a los esposales. Asimismo, la real cédula de 1 de abril de 1777 agravaba las sanciones a los infractores de las promesas, condenando a los sargentos o cabos de tropas de mar a servir ocho años como soldado en su propia compañía. No obstante, es necesario aclarar que la real cédula de 31 de enero de 1778 especificaba que la sentencia relativa a la imposición del tiempo de servicio correspondía al coronel o jefe del regimiento y no al juez eclesiástico. El uso de esta prerrogativa por los militares desembocó en la real cédula de 1780, que establecía la obligatoriedad de recibir la declaración de los militares arrestados en el plazo de tres días. Empero, los conflictos entre ambos tribunales no cesaron en las postreras décadas del Antiguo Régimen<sup>244</sup>.

#### IV. Conflictos en torno al suelo sagrado: los límites del derecho de asilo

En la edición de la Política de Castillo de Bobadilla de 1597 tiene lugar el desarrollo teórico del derecho de asilo en el capítulo catorce del libro segundo del primer tomo, mientras que en el capítulo siguiente se aborda la polémica sobre la defensa armada de la inmunidad del suelo sacro<sup>245</sup>. En todo caso, el autor apuntará posteriormente, en su capítulo dedicado a la jurisdicción real y a los casos de fuero mixto, que cuando un lego hubiera perpetrado un homicidio u otro delito en una iglesia, o estuviera recluso en ella, era competente el juez secular del territorio en el que estuviera ubicada la edificación. Interpreta el autor que el juez eclesiástico podría castigar el sacrilegio e imponer la penitencia sacramental o pública<sup>246</sup>. Con posterioridad, sintetizará también el debate sobre las competencias de los jueces seculares y eclesiásticos en lo que atañe al delincuente refugiado en una iglesia<sup>247</sup>. Por una parte, Covarrubias

244 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel: “Noviazgo y vida matrimonial en Tenerife durante el siglo XVIII”, *Anuario de Estudios Atlánticos* n° 43 (1997), pp. 348-350.

245 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 709-782.

Véase RICO ALDAVE, H. *El Asilo histórico. Análisis institucional y fuentes jurídicas; su incidencia en Navarra*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2010.

246 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1068-1069.

247 Para un mejor conocimiento del uso del derecho de asilo eclesiástico en la Eu-

y Claro, entre otros autores, sostienen que ambos son competentes y que, ante la falta de consenso, un tercero nombrado por los tribunales superiores reales –en caso de que el juez secular sea realengo, y no de señor– debía determinar junto a ellos si el delincuente podía gozar o no de la inmunidad del suelo sacro. No obstante, comenta Castillo que esta práctica de resolución de conflictos no era habitual en aquella época, sino que generalmente el juez eclesiástico promulgaba censuras y el seglar procedía contra el delincuente, amparándose en apelaciones y en la vía de la fuerza. Había observado que eran los jueces eclesiásticos los que conocían y sentenciaban si los delincuentes podían gozar de la inmunidad del sagrado suelo, solución impulsada por autores como Acevedo y Germonio y que atendía también al contenido de la bula de Gregorio XIV de 1591<sup>248</sup>. Si el juez secular recibiera una penitencia muy grave por parte del eclesiástico podía apelar ante el tribunal metropolitano. Si no le otorgaba la apelación, podía solicitar la vía de fuerza ante el consejo real –si bien Castillo no garantizaba la celeridad de este último procedimiento–<sup>249</sup>. Sin embargo, la disposición papal contó en realidad con la oposición de los reyes españoles, a pesar de las limitaciones a su aplicación impulsadas por los propios Clemente VIII, Paulo V y Urbano VIII<sup>250</sup>.

Castillo desarrolla con prolijidad los límites de la inmunidad del suelo en el citado capítulo catorce, prestando especial atención a cada uno de los delitos más graves e incluyendo algunas referencias históricas. Respecto a los primeros, alude a acciones como la sodomía, el rapto de vírgenes, el adulterio y el homicidio. Cuando menciona al corregidor que extrajera de la iglesia al delincuente, del que con posterioridad y en virtud de la información recibida le constara que no debía gozar de la inmunidad eclesiástica, alude a la doctrina defendida por autores como Pedro de Belluga, que sostenían que la ex-

---

ropa occidental moderna, véanse: HÄRTER, K. “Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich”, Dreher, M. *Das Antike Asyl. Kultische Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion*, Böhlau, Köln-Weimar-Wien, 2003, pp. 301-336.

“Frühneuzeitliche Asylkonflikte vor dem Reichshofrat und anderen europäischen Höchstgerichten”, Auer, L. Ogris, W. und Ortlieb, E., *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2007, pp. 139-162.

248 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 1149-1150.

249 *Ibidem*, pp. 1150-1151.

250 COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F. *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo I. *Op. cit.*, pp. 199-200.



tracción no era justificada sin la previa información<sup>251</sup>. Dada la trascendencia de los usos del asilo eclesiástico como causa de conflictos entre autoridades, no resulta extraño que Hevia también los examinara con atención, haciendo referencias a Castillo, a los juristas italianos, a los criminalistas castellanos o a Gregorio López, entre otros<sup>252</sup>. De sus páginas destacamos su pertinente explicación acerca de la excomunión. Inicialmente se debía hacer la amonestación y la citación trina canónica. A continuación, se ponía la anatema y entredicho. Después procedía la cesación *a divinis*. Como cada una de estas penas era diversa y agravada, era necesario que constara la contumacia del reo, salvo que por la celeridad del caso y justa causa se hubiera hecho desde el principio la amonestación y citación canónica para todas. La pena canónica aplicada al que injustamente sacaba al retraído de la iglesia era la excomunión. También se le imponía una sanción pecuniaria y penitencia pública, además de otras penas según el caso. No podía ser absuelto hasta que se hiciera la restitución; aspecto que había tratado Gregorio López. También era excomulgado *ipso iure* si había quebrado las puertas de la iglesia. Además de las citadas penas, debía pagar todos los daños ocasionados al retraído, como había aseverado Manuel Rodríguez. En virtud de la opinión de Silvestre, si había habido cesación *a divinis*, estaba obligado a pagar las limosnas de las misas y los daños ocasionados. No obstante, el juez secular podía presentarle a su rival eclesiástico el traslado de la información y los autos que hubiera hecho para justificar la extracción del reo. Si aun así el eclesiástico procedía, podía valerse de la vía de la fuerza ante la correspondiente audiencia real. Vistos los autos originales, este tribunal debía declarar si el eclesiástico hacía o no fuerza<sup>253</sup>.

Por su parte, Murillo Velarde también apuntaría que la inmunidad era concedida a los reos en razón del carácter sagrado del lugar en el que hallaban refugio; edificación que podía también hacer las veces de cárcel<sup>254</sup>. Enumera, a partir de sus lecturas de Covarrubias, la constitución de Gregorio XIV, de Gutiérrez o de Deciani, entre otros, los tipos de delincuentes que no podían gozar del susodicho asilo, apreciándose en ocasiones cierta indulgencia res-

---

251 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, p. 757.

252 HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*. *Op. cit.* pp. 210-220.

253 *Ibidem*, pp. 219-220.

254 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. *Op. cit.*, Liber III. Decretalium. Tit. XLIX, pp. 724-725.

pecto a algunos reos, como los adúlteros y los sodomitas<sup>255</sup>. En el siglo XVIII Elizondo sustentaría su síntesis de los crímenes exceptuados del derecho de asilo sobre las obras de Diego Francisco Francés de Urritigoyti y de Miguel de Cortiada, sin obviar las referencias a las disposiciones papales y a los clásicos como Diana, Pellegrini, Ambrosino, Farinacci o Barbosa. Aconseja a los jueces reales actuar con prudencia en las extracciones de los reos acogidos al asilo, ya que su injusta actuación implicaba la excomunión *ipso facto*<sup>256</sup>.

En la práctica habitual, el corregidor acudía al lugar donde se había perpetrado la ilícita acción y se informaba sumariamente del caso y cuerpo del delito. Aunque la información no hubiera sido todavía tomada por escrito, si consideraba que concurría la alevosía o que el delincuente no debía gozar de la inmunidad del suelo sacro, acudía allí para proceder a la detención. Si bien Castillo indicaba la competencia de la justicia real al respecto, encomendaba al corregidor y a sus oficiales que no actuaran con tumultos o con ofensas a los eclesiásticos. Debían hacer las diligencias necesarias del requerimiento al juez eclesiástico para que allanara la iglesia y le entregara al delincuente, con el fin de agilizar el proceso criminal<sup>257</sup>. Podía acontecer que el juez eclesiástico y el seglar estuvieran conformes en que el reo no debía gozar de la inmunidad eclesiástica. Esta coyuntura había originado un interesante debate doctrinal acerca de la competencia para extraer al reo de la iglesia. Apunta Castillo que Cino, Saliceto y otros autores habían abogado por la intervención del juez eclesiástico, o de otro con su licencia, y la posterior entrega al juez seglar. De diferente opinión eran Goni, Fabro o Covarrubias, que defendían la actuación del juez seglar en la extracción, dada su competencia en el castigo del reo. Por su parte, Paz exhortaba al eclesiástico a que se abstuviera de entregar el delincuente al seglar, sino que se limitara a permitir la extracción. En los supuestos en que constaba claramente que los delincuentes no debían gozar de la inmunidad del suelo sacro, el juez real no estaba obligado a pedir licencia al eclesiástico ni a dar fianzas para extraerlo –con límites derivados de la aplicación de penas corporales–. Sin embargo, en los casos dudosos, tenía que hacer caución juratoria, y, en consecuencia, no podía ser castigado en el ínterin el delincuente con pena corporal, aunque ya estuviera fuera del

---

255 *Ibidem*, pp. 725-728.

256 ELIZONDO, F.A. de, *Práctica Universal Forense de los tribunales de esta Corte*. *Op. cit.*, pp. 267-276.

257 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. *Op. cit.*, pp. 757-758.

recinto sagrado. También debía dar fianza de no proceder a aplicar una pena de estas características<sup>258</sup>. Con posterioridad, Murillo sostendría que al juez eclesiástico le correspondía de modo privativo el conocimiento de los casos en los que se dudara del derecho del reo a la inmunidad del sagrado suelo, en virtud del contenido del concordato que mencionaremos con posterioridad<sup>259</sup>. Vizcaíno especificaría que el juez eclesiástico tendría la competencia tanto si el reo refugiado era eclesiástico como lego<sup>260</sup>.

Si el juez seglar indebidamente vulneraba la inmunidad eclesiástica, extrayendo al delincuente recluso que podía gozar de su ubicación, debía ser sancionado en virtud del derecho real y del derecho canónico. Su actitud de agravio hacia los eclesiásticos podía ser sancionada con la excomunión, siendo condenado a una pública penitencia y a una pena pecuniaria, por mor de los cánones y concilios, como había afirmado Gregorio López. En esta coyuntura no debía ser absuelto hasta que restituyera el delincuente a la iglesia. Castillo encomendaba sobre todo al corregidor el respeto del suelo sacro, no extrayendo violentamente de allí a los autores de delitos livianos, dando lugar a tumultos, escándalos e incluso, muertes. Estas desproporcionadas actuaciones motivaban incluso la denegación de las provisiones ordinarias de absolución de ochenta días<sup>261</sup>. A la postre, Murillo Velarde afirmaría que en el interior de las iglesias podían intervenir los árbitros de las partes, dar tutores y desarrollar actividades extrajudiciales lícitas, pero que no se podía impulsar en ellas un proceso judicial criminal. En sus interpretaciones de los límites del derecho de asilo alude a autores como Covarrubias, Hevia, Barbosa y Gregorio López<sup>262</sup>. Destaca además los delitos añadidos por Benedicto XIII en 1725 a las excepciones del asilo eclesiástico, incluyendo a los que trataran con violencia a los asilados y a los miembros del Monte de Piedad que hubieran cometido en sus dependencias robos o falsificaciones<sup>263</sup>. Asimismo la bula de 1735 de Clemente XII restringió aún más el derecho de asilo eclesiástico de los reos. Fue implantada en los territorios de la monarquía española en vir-

258 *Ibidem*, pp. 758-759.

259 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. Op. cit, Liber III. Decretalium. Tit. XLIX, p. 730.

260 VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*. Op. cit, p. 35.

261 CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para Corregidores y señores de vasallos*. Op. cit, pp. 760-762.

262 MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*. Op. cit, Liber III. Decretalium. Tit. XLIX, pp. 723-724.

263 *Ibidem*, p. 732.

tud del concordato de 1737. Algunas dudas originadas por el contenido de las disposiciones anteriores fueron solventadas por la bula de Benedicto XIV de 1749. A instancias de Fernando VI el mismo pontífice expidió un breve en 1748, restringiendo el asilo eclesiástico a los gitanos y a los reos contumaces que hallaban frecuente refugio en el suelo sagrado. También a petición del monarca español, un breve de Clemente XIV de 1772 encomendaba a los jueces ordinarios eclesiásticos el señalamiento de las iglesias que podían gozar del asilo<sup>264</sup>.

## V. Algunas conclusiones

El enjuiciamiento penal y el castigo de los clérigos implicaron los desencuentros entre la jurisdicción real y la ordinaria eclesiástica durante la Edad Moderna. Sin lugar a dudas la excomunión fue una de las principales armas esgrimidas por los jueces eclesiásticos contra las autoridades reales. La trascendencia y gravedad de esta medida motivó que en los citados volúmenes cobraran importancia las explicaciones acerca de su uso y sus límites en los territorios de la monarquía española.

La evolución experimentada a lo largo de los siglos en las obras jurídicas de propósito práctico se caracteriza, primeramente, por una paulatina síntesis de la doctrina de los autores del derecho común. Asimismo, viene marcada por el incremento de las referencias a las disposiciones reales más recientes y que contemplaban los modos de resolver las competencias entre los tribunales; afirmación que no es óbice para advertir la notoria presencia del derecho canónico en la redacción de los autores prácticos abordados. Las nítidas diferencias observadas entre la *Política* de Castillo y el *Código y práctica* de Vizcaíno son esclarecedoras al respecto, en la medida en que el segundo aborda de manera muy sucinta los debates doctrinales y otorga mayor trascendencia al contenido de las cédulas reales borbónicas tendentes a la evitación de los conflictos jurisdiccionales. En efecto, algunas plumas de mediados del siglo XVIII habían abogado por un mayor conocimiento del derecho real de reciente promulgación y efectiva aplicación, alejado de la acumulación de conocimientos impracticables en la práctica jurídica cotidiana. Esta tendencia cristalizó en la redacción y publicación de las *Institucio-*

---

<sup>264</sup> COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F. *Juzgados militares de España y sus Indias*. Op. cit., tomo I, pp. 200-213.

nes de los profesores Jordán y Rodríguez. Por entonces había dejado de ser usual la inclusión de múltiples citas procedentes de los más diversos autores grecolatinos o del Antiguo Testamento, práctica tan notoria en la voluminosa obra de Castillo. Primaba en la segunda mitad del siglo XVIII la difusión de la normativa real, propósito sustentado sobre una redacción alejada de toda expresión ambigua. Esta consideración no impide apreciar el poderoso influjo de los libros de Castillo y de Hevia sobre los escritos de los autores prácticos posteriores. La defensa de la jurisdicción real y la comprensión de las diversas esferas competenciales constituyen dos aspectos teóricos fundamentales. En este sentido, hemos incluido en nuestro análisis las referencias a Jordán, Rodríguez y Murillo Velarde, en razón a su inestimable aportación a la enseñanza del derecho real en el ámbito universitario dieciochesco. Huelga decir que el atento examen del *Cursus* de Murillo permite la profundización en el conocimiento de la jurisdicción eclesiástica ordinaria y de las medidas prácticas adoptadas, dada la valiosa información que el religioso aportó en virtud de su experiencia en Indias. Los desencuentros acaecidos en las postrimerías del Antiguo Régimen entre las autoridades religiosas y las seculares, motivados por el derecho de asilo, constituyen una prueba de la continuidad de la rivalidad jurisdiccional a pesar de las disposiciones reales y canónicas promulgadas. Es importante señalar que la redacción en lengua castellana de la mayor parte de los libros citados pudo contribuir notablemente a un mejor conocimiento del derecho vigente entre los lectores carentes de una exhaustiva formación jurídica. Empero, no supuso el cese absoluto de los conflictos competenciales.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO RICO, J. *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza. Modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales reales superiores*, Benito Cano, Madrid, 1794.
- ALONSO, S. *El pensamiento regalista de Francisco Salgado de Somoza (1595-1665). Contribución a la historia del regalismo español*, CSIC-Instituto “San Raimundo de Peñafort”, Salamanca, 1973.
- ALONSO COLMENARES, E. *Tratado teórico-práctico de los recursos de fuerza y de protección, con arreglo a las legislaciones y práctica de los tribunales de España y de sus Indias*, Narciso Ramírez, Barcelona, 1860.

- ALONSO Y LAMBÁN, M. “Apuntes sobre juristas aragoneses de los siglos XVI y XVII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXIII (1963), pp. 625-637.
- ALONSO ROMERO, M.P. *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca-Diputación Provincial de Salamanca, Salamanca, 1982.
- ÁLVAREZ CORA, E. “Expedientes de censura y licencias de libros jurídicos en los últimos años del siglo XVIII y principios del XIX”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXIII (2003), pp. 289-314.
- ANDRÉS-GALLEGO, J. *Derecho y justicia en la España y la América prerrevolucionarias*, Fundación Histórica Tavera, Madrid, 2000.
- ARANDA MENDÍAZ, M. *El tribunal de la Inquisición de Canarias durante el reinado de Carlos III*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas, 2000.
- ARVIZU, F. “Don Pedro Frasso y la inmunidad eclesiástica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVI (1986), pp. 521-541.
- BALANCY, E. *Violencia civil en la Andalucía Moderna (ss. XVI-XVII). Familiares de la Inquisición y banderías locales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999.
- BARRIO GOZALO, M. “La jerarquía eclesiástica en la España moderna. Sociología de una élite de poder (1556-1834)”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 25 (2000), pp. 17-59.
- BARRIOS PINTADO, F. (coord.), *Derecho y administración pública en las Indias Hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, Cortes de Castilla-La Mancha-Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, vol. I.
- BARRIOS, F. (coord.), *El gobierno de un mundo. Virreinos y Audiencias en la América hispánica*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas* (traducción de J.A. de las Casas), Tecnos, Madrid, 2008.
- BERMEJO CABRERO, J.L. “Tormentos, apremios, cárceles y patíbulos a finales del antiguo régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVI (1986), pp. 683-727.
- BÉTHENCOURT MASSIEU, A. de, “El real patronato”, en *Anuario de Estudios Atlánticos* 48 (2002), pp. 155-214.
- BIEŃKO DE PERALTA, D. y BRAVO RUBIO, B. (coords.), *De sendas, brechas y atajos. Contexto y crítica de las fuentes eclesiásticas, siglos XVI-XVIII*, Insti-

- tuto Nacional de Antropología e Historia-Escuela Nacional de Antropología e Historia, México D.F, 2008.
- BLÁZQUEZ MIGUEL, J. “Catálogo de procesos inquisitoriales del Tribunal de Corte”, en *Revista de la Inquisición, intolerancia y derechos humanos* 3 (1994), pp. 205-258.
- BRAVO LIRA, B. “Judex, minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXI (1991), pp. 11-163.
- BRUQUETAS DE CASTRO, F. “Pecadores, víctimas e inocentes. Los homosexuales en la Edad Moderna” en GARCÍA CÁRCEL, R. (dir.), *Los olvidados de la historia. Marginales*, Círculo de Lectores, Barcelona, 2004, pp. 317-433.
- CABRERA GARCÍA, E.L y HERNÁNDEZ AYALA, S.I. “Aproximación al estudio de la bigamia. El caso canario ante la Inquisición de la Nueva España”, en MORALES PADRÓN, F. (coord.), *XIX Coloquio de Historia Canario Americana*, Casa de Colón, Las Palmas de Gran Canaria, 2012, pp. 186-218.
- CARRASCO MARTÍNEZ, A. *et alii*, *Conflictos y sociedades en la historia de Castilla y León. Aportaciones de jóvenes historiadores*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2010.
- CASTILLO DE BOVADILLA, J. *Política para corregidores y señores de vasallos* (ed. facsímil de la de Juan Bautista Verdussen, Amberes, 1704), Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, t. I.
- *Política para Corregidores y señores de vasallos*, Sebastián de Cormellas, Barcelona, 1624, 2 tomos.
- *Política para Corregidores y señores de vasallos*, Luis Sánchez, Madrid, 1597, 2 tomos.
- CERDÁN DE TALLADA, T. *Visita de la cárcel y de los presos*, Casa de Pedro de Huete, Valencia, 1574.
- COBO DEL ROSAL, M. “Digresiones sobre la historicidad del Derecho Penal”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. extraordinario (2004), pp. 87-96.
- COLAS LATORRE, G. y SALAS AUSENS, J.A. *Aragón en el siglo XVI: alteraciones sociales y conflictos políticos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1982.
- COLÓN DE LARRIÁTEGUI, F. *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo I, Viuda de Ibarra, Madrid, 1788.
- CONNAUGHTON, B. y RUIZ MEDRANO, C.R. (coords.), *Dios, religión y patria: intereses, luchas e ideales sociorreligiosos en México, siglos XVIII-XIX. Perspectivas locales*, El Colegio de San Luis, San Luis Potosí, 2010.

- CORONAS GONZÁLEZ, S.M. “La reforma judicial de Aranda (1766-1771)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVIII (1998), pp. 45-81.
- “Hevia Bolaños y la Curia Philippica”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXVII (2007), pp. 77-93.
- COVARRUBIAS, J. de, *Máximas sobre recursos de fuerza y protección* (2ª ed.), Viuda de Ibarra, Madrid, 1786.
- CRESPO MARTÍNEZ, D. “Aproximación al panorama ideológico en las Canarias de finales del XVIII: el rectorado del Seminario Conciliar 1782-1792”, en MORALES PADRÓN F. (coord.), *XVII Coloquio de Historia Canario-Americana (2006)*, Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, pp. 1984-1993.
- CRUZ CRUZ, J. *Fragilidad humana y ley natural. Cuestiones disputadas en el Siglo de Oro*, EUNSA, Pamplona, 2009.
- CRUZ CRUZ, J. (ed.), *Delito y pena en el Siglo de Oro*, EUNSA, Pamplona, 2010.
- CUEVAS, M. *Historia de la Iglesia en México*, tomo IV (7ª ed. de J. Gutiérrez Casillas), Porrúa, México D.F. 2003.
- DARIAS PADRÓN, D; RODRÍGUEZ MOURE, J; BENÍTEZ INGLOTT, L. *Historia de la religión en Canarias*, Cervantes, Sta. Cruz de Tenerife, 1957.
- DECOCK, W. *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus-Nijhoff publishers, Leiden-Boston, 2013.
- DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO, R. y GAYOL, V. (coords.), *El gobierno de la justicia. Conflictos jurisdiccionales en Nueva España (s. XVI-XIX)*, El Colegio de Michoacán-Archivo Histórico del Municipio de Colima, Zamora, 2012.
- DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C. “Conflictos de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar en el Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol II, pp. 1545-1566.
- *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A. “Regalismo y relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVII”, en MESTRE SANCHIS, A. (dir.), *Historia de la Iglesia en España. La Iglesia en la España de los siglos XVII y XVIII*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1979, pp. 73-121.
- “La monarquía, los poderes civiles y la Inquisición, un arbitraje difícil”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol II, pp. 1587-1599.
- *Estudios de la Inquisición española*, Comares, Granada, 2010.



- DUVE, T. *Información bibliográfica para el estudio del derecho canónico indiano*, Ediciones de las tres lagunas, Buenos Aires, 2012.
- EGAÑA, A. de, *Historia de la Iglesia en la América española. Desde el Descubrimiento hasta comienzos del siglo XIX. Hemisferio sur*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1966.
- ELIZONDO, F.A. de, *Práctica Universal Forense de los tribunales de esta Corte*, Joachin Ibarra, Madrid, 1764.
- ESCUADERO LÓPEZ, J.A. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, Gráficas Solana, Madrid, 1985.
- FAJARDO ESPÍNOLA, F. “El delito de hechicería en Canarias: competencias jurisdiccionales”, en MORALES PADRÓN, F. (coord.) *IX Coloquio de Historia Canario-Americana (1990)*, Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, tomo II, pp. 25-54.
- *Hechicería y brujería en Canarias en la Edad Moderna*, Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1992.
- FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M.C. “Notas sobre la reforma del Consejo de Castilla en 1713”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXIX (1999), pp. 547-577.
- FERNÁNDEZ VARGAS, V. “Noticia sobre la situación penal de León en 1572 y 1573. Un documento para la historia de la penalidad en España”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXVIII (1968), pp. 629-634.
- FERNÁNDEZ VEGA, L. *La Real Audiencia de Galicia, órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, Diputación Provincial de La Coruña, La Coruña, 1982, 2 vols.
- FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, J. *Práctica criminal instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Imprenta Real, Madrid, 1672.
- GARCÍA CÁRCEL, R. “La Inquisición en la Corona de Aragón”, en *Revista de la Inquisición* 7 (1998), pp. 151-163.
- GARCÍA GALLO, A. “La Nueva recopilación de las Leyes de Indias de Solórzano Pereira”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXI-XXII (1951-1952), pp. 529-606.
- “La Ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXI-XXII (1951-1952), pp. 607-730.
- “La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispano-americano en los siglos XVI al XVIII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XLIV (1974), pp. 157-200.

- GARCÍA Y GARCÍA, A. *Derecho común en España: los juristas y sus obras*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991.
- GARCÍA MARÍN, J. “Inquisición y poder absoluto (siglos XVI-XVII)”, en *Revista de la Inquisición* 1 (1991), pp. 105-119.
- GARCÍA ORO, J; PORTELA SILVA, M.J. *La Iglesia de Canarias en el Renacimiento: de la misión a la diócesis: estudio histórico y colección diplomática*, Cabildo de Fuerteventura, Puerto del Rosario, 2005.
- GARCÍA-BADELL ARIAS, L.M. “La Junta Grande de Competencias de Felipe IV: Rey, nobleza y Consejos en la Monarquía Católica”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* vol. Extraordinario (2004), pp. 105-136.
- GARZA, F. *Quemando mariposas. Sodomía e imperio en Andalucía y México, siglos XVI-XVII*, Laertes, Barcelona, 2002.
- GÓMEZ, A. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro, escrito por Pedro Nolasco de Llano* (edición facsímil de la de Imprenta de Joseph Doblado, Madrid, 1785), Analecta, Pamplona, 2002.
- GONZÁLEZ ALONSO, B. “Notas sobre las relaciones del estado en la administración señorial en la Castilla moderna”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LIII (1983), pp. 366-394.
- GUZMÁN, A. “Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. L (1980), pp. 851-890.
- HÄRTER, K. “Vom Kirchenasyl zum politischen Asyl: Asylrecht und Asylpolitik im frühneuzeitlichen Alten Reich”, Dreher, M. *Das Antike Asyl. Kulturelle Grundlagen, rechtliche Ausgestaltung und politische Funktion*, Böhlau, Köln-Weimar-Wien, 2003, pp. 301-336.
- “Frühneuzeitliche Asylkonflikte vor dem Reichshofrat und anderen europäischen Höchstgerichten”, Auer, L. Ogris, W. und Ortlieb, E, *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2007, pp. 139-162.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. “Noviazgo y vida matrimonial en Tenerife durante el siglo XVIII” en *Anuario de Estudios Atlánticos* 43 (1997), pp. 315-418.
- HESPANHA, A.M. “Da iustitia a disciplina. Textos, poder e política penal no antigo regime”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LVII (1987), pp. 493-578.
- HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, Ramón Ruiz, Madrid, 1790.
- JORDÁN DE ASSO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. de, *Instituciones del Dere-*

- cho Civil de Castilla* (ed. facsímil de la de Imprenta de Ramón Ruiz, Madrid, 1792), Lex Nova, Valladolid, 1984.
- KAMEN, H. *La Inquisición española*, Crítica, Barcelona, 1985.
- LA HERA, A. “Reforma de la inmunidad personal del clero en Indias bajo Carlos IV”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXX (1960), pp. 553-616.
- LA PUENTE BRUNKE, J. de; GUEVARA GIL, J.A. (eds.), *XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Derecho, instituciones y procesos históricos*, Instituto Riva-Agüero-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, tomo II.
- LAS HERAS SANTOS, J.L. de, *La Justicia Penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991.
- LEA, H.C. *A History of the Inquisition of Spain and the Inquisition in the Spanish dependencies*, I. B. Tauris & Co, New York, 2011, 5 vols.
- LEVAGGI, A. “Los recursos de fuerza en el derecho indiano”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. IV (1992), pp. 117-138.
- LINAGE CONDE, A. “Un enfrentamiento entre las potestades eclesiástica y municipal en Sepúlveda en las postrimerías del Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. L (1980), pp. 623-638.
- LOHMANN VILLENA, G. “En torno de Juan de Hevia Bolaño. La incógnita de su personalidad y los enigmas de sus libros”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXXI (1961), pp. 121-161.
- LÓPEZ DÍAZ, M. “Jurisdicción Militar y Jurisdicción Ordinaria en el Reino de Galicia: conflictos y competencias a principios del siglo XVIII (1700-1714)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXI (2011), pp. 679-707.
- LÓPEZ LEDESMA, A. “La inmunidad eclesiástica en la Alcaldía Mayor de San Luis Potosí: ¿Un enfrentamiento entre fueros?”, *Cuadernos de Historia del Derecho* vol. extraordinario (2010), pp. 255-276.
- MALDONADO, J. “Los recursos de fuerza en España. Un intento para suprimirlos en el siglo XIX”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XXIV (1954), pp. 281-380.
- MANESCAU MARTÍN, M.T. *El delito de bigamia ante la Inquisición en Canarias*. Fundación MAPFRE Guanarteme, Las Palmas de Gran Canaria, 2007.
- MAQUEDA ABREU, C. “Conflictos jurisdiccionales y competencias en la Castilla del siglo XVII. Un caso ilustrativo”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXVII (1997), vol. II, pp. 1567-1586.
- “Los conflictos de competencias. Una muestra en el tribunal inquisitorial de Nueva España” en VVAA. *La supervivencia del derecho español en Hispa-*

- noamérica durante la época independiente*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 1998, pp. 329-364.
- *Estado, Iglesia e Inquisición en Indias. Un permanente conflicto*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- MARCOS GUTIÉRREZ, J. *Práctica criminal de España* (3ª ed), Fermín Villalpando, Madrid, 1824, 3 tomos.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. *Códigos antiguos de España: colección completa de todos los códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, con un glosario de las principales voces anticuadas, notas, índices parciales y un repertorio general alfabético de materias*, J. López Camacho, Madrid, 1885, 2 vols.
- MARTÍNEZ RUIZ, E. y DE PAZZIS, M. (coords.), *Instituciones de la España Moderna. Las Jurisdicciones*, Actas, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ RUIZ, E. y SUÁREZ GRIMÓN, V. (eds.), *Iglesia y sociedad en el Antiguo Régimen. III Reunión científica. Asociación española de Historia Moderna*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Las Palmas, 1994, vol. 1.
- MEDINA, J.T. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México* (2ª ed), Dirección de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México D.F, 2010.
- *Historia del Tribunal de la Inquisición de Lima (1569-1820)*, Fondo Histórico y Bibliográfico J. T. Medina, Santiago de Chile, 1956, 2 tomos.
- MORENO FLORIDO, S. *Mujer y transgresión moral ante el Santo Oficio de Canarias. 1598-1621*, Rubicón, Arrecife, 2000.
- MURILLO VELARDE, P. *Curso de derecho canónico hispano e indiano*, vols. III y IV (ed. de varios autores), Colegio de Michoacán-UNAM, Michoacán-México D.F, 2005.
- NIETO, A. “Gobierno y Justicia en las postrimerías del Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho. Homenaje al profesor Dr. D. José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco* (2004), pp. 189-202.
- OJEDA BÁEZ, F. “El poder político y la administración de justicia en la isla de Fuerteventura a fines del Antiguo Régimen: una aproximación histórica”, en *MORALES PADRÓN, F. (coord.), XII Coloquio de Historia Canario-Americana (1996)*, Casa de Colón-Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 2008, tomo II, pp. 753-774.
- ORTEGO GIL, P. “Innocentia praesumpta: absoluciones en el Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003), pp. 71-125.
- “Notas sobre el arbitrio judicial <usque ad mortem> en el Antiguo Régimen”,

- en *Cuadernos de Historia del Derecho. Homenaje al profesor Dr. D. José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco* (2004), pp. 211-233.
- OTS CAPDEQUÍ, J.M. *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Losada, Buenos Aires, 1945.
- PARRAS, P.J. *Gobierno de los Regulares de la América*, Joaquín Ibarra, Madrid, 1783, 2 tomos.
- PÉREZ MARCOS, R.M. “Tomás Cerdán de Tallada, el primer tratadista de derecho penitenciario”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXV (2005), pp. 755-801.
- PÉREZ MUÑOZ, I. *Pecar, delinquir y castigar: el tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII*, Institución Cultural “El Brocense”-Excma. Diputación Provincial de Cáceres, Cáceres, 1992.
- PONCE LEIVA, P. “Redes sociales y ejercicio del poder en la América Hispana: consideraciones teóricas y propuestas de análisis”, en *Revista Complutense de Historia de América* 34 (2008), pp. 15-42.
- PORRAS ARBOLEDAS, P.A. “El Cuaderno de Denuncias de Baena (Córdoba) en 1798. La administración de justicia en causas de policía rural a finales del Antiguo Régimen”, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 10 (2003), pp. 127-155.
- PRADILLA, F. de la, *Suma de las leyes penales* (ed. facsímil de la de Madrid, Imprenta del Reyno, 1639), Lex Nova, Valladolid, 1996.
- PRIETO CORBALÁN, M.R; DAZA PALACIOS, S. *Proceso criminal contra Fray Alonso Díaz (1714)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2000.
- PRODI, P. *Cristianesimo e potere*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- RIBADENEYRA Y BARRIENTOS, A.J. de, *Manual compendio del regio patronato indiano*, Antonio Marín, Madrid, 1755.
- RICO ALDAVE, H. *El Asilo histórico. Análisis institucional y fuentes jurídicas; su incidencia en Navarra*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2010.
- RIVERO RODRÍGUEZ, M. “Corte y Poderes provinciales: el virrey Colonna y el conflicto con los Inquisidores de Sicilia”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 14 (1993), pp. 73-101.
- RODRÍGUEZ BENÍTEZ, P.J. “La crisis del modelo dual de justicia y regimiento: la concentración de poder en manos de la oligarquía de la isla de La Palma durante el siglo XVIII”, en *Revista de Historia Canaria* 185 (2003), pp. 249-275.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A. “La sogá y el fuego. La pena de muerte en la España

- de los siglos XVI y XVIII”, en *Cuadernos de Historia Moderna* 15 (1994), pp. 13-39.
- ROLDÁN VERDEJO, R. *Los Jueces de la Monarquía Absoluta. Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV-XVIII*, Universidad de La Laguna, La Laguna, 1989.
- RONQUILLO RUBIO, M. *Los orígenes de la Inquisición en Canarias, 1488-1526*, Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1991.
- RUIZ IBÁÑEZ, J.J. “Las jurisdicciones de la Monarquía: la resistencia a la actuación inquisitorial en Murcia (1622)”, en *Revista de la Inquisición* 4 (1995), pp. 249-262.
- RUIZ RODRÍGUEZ, I. “La Inquisición siciliana”, en *Revista de la Inquisición* 9 (2000), pp. 101-112.
- RUIZ RODRÍGUEZ, J.I; UROSA SÁNCHEZ, J. *Pleitos y pleiteantes ante la Corte de Justicia de la Universidad Complutense (1598-1700)*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998.
- SAINZ GUERRA, J. *La evolución del Derecho Penal en España*, Universidad de Jaén, Jaén, 2004.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.D.M. *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.
- SANZ, M.C. *Modo y forma de instruir y substanciar las causas criminales*, Joseph Doblado, Madrid, 1796.
- SCHAFFSTEIN, F. *La ciencia europea del Derecho Penal en la época del Humanismo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.
- SCIUTI RUSSI, V. “La supresión del Santo Oficio de Sicilia”, en *Revista de la Inquisición* 7 (1998), pp. 309-319.
- SERRA RAFOLS, E. “Recurso del obispo Dr. Cámara y Murga ante el rey por abuso de fuerza de las autoridades locales, 1633 (¿)”, en *Revista de Historia* t. XVII, nº 93-96 (1951), pp. 119-124.
- SEVILLA GONZÁLEZ, M.C; DÍAZ PADILLA, G. *El libro de Acuerdos de Cabildo relativo al nombramiento de los Alcaldes Mayores de La Gomera. 1775-1816. Estudio del alcance de algunas reformas de Carlos III*, Ayuntamiento de San Sebastián de La Gomera, San Sebastián de La Gomera, 1996.
- SOLÓRZANO PEREIRA, J. de, *Política Indiana*, Henrico y Cornelio Verdussen, Amberes, 1703.
- TAPIA, E. de, *Tratado de los recursos de fuerza, y otro de recursos extraordinarios al soberano*, Mompié, Valencia, 1830.

- THOMPSON, I.A.A. *War and government in Habsburg Spain. 1560-1620*, The Athlone Press-University of London, London, 1976.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.
- “Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. XLV (1975), pp. 159-238.
- TOMÁSYVALIENTE, F. (dir.), *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- TORO CEBALLOS, F. y LINAGE CONDE, A. (coords.), *Abadía. IV Jornadas de Historia en la Abadía de Alcalá la Real*, Diputación Provincial de Jaén, Jaén, 2003.
- TORRES AGUILAR, M. “Algunos aspectos del delito de bigamia en la Inquisición de Indias”, en *Revista de la Inquisición* 6 (1997), pp. 117-138.
- TORRES SANZ, D. “La jurisdicción universitaria vallisoletana en materia criminal”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXI (1991), pp. 5-86.
- VIERA Y CLAVIJO, J. *Historia de Canarias* (6ª ed. de Alejandro Cioranescu), Goya, Sta. Cruz de Tenerife, 1967-1971, 2 tomos.
- VILLALBA PÉREZ, E. *La administración de la justicia penal en Castilla y en la Corte a comienzos del siglo XVII*, Actas, Madrid, 1993.
- VILLARROEL, G. de, *Gobierno eclesiástico-pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*, Antonio Marín, Madrid, 1738, 2 tomos.
- VIZCAÍNO PÉREZ, V. *Código y Práctica Criminal*, Viuda de Ibarra, Madrid, 1797, tomo I.
- VVAA. *Estructuras, gobierno y agentes de la administración en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Casa-Museo de Colón-Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1984.
- WAUTERS, B. “La doctrina sobre los recursos de fuerza en el siglo XVII”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* t. LXXVIII-LXXIX (2008-09), pp. 215-232.





## ÍNDICE

Foreword: Prof. Dr. Karl Härter .....	9
Introduction: Gustavo César Machado Cabral, Francesco Di Chiara, Óscar Hernández Santiago y Belinda Rodríguez Arrocha .....	11
I. Direito penal na literatura de <i>Decisiones</i> em Portugal (1578-1660): Gustavo César Machado Cabral .....	23
Introdução	
1. Direito penal em Portugal no antigo regime: uma introdução	
2. Literatura de decisiones	
3. Decisiones e direito penal: visão geral e comparativa das obras	
Considerações finais	
Referências	
II. L'incontro tra normativa, dottrina e prassi nelle seicentesche <i>Decisiones</i> penali dei supremi tribunali del <i>Regnum Siciliae</i> : Francesco Di Chiara .....	77
III. La justicia criminal novohispana. Entre la culpa del delincuente y la misericordia del juez: Óscar Hernández Santiago .....	111
1. Introducción	
2. La misericordia como motor	
3. La responsabilidad penal	
4. Una taxonomía del crimen novohispano	
5. Conclusiones	
Bibliografía	
IV. La conflictividad jurisdiccional en el ámbito de la justicia criminal de la edad moderna: desencuentro y conciliación entre los jueces eclesiásticos y legos: Belinda Rodríguez Arrocha .....	149
1. Introducción: la conflictividad jurisdiccional en la Monarquía hispánica	
2. Desde el "mos italicus" tardío: Castillo de Bobadilla y la conflictividad jurisdiccional	
3. El brazo de la justicia eclesiástica y el fuero militar	
4. Conflictos en torno al suelo sagrado: los límites del derecho de asilo	
5. Algunas conclusiones	
Bibliografía	



PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO  
PUBLICACIONES  
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13565>

11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13962>
12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Líbano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el Derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/17855>

23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códices del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18295>
25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía e imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli y Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/20259>

35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21406>
38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada/César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral/Francesco Di Chiara/Óscar Hernández Santiago/Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.  
<http://hdl.handle.net/10016/23021>