

Departamento de Historia
Universidad de Santiago de Chile
Revista de Historia Social
y de las Mentalidades
Volumen 19, Nº 2, 2015: 209-235
Issn: 0717-5248

USOS DE LA JUSTICIA Y ARBITRAJE DE LOS CONFLICTOS EN EL ANTIGUO RÉGIMEN: EXPERIENCIAS EN LA MONARQUÍA HISPÁNICA*

USES OF JUSTICE AND ARBITRATION OF DISPUTES IN THE OLD REGIME:
EXPERIENCES IN THE HISPANIC MONARCHY

TOMÁS A. MANTECÓN MOVELLÁN
Universidad de Cantabria
Santander, España
Email: mantecot@unican.es

RESUMEN

A partir del análisis de tratadística jurídica y política referida a la Monarquía Hispánica así como de la consideración de documentación manuscrita y estudios casuísticos, este artículo explica usos sociales de la justicia y los ámbitos de arbitraje de los conflictos en el Antiguo Régimen. De esta investigación se desprende una visión socialmente participada de la práctica de la justicia y de las formas de reconstrucción de la paz pública, lo que permite contemplar el fenómeno desde ángulos más amplios de lo que mostraría un enfoque desde la historia institucional o política. Se ofrecen nuevas perspectivas para analizar la revolución jurídi-

ABSTRACT

By analyzing legal and political literature referring to the Hispanic Monarchy as well as by studying judicial cases and practices, this article explains social uses of justice and ways of settling conflicts in the Old Regime. This research gives new perspectives on justice as very much socially participated. At the same time, by stressing this socially focused perspective, this article shows the public peace building as a broader phenomenon from which it is frequently shaped from political history and history of law, giving new perspectives to reconsider the so-called historical judicial

* Recibido: 6 de octubre de 2015; Aceptado: 23 de noviembre de 2015.
Esta investigación se ha desarrollado dentro del marco del proyecto HAR2012-39034-C03-01 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

ca que conocieron las sociedades Occidentales en los siglos de la Edad Moderna.

Palabras clave: Usos de la justicia, Arbitraje, Justicia, Delitos, Penas, Gracia, Monarquía Hispánica.

or legal revolution in Old Regime Western societies.

Keywords: Uses of justice, Arbitration, Justice, Crime, Punishment, Grace, Hispanic Monarchy.

I. INTRODUCCIÓN.

A medida que avanza la investigación sobre la historia de la justicia y la criminalidad en las sociedades del Antiguo Régimen, preindustriales o preliberales, parece cada vez más evidente que la imagen de una justicia únicamente institucional, rigorista, cuyos propósitos fueran actuar directa y físicamente y, llegado el caso, eliminar los cuerpos y la existencia misma de los delincuentes, no se ajustaba a la realidad que vivían y percibían las gentes que vivían en esa época. Con cierta regularidad, los jueces y tribunales recurrían a la tortura y orquestaban ampulosas escenografías para ejecutar los castigos corporales en los lugares más públicos y transitados de las ciudades, hasta tal punto que estos espectáculos eran una experiencia regular de la vida urbana de las principales ciudades de la Monarquía Hispánica a ambos lados del Atlántico. Eso no quiere decir que los ajusticiados en esas teatralizaciones de las ejecuciones judiciales fueran todos aquellos a quienes hubiera correspondido sufrir pena capital si se hubiera aplicado siempre el rigor de la ley para condenar los delitos cometidos. Había múltiples formas de eludir este trágico desenlace, pues se contaba con un amplio encuadre para la conversación que necesariamente se establecía entre el agresor, la víctima y la justicia institucional en cada caso conflictivo que implicara un delito y el juez decidía incoar y/o proseguir una causa penal contra el criminal, tanto si éste había caído en manos de la justicia como si estaba fugado y el proceso debía seguirse con su *rebeldía de la justicia*. Esta última circunstancia ya era en sí misma un agravante añadido al delito cometido.

Al final, el resultado de la conversación sostenida entre el agresor, la víctima y la justicia institucional estaba afectado decisivamente por la evolución que esta plática hubiera tenido en los planos judicial y extrajudicial, que se influían entre sí. En ambos intervenían muchos otros factores relacionados con los respectivos entornos del agresor, la víctima y la esfera oficial de la administración. La construcción de la paz era un desenlace nada fácil pero oportuno tanto para los anhelos de la Corona como para los de las sociedades que se integraban en sus territorios. Eso encaminaba las acciones de la justicia en cada uno de sus peldaños. Todas estas circunstancias complican al historiador la labor de caracterización de la justicia del Antiguo Régimen.

Las plazas públicas, plazas mayores o de armas en las ciudades más importantes eran escenarios desde los que la Monarquía mostraba que del centro de la justicia se trazaba ciertamente la circunferencia de la Corona, puesto que una de las principales razones de la autoridad regia era preservar la salud pública¹. Esta forma de autoridad era un elemento fundamental en el proceso de construcción estatal que se arraigaba en el de disolución de las viejas estructuras feudales y asociaba a un linaje, dinastía y estructura monárquica facultades de arbitraje y tutela de la comunidad política. En este proceso de construcción estatal, la voluntad divina, que en otros tiempos se entendía expresada por toda suerte de oráculos, se interpretaba expresada por medio de las mediaciones propiciadas por la intervención de las autoridades representativas de la comunidad política dotadas de autoridad judicial, esto es, sentencias y arbitrajes.

La sentencia y la resolución arbitral de cada asunto criminal eran concreciones de la convergencia de varias tendencias. Por un lado, era expresión de la voluntad de Dios, en tanto que dada por una autoridad que respondía a la voluntad divina. Por otro lado, tenía una legitimidad que dimanaba de la comunidad política, cuya constitución y supervivencia dependía del sostenimiento de su buena salud corporal, esto es, del orden y la convivencia pacífica de sus miembros. Finalmente, debía satisfacer a la parte de la víctima, puesto que de otro modo no podría contener el ímpetu del legítimo principio talionista de la revancha, que amparaba consuetudinariamente la existencia y la acción de una *justicia privada*, fuera de las instituciones y latente en las sociedades occidentales al menos desde la época medieval.

En las dos últimas esferas de arbitraje intervenían una pluralidad de agentes cuya acción afectaba decisivamente el resultado de la conversación entre las partes implicadas en el conflicto y de cada una de ellas –así como de las dos- ante la justicia. Dicho de manera diferente: además de las esferas mencionadas, el resultado de la resolución de un asunto criminal dependía de factores que estaban arraigados en las relaciones entre las partes, en la intervención institucional de los oficiales y tribunales de justicia y, en última instancia, de la Corona, pero también de todo un conjunto de fuerzas sociales y circunstancias contextuales que hacían de cada causa criminal concreta *un caso* en que se evaluaba la propia definición de la justicia.

1 “Del centro de la justicia se sacó la circunferencia de la corona”, y, así, “no fuera necesaria ésa si se pudiera vivir sin aquella”, afirmó a mediados del siglo XVII el ya experimentado diplomático Diego Saavedra Fajardo (1976: 227).

II. LEYES, USOS Y COSTUMBRES.

La escenografía que rodeaba algunos de los castigos, las apologistas manifestaciones del teatro, la literatura o la propagandística cristiana postridentina en torno al Purgatorio constituían en los siglos XVII y XVIII instrumentos de *intimidación preventiva*, para moralizar e inhibir la irrupción del conflicto. Al mismo tiempo, significaban la vigencia y persistencia de principios talionistas de indemnización del daño causado por el delito y el pecado. Ley y jurisdicción eran, con la religión, los principales instrumentos de control social. El encuadre y escenario para la resolución de los más graves conflictos se construía sobre estos mencionados principios. Era un esquema que permitía salvaguardar el crédito paternal, clemente y justo del *princeps*, al tiempo que retener la decisión última sobre la condena de las *desviaciones* a lo normativo. Las leyes, a su vez, no debían ser tantas que obstruyeran la propia eficacia, ni tan dificultosas que impidieran la exacta comprensión por los súbditos o los jueces de primera instancia. La inexistencia de una codificación y no meras colecciones legislativas dificultaba las cosas y era algo que constantemente aparecía como necesidad entre los tratadistas de los siglos XVI y XVII. Estos testimonios muestran la preocupación latente en las élites más calificadas para lograr la una mayor eficacia en la aplicación del Derecho².

La administración de justicia implicaba largos procedimientos tanto en las causas civiles como para las criminales. Los autos judiciales, normalmente, se prolongaban con alegaciones, vistas, revistas y apelaciones, suponiendo numerosas diligencias y cuantiosos gastos, a querellantes y demandados. Factores coadyuvantes para dificultar la práctica jurisdiccional en los variados escenarios en que se proyectaba la justicia del rey fueron: la multiplicidad normativa y las heterogéneas interpretaciones de las leyes, la casuística de cada tribunal o proceso y, sobre todo, la inexistencia de una codificación legislativa y la ejecutividad de lo dispuesto en las leyes. Este era el verdadero fin de lo que podía considerarse una ciencia legal en proceso de construcción. Una meta era lograr el control de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción, particularmente en la justicia delegada. Estos objetivos se encuadraban dentro de lo que se ha considerado una larga *revolución jurídica* experimentada a muy diverso ritmo en las sociedades de la época Moderna (Lenman y Parker: 1980). La progresión de la misma, en una larga trayectoria cronológica, significaba el desarrollo de una más precisa determinación de los comportamientos ilegales, una mejor tipificación de los delitos, un progresivo desarrollo legislativo, institucional y administrativo, así como el avance de la profesionalización de los

2 Sepúlveda (1963: 55), Castillo Bobadilla (1978: *Proemio*, 16 y II, 7, 6), Mariana (1950: 555), Márquez (1664: 2), Fernández Navarrete (1982: *Discurso XL*: 333-337).

cuerpos y oficiales de justicia, confiriendo cada vez más sentido y relevancia al oficio de letrado. Estos procesos han sido constatados en las sociedades europeas bajo el cetro de las monarquías ibéricas (Kagan: 1978 y 1991; Mantecón: 2002 y 2014), reconociéndose en la segunda mitad del siglo XVII, con continuidad en el XVIII, cambios sustantivos que confieren personalidad al caso hispánico dentro de los contextos europeos.

A estos procesos históricos de cambio eran sensibles los propios contemporáneos, como también lo eran a los ritmos, resistencias y barreras que se encontraba esa *revolución jurídica*. A pesar de los esfuerzos desarrollados por cualificados analistas ya en el siglo XVI, la preocupación sobre estas cuestiones provocó nuevas y profundas reflexiones también en los últimos veinte años del siglo XVIII, impulsando cuidadosas teorizaciones sobre la ley, los delitos y las penas. Destacable en este sentido fue el minucioso análisis del letrado Lardizábal y Uribe (1782: 69-72, 74-80), aunque ya Rodríguez de Campomanes (Álvarez de Morales, 1989: 140-141) evidenciaba preocupación sobre esta problemática a mediados del siglo XVIII.

En la práctica “los jueces inferiores [los de iniciación y primera instancia], muchos con poca cristiandad, y los más por ignorancia (porque aún no saben gramática), dexan de juzgar por las leyes, y juzgan las más veces por su parecer y alvedrío; y otras veces, so color y pretexto de estilo y costumbre” (Castillo Bobadilla: 1978, II, 10, 18). De este modo, los usos y costumbres tenían mayor fuerza que la ley, aunque por autoridad de ésta se permitieran, ya que el rey debía confirmar todas las “costumbres razonables”. A pesar de ello, no puede olvidarse que la ley contaba con primacía dentro de cuantas fuentes alimentaban el Derecho. Así pues, en los supuestos que la propia ley resistiera a la costumbre era la primera la que contaba con superioridad. No obstante, la costumbre se justificaba en la equiparación con el derecho natural y su existencia anterior a la de la propia ley y el uso era considerado antecedente y causa de la costumbre y fruto del “consentimiento del pueblo”. Era así, por lo tanto, que a la luz de la costumbre construida a través de actos comunitarios, persistentes y continuados en el tiempo, recibían interpretación las leyes (Castillo Bobadilla, 1978: II, 10, 34-37). Pero la costumbre no era invariable, puesto que las prácticas suponían innovación cuando se asentaban secularmente con aceptación comunitaria. También podía interrumpirse, sin embargo, por actos contrarios “mayores o iguales en número y en tiempo (40 años), porque un acto contrario no interrumpe a muchos, como una sentencia contraria no interrumpe la costumbre legítima y asentada” (Castillo Bobadilla, 1978: II, 10, 34-37 y 42).

La administración de justicia, en la Monarquía Hispánica se apoyaba en estos principios y orientaba la práctica judicial hacia la intimidación social (con una perspectiva preventiva), la corrección del infractor y la retribución a la parte de

la víctima y a la comunidad³. Jerónimo Castillo Bobadilla precisamente subrayaba estos fines cuando enfatizaba la naturaleza preventiva y correccional de la jurisdicción y afirmaba que había que “emendar a los ciudadanos, antes que matarlos” y mejor sería “prevenir los delitos, que castigarlos después de hechos” (Castillo Bobadilla, 1978: II, 13, 50-53).

El delito, para serlo, debía ser un acto humano, doloso o culpable, voluntario, prohibido por una ley vigente, bajo pena expresa, y no disculpable por cualquier *iusta causa*⁴. La consideración de que debía ser penado expresamente por una ley vigente significaba una separación fáctica entre los conceptos de pecado y delito. Por su parte, la alusión al concepto de *iusta causa* fundamentaba lo que pudieran considerarse factores atenuantes o agravantes de las penas, es decir, había que considerar en cada caso las circunstancias del delito. Éstas podrían incluso llegar a eximir de la oportunidad de establecer una pena. Castillo Bobadilla, precisamente, aunque disculpando su limitada atención al tema dada la complejidad de la materia, se remitía expresamente a Deciano, y consideraba la pasión sexual, embriaguez, ceguera del entendimiento o locura como eximentes de “pena ordinaria”⁵.

A pesar de todas estas consideraciones, ningún jurista tempranomoderno negaría que las penas se hicieron necesarias en el mismo momento constitucional de la *communitas*. La facultad para imponerlas procedía de la misma fuente de soberanía, debían ser el resultado de la aplicación de leyes vigentes, ejecutadas con-

3 Schaffstein (1957: 157, 164-166) atribuye al toledano postescolástico Diego de Cobarruvias y Leiva una contribución fundamental a la ciencia del derecho penal de la época Moderna, especialmente en la elaboración de una teoría detallada sobre la medida y fin de la pena y el concepto de *poena iuxta*, desarrollando una interpretación talional inspirada en el derecho natural y apoyándose en las Sagradas Escrituras (San Mateo: c. V). Su contribución fue decisiva no sólo en la medida de sus opiniones, sino también teniendo en cuenta la difusión de las mismas, pues sus *Opera omnia* fueron editadas en Frankfurt en 1572 y 1592 y en Ginebra en 1765. Referencias a la obra de Diego de Cobarruvias y Leiva son reiteradas en la *Política* de Castillo Bobadilla. Otra de las contribuciones clave de la época a la ciencia del derecho.

4 Una definición elaborada sobre el concepto de delito la ofreció Tiberius Decianus (Deciano), una de las autoridades preferidas por el jurista hispano Castillo Bobadilla, en su obra póstuma *Tractatus criminalis* (Venecia, 1590): “delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest” (Schaffstein, 1957: 112-125).

5 Castillo Bobadilla (1978: II, 2, 62-64 y 67; también III, 15, 102). La cuestión de las causas generales de exclusión y atenuación de la pena (claves para el ejercicio del *derecho de gracia*) no recogidas por la tradición romanista, fue desarrollada por André Tiraqueau, que desarrolló el concepto de *pena extraordinaria* para permitir al juez separarse de lo dispuesto por el legislador *ex causa*, esto es, cuando existieran especiales circunstancias que modificaran el caso ordinario (agravándolo o atenuándolo). Para ello se apoyaba en la tradición romanista (concepto de *cognitio extraordinem*) y la perspectiva ética cristiana de que la pena debía corresponder a la *culpabilidad real*, aplicando caso de no existir pena expresa, y con carácter supletorio, la costumbre (Schaffstein, 1957: 50-65).

tra la voluntad del penado, por superior precepto y causadas por un daño culpable voluntariamente realizado. La imposición de la pena por una potestad superior significaba una sentencia judicial previa, que implicaba la inexistencia de pena sin ley, ni ley sin legislador, ni legislador sin superioridad. Por el hecho de resultar contra la voluntad del penado, se excluían de la consideración de pena la venganza privada, mortificaciones y penitencias voluntarias, “las incomodidades y males que resultan de ciertos vicios y delitos [el mal gálico, por ejemplo], ni las calamidades que suelen acontecer natural o indirectamente a los hombres”. La persona a quien se aplicaran debía ser la misma que protagonizara la acción delictiva, su propia estima o sus bienes. La finalidad de las penas era ejemplarizante y correctiva, pero, sobre todo, disciplinaria, como recordaba a finales del siglo XVIII el promotor fiscal de una causa civil conocida en el valle cántabro de Alfoz de Lloredo que se expresaba en términos casi hobbesianos:

Si todos obrásemos con arreglo a razón, a buen seguro que la parte criminal ocuparía muy pocas páginas en los códigos, pero como el hombre se demanda comunmente más de lo que debiera, ha sido preciso estrecharle con estos diques, para que viva arreglado⁶.

A mediados del siglo XVIII, no obstante, la *revolución jurídica* no había avanzado a plena satisfacción de algunos cualificados ministros de Carlos III, como Campomanes, instruidos en las aportaciones doctrinales de los juristas y tratadistas de los siglos XVI y XVII y de las que contemporáneamente estaban teniendo lugar fuera de las fronteras peninsulares (Álvarez de Morales, 1989: 135-137). La obra de Antonio Xavier Pérez y López (1786) y muy especialmente la de Manuel Lardizábal y Uribe (1782) resultan claras expresiones de la preocupación en la ilustración católica por definir el concepto de pena y emprender una profunda reforma de los procedimientos judiciales. El trabajo de Lardizábal y Uribe se ofrece con un enfoque jurídico y muestra de extremada madurez y erudición en doctrina jurídica tanto hispánica –muy especialmente la de Castillo Bobadilla– como europea. Dentro de esta última, Lardizábal mostraba no sólo resonancias galas –en especial Montesquieu y, críticamente, Baile o Rousseau–, sino también con expresas apelaciones a los planteamientos de Hobbes y Puffendorf, así como con un conocimiento profundo y crítico de la obra de Beccaria.

También Lardizábal evidenciaba un óptimo saber legislativo, quizá consecuencia directa de una consulta de Carlos III encargada al Tribunal Supremo

6 Archivo Histórico Provincial de Cantabria (AHPC), *Alfoz de Lloredo*, leg. 71, nº 3, f. 34 vº. Archivo.

(a consulta del Consejo de Castilla el 25 de septiembre de 1770) sobre los medios para emprender una “reforma en la jurisprudencia criminal”. El Consejo, precisamente, encargó a este jurista el trabajo de recoger la legislación penal y las modificaciones que habían sufrido las penas en la legislación, en atención a los delitos “desde la etapa visigoda”!. De este modo, si en 1781 el letrado sevillano Antonio Javier Pérez y López subrayaba la centralidad de la ley en la articulación social y hasta el punto de tenerla por garante del honor de los vasallos (Pérez y López, 1786: 26-29), un año más tarde y fruto del expreso encargo del Consejo de Castilla, Lardizábal redactaba un *Discurso sobre las penas, contrahído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, obra que constituye una de las más elaboradas y certeras aproximaciones a una teoría de la pena, al tiempo que un impresionante esfuerzo teórico de sistematización del pensamiento jurídico de su tiempo.

Algunos ecos de los principios descritos se concretaron en la Instrucción de Corregidores y alcaldes mayores de 15 de mayo de 1788, aunque la orientación de ésta era más pragmática, como se demuestra en el hecho de que se dispusiera que tales administradores de justicia buscaran en los delitos “leves” la “composición” de las partes, para que no se prosiguiese pleito “por empeñarse unas y otras partes en su seguimiento”⁷. La discrecionalidad jurisdiccional, así, se ampliaba. A pesar de todo, en caso de ser precisa, la punición y castigo podía ejecutarse sobre la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes. La más importante aportación de Lardizábal (1782: 11-12, 34, 41-42), sin embargo, fue la presencia constante en su argumentación de la finalidad correctiva de las penas y de una necesaria proporcionalidad entre delito y pena, siendo el primero la medida o *quantum* de la punición y no el daño infligido a la *communitas*, como defendía Beccaria⁸. En esos

7 Archivo de la Real Chancillería de Valladolid (ARCHV), *Pleitos Criminales*, C-216-2, ff. 21, 27 vº-28. Archivo. En esta misma causa en que se hacía referencia a esta Instrucción (Potes, 1806) uno de los procuradores (defensor) formulaba la consideración del delito (daños causados por pérdida de ganado) considerando entre otros factores la intención (“perversidad de inclinación”) del delincuente, mostrando que en este caso se trataba de una acción “repentina e imprevista” (ahuyentar el ganado que se encontraba dentro del huerto), pero que “no se propuso hacer daño alguno” (se despeñaron, cayendo al río).

8 Para Lardizábal la naturaleza de las penas contenía en sí los elementos del debate: “las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y a la sensibilidad de los hombres, la qual se aumenta con la ilustración de los entendimientos, y a proporción que se aumenta la sensibilidad, se debe disminuir el rigor de la pena, cuyo fin es sólo corregir con utilidad, y no atormentar a los delinquentes”. Si para Beccaria la medida de los delitos era el daño hecho a la sociedad, según Lardizábal esto no distinguía los delitos cometidos por dolo de los cometidos por culpa, y “se destruiría enteramente la moralidad de las acciones humanas, y si por el daño a la sociedad hubieran de medirse los delitos, debían juzgarse a las inundaciones, el fuego... Beccaria (1820: 158-159) refutó este argumento señalando que si el fin de las penas era la corrección, no podían ser aplicadas a objetos y seres inanimados, puesto que no podrían corregirse aún penándolos, además, afirmó que su obra trataba

años y en la propia ciudad andaluza actuaba como alcalde del crimen Jovellanos, que frecuentaba por entonces la tertulia de Olavide. El jurista asturiano redactó en ese tiempo su drama *El delincuente honrado*, obra donde, impregnado de estas sensibilidades y debates, mostraba una concepción filantrópica de la ley y la pena, así como la defensa de una no aplicación rigorista de la ley, sino del reconocimiento de un legítimo margen de discrecionalidad en los administradores de justicia.

Las contribuciones teóricas a la ciencia penal en la segunda mitad del siglo XVIII evidencian un cambio sustantivo en la percepción de las penas y su significación dentro del conjunto ordenado y jerarquizado de la Monarquía Hispánica, en un contexto de redefinición y reestructuración del cuerpo político. El problema fundamental radicaba en la propia interpretación de la naturaleza de las penas, así como el *quantum* o proporcionalidad con el delito cometido. Esta fue la mayor preocupación no sólo de los juristas del siglo XVIII, sino también de los gobiernos ilustrados. La consideración de las circunstancias del delito, aproximándose a los conceptos de eximentes, atenuantes y agravantes, era fundamental para establecer ésta se hallaba la mayor eficacia en la consecución de los fines correctivos de la justicia.

Las leyes penales, por las razones expuestas, debían recoger esta noción de proporcionalidad, de manera que atajasen la determinación para la comisión de un delito, o en su defecto, para que quienes decidieran consumir acciones delictivas tuvieran algún interés en no ejecutarlas con ciertas condiciones que le hicieran más “atroz y pernicioso”. De ahí que los delitos, con sus circunstancias, eran la medida para graduar las penas. Pues la desproporción de las penas en muchos casos conducía a la impunidad de los delitos. Así, si el hurto doméstico de un criado era sancionado con la pena capital, el propietario del objeto hurtado, conociendo la desproporción entre la vida de un hombre y el valor del objeto sustraído, podría no proceder a la denuncia. No obstante, no era fácil establecer la justa proporción de las penas, quizá por eso Lardizábal (1782: 46-47) prefería partir de un principio general, que, a pesar de todo, no dejaba de reconocer una gran ambigüedad, la medida de la pena debía ser la precisa para “contener la osadía de los malos”.

Las penas, en todo caso, debían ser el resultado de un proceso judicial y la ejecución de una pronta sentencia, de manera que existiera una asociación inmediata entre delito cometido y sanción impuesta, que, en atención a la conducta delictiva, fuera “lo menos rigurosa posible” de acuerdo con las circunstancias, pues, excediéndose de estos límites la necesidad se convertía en venganza, significando una aplicación de máximas talionistas. Otra de las características esenciales de la

sobre delitos y penas, no sobre moral), sólo podían ser actos exteriorizados, estaba sujeto a la ley humana.

pena era su carácter irremisible y la infalibilidad, pues “la esperanza de la impunidad es un incentivo para el delito, y hace desprestigiar aún más las más rigurosas penas”, de ahí la inexorabilidad de los magistrados para imponerlas y ejecutarlas, si se pretendía que fueran “freno para contener los delitos”.

Un brillante letrado local, José López García, que intervino en 1789 como acusador en un proceso sobre hurto de ganado, sintetizaba estas reflexiones en un ejercicio de práctica judicial: “siempre los legisladores han procurado afianzar la seguridad pública, sea agravando las penas en los excesos que se cometen en sitios y parages donde los protervos pueden más a su salvo y con mayor facilidad hacer mil insultos”, es decir, en despoblados. “Si no fuera por el miedo de castigo, ¿cuántos robos se experimentarían a cada paso en estas montañas [la cordillera cantábrica], en donde regularmente andan los ganados sin pastor que los pudiera evitar? El crimen de estelionato es de maior o menor gravedad a proporción de la maior o menor entidad de la materia y del fraude que huviere en el contrato engañoso, y por lo mismo, la pena es arbitraria”⁹.

El argumento general para explicar el fin último de las penas era la *felicidad común*, concepto no exento de moralidad. Entre los postulados políticos de la segunda escolástica hispana y los ilustrados católicos del XVIII existían interesantes elementos de contacto, pero también notables divergencias. En los conceptos ilustrados de *felicidad* y *utilidad* iba implícita una pretensión disolvente de lazos y vínculos que fortalecían a las corporaciones constitutivas del reino, *estorbos* al reformismo, aunque ello no significara romper el orden estamental, pues aún todos los estamentos, aunque entre ellos hubiera diferencia de honra, se consideraban honrados ante la justicia distributiva (Pérez y López, 1786: 194-195). El letrado sevillano Pérez y López, por ejemplo, apoyado en la legislación, redefinía el orden constitucional de la monarquía sobre la bases del reordenamiento de sus componentes estamentales, que permitiera una mayor aplicación al trabajo, desvaneciendo cualquier duda que en el plano jurídico pudiera ofrecerse sobre la licitud de la aplicación de la nobleza y clero al trabajo o la consideración de determinadas ocupaciones productivas como viles:

Esta no es una república platónica, es la misma España considerada en sus leyes, sin preocupaciones. [...] Es un orden que corta de raíz la elación de los poderosos y el abatimiento de los inferiores, aquella soberbia elación que hace a los primeros mirar a los otros con despre-

9 En este caso actuaban como agravantes: ánimo delincuente, premeditación, reincidencia en el latrocinio, complicidad del cónyuge y fuga del reo, que presumía confesión del delito. ARCHV, *Pleitos Criminales*, C-167-4, f. 89 vº. Archivo.

cio, como si fueran de distinta naturaleza, y aquel infame abatimiento que, ocasionando a los segundos reputarse por nada en la república, los entrega a los más feos delitos, y a las mugeres al brutal apetito de aquellos. [...]. Es un orden que premia la aplicación y la industria, con fomento de las artes, de la labranza y del comercio, que desvanece la preocupación que tenía aprisionadas las manos del noble con prejuicio suyo y del Estado. [...] sobre todo, es un orden prescripto por las leyes y conforme a las reales intenciones de nuestro benigno soberano el señor don Carlos III (Pérez y López, 1786: 196-199).

Para el letrado andaluz, la justicia tenía ante sí el reto de armonizar las relaciones sociales y evitar el desarrollo de prejuicios que agrandaran las grietas de la sociedad estamental.

III. CASTIGOS CORPORALES VS. ARBITRAJE.

Los castigos corporales y las variadas formas de arbitraje marcaban dos extremos en las expresiones de la justicia en el Antiguo Régimen. La paz pública podía preservarse no sólo por medio del castigo torturante y un ceremonial calculado y regulado por los gobernantes. La justicia desarrollaba otros instrumentos tan eficaces o más que éstos, incluso, obviamente, evitando conscientemente el tormento físico de los criminales. Es más, la mayor parte de los conflictos que constituyeron la preocupación de los jueces locales y de primera instancia se resolvían por vía de arbitraje, lo que fue un patrón creciente a lo largo de los siglos de la Edad Moderna.

Ciertamente los tribunales de primera instancia experimentaron un incremento continuo de su actividad para resolver conflictos civiles y penales en los siglos XVII y XVIII, lo que podría ser interpretado como efecto de un importante desarrollo administrativo que se conectaba con el avance de una *revolución científica* que, además, habría tenido como efecto una mayor profesionalización los encargados de juzgar estos asuntos en los tribunales superiores de la Monarquía (Kagan, 1991), así como de especialización de su actividad. No obstante, el incremento tan notable de la labor de los tribunales de justicia locales y de primera instancia fue mucho menor que el del crecimiento de la población, de modo que la evolución de los conflictos civiles y penales ante estos tribunales experimentó un receso secular en los siglos XVII y XVIII, particularmente los que contenían materias civiles y, en menor medida, los de sustancia penal (Mantecón, 2002 y 2014). Las evoluciones descritas podrían ser un indicio claro de un doble fenómeno, por un lado, una progresiva mayor contención social y, por otro lado, rela-

cionado con el anterior, lo que podía ser una mayor presencia de la atenuación de los conflictos en la convivencia cotidiana en los escenarios locales, es decir, del arbitraje extrajudicial.

Quizá como un contrapunto a la evolución de esas tendencias, reforzando, precisamente sus desarrollos, en la segunda mitad del siglo XVIII una buena parte de los más relevantes tratadistas penales españoles evidenció una gran preocupación sobre cómo entender los castigos corporales; minorar su impacto y evaluar su proporcionalidad con el crimen cometido, desvelo el último que, en el fondo, latía desde los primeros protagonistas de los avances del pensamiento penal. De este modo, cada caso exigía atender a las circunstancias específicas que conformaban su contexto. Se convertía, así, en un pequeño universo en que los jueces debían dirimir la cantidad de culpa que correspondía penar por parte de los delincuentes.

A pesar de que estas materias estuvieron en el centro de las preocupaciones de los principales penalistas castellanos del siglo XVI, lo cierto es que la publicación de *Dei delitti e delle pene* por Cesare Beccaria en 1764, así como su traducción al castellano diez años después de la edición italiana, abrió en España, a pesar de las censuras de la Inquisición en 1777, un serio debate sobre la tortura o tormento. Cuando el libro de Beccaria se tradujo, un joven llamado Juan Pablo Forner justo había empleado ya su primer año de estudios de Derecho en la Universidad de Salamanca. En 1778 ese joven obtuvo su título como abogado en otra universidad, la de Alcalá. Sus consideraciones sobre la tortura aún tendrían que esperar un poco en expresarse de forma escrita. Sin embargo, el debate en torno a esta materia fue adquiriendo fuerza dentro de los proyectos de reforma de la ley penal y de los aparatos judiciales que ya se fueron manifestando en Castilla en los tiempos de Campomanes y durante toda la segunda mitad del siglo XVIII.

Lardizábal incluyó en la edición de su *Discurso sobre las penas* sus consideraciones sobre la oportunidad y legalidad de los castigos, particularmente de los corporales, tanto cuando se producían dentro del procedimiento, como cuando eran el resultado último de aplicar éste. Mientras para Beccaria la medida de la gravedad de un delito y, por lo tanto, la oportunidad de la intensidad de la pena estaba en la estimación del daño que el crimen hubiera provocado en la víctima y en la sociedad, según Lardizábal (1782) el ánimo del delincuente, su voluntariedad para la comisión del delito, debía ser tenido en cuenta como un factor decisivo para evaluar la proporcionalidad de la pena que correspondiera a la acción. El jurista italiano optaba por una percepción más materialista y el castellano por una más psicologicista, interiorista o espiritualista. El problema que subrayaba el primero para aplicar los principios expuestos por el segundo era la dificultad de conocer el auténtico ánimo o voluntad del criminal para realizar su acción delictiva. En

todo caso, a pesar de esa diversidad de pareceres, para ambos penalistas la tortura era un instrumento innecesario e inapropiado en la práctica de la justicia. Estos posicionamientos son relevantes en unos momentos y contextos en que la pena capital y la aplicación de castigos corporales en público aún eran un fenómeno relativamente regular en las grandes ciudades europeas, aunque hubieran perdido vigor cuantitativo y cualitativo si se compara con las realidades del siglo XVI y de buena parte del XVII (Mantecón, 2014a y 2014b).

Una década después de la publicación del libro de Lardizábal y, abundando en la crítica a la aplicación del tormento, Juan Pablo Forner, ya segundo fiscal de la audiencia de Sevilla, se hacía eco de una larga tradición tratadística castellana y retomaba el impulso reformista que había guiado tanto a Beccaria como a Lardizábal. Ese año Forner redactó un *Discurso sobre la tortura* y dos años más tarde publicó, otro en una línea reformista que entroncaba con proyectos ya trazados a mediados de siglo, entre otros por Campomanes. Esta segunda aportación de Forner, su *Discurso sobre el modo de formar unas buenas instituciones de derecho en España*, recibió el respaldo de la Real Academia Española del Derecho. A pesar de todo esto, el primero de los *discursos* de Forner, su ensayo sobre la tortura, no fue publicado antes de 1843. Antes que Forner (1990) algunos tratadistas ya habían cuestionado la oportunidad y licitud de la aplicación de la tortura tanto como castigo punitivo dispuesto por sentencias judiciales, como insertada dentro del procedimiento penal, en la fase de prueba, para aprontar la confesión de los inculpados en determinadas circunstancias.

El propio Jovellanos, en el periodo en que desarrolló sus servicios en la audiencia de Sevilla, en la década que siguió a 1768, había expresado puntos de vista muy críticos sobre la tortura, manifestando su escepticismo para considerar este medio como infalible para acreditar el testimonio del acusado, a pesar, incluso, de que fuera administrado sólo en casos muy particulares, por personas peritas y bajo determinadas circunstancias. Para Jovellanos se trataba de una expresión de la “inocencia oprimida” (Jovellanos, 1863). Con vocabulario más de nuestros días, la tortura sería la punición física de un presunto inocente. Forner también subrayó que el uso del tormento dentro del proceso penal causaba la paradoja de que se infligía castigo contra el cuerpo del acusado antes de que se comprobara su culpabilidad, puesto que el acusado era punido antes de dictarse su sentencia y, por lo tanto, era prejuzgado como culpable antes de ser formalmente condenado. Era castigado sin constar prueba fehaciente y culpable del delito cometido. Para el ilustrado jurista esto era la quiebra misma de los fines de la justicia, puesto que, como indicaba, era mejor dejar sin castigo a un criminal que condenar y punir a un inocente (Forner, 1990: 172-175).

A pesar de todo esto y de que la práctica del tormento como instrumento de prueba judicial o como pena se había ido erosionando a lo largo del siglo XVI-II, aún a fines de los años setenta hubo voces en defensa de esta práctica, justo después de que fracasara un intento gubernativo para su abolición legal, que tuvo que esperar hasta 1808. No todas las tendencias y opiniones habían ido en la dirección argumentativa que sintetizara Forner. Pedro de Castro publicó en 1778 su *Defensa de la tortura*, una ya entonces anacrónica contribución al debate que se estaba produciendo en España y en el conjunto de Europa occidental sobre esta materia. Su obra cuestionaba la argumentación crítica contra la aplicación del tormento en el procedimiento penal ya formulada ocho años antes por Alonso María de Acebedo y actualizada, como vemos, en su propio tiempo y todavía después, aunque elementos críticos ya eran expresados en textos, documentos y circunstancias previos. El padre José Francisco de Isla (1793: 185), en la plática dirigida a los asistentes a la ejecución en la horca del homicida Fernando de Orihuela en San Sebastián el año 1747, expresaba que: “yo mismo estaría bien ageno de hallarme ahora en este puesto, de asistir en esta plaza, de dexarme ver en este trágico teatro, si no precisara a eso la obligación de mi instituto”, como confesor de reos y aplicado a la caritativa labor asistencial hacia los inculpados que serían ejecutados. El conocimiento de las sentencias condenatorias ya no sólo a muerte, sino a pena corporal, también podían servir de instrumentos de disuasión o inhibición de los potenciales delitos.

En la sociedad castellana del Antiguo Régimen, como también a un ritmo análogo se comprobó en otras sociedades europeas, se experimentó un proceso de sensibilización contra el uso judicial del tormento y el recurso al castigo de los cuerpos que se hizo notar principalmente en la transición entre los siglos XVII y XVIII (Spierenburg, 1984). El jesuita Pedro de León ya lamentaba los efectos de la tortura en los cuerpos de los acusados, tanto cuando se aplicaba para lograr que confesaran sus supuestos o reales delitos o cuando era el resultado de sentencias judiciales. Sus argumentos no eran penales, sino de humanidad o caridad para con el inculpado. Un buen conocedor del mundo carcelario sevillano como era el padre León, confesor de condenados durante más de dos décadas en la capital hispalense, informaba que en ocasiones los salteadores de caminos, contrabandistas y “ladrones famosos” de casas y templos, como habían sido, por ejemplo, Alonso Roldán y el portugués Juan Fernández, públicamente asaeteados en Sevilla el año de 1615, llegaban al lugar dispuesto para la ejecución en pésima condición física, heridos de gravedad o mortalmente, a causa de la tortura que habían sufrido durante el proceso. A juicio de Pedro de León, llegar a esos extremos era completamente reprehensible desde todo punto de vista.

El jesuita describía el dramático ejemplo del convicto Alonso Roldán, cuando se disponía a ser conducido al cadalso, abandonó la cárcel de Sevilla en un estado tan lamentable que sus brazos rotos y medio corrompidos apestaban. El espectáculo conmovió a cuantos lo vieron tan maltratado antes de su ejecución. Estaba tan gravemente castigado por el tormento que había sufrido en los interrogatorios judiciales que tuvo que sentarse detrás de él, en la misma montura, otro hombre para llevarlo sujeto y lograr así que no se descabalgara con el movimiento del paso de la caballería que lo transportaba. Al fin, Roldán no resistió el nuevo tormento que suponía acceder de este modo al cadalso. Murió en el camino, en los brazos del verdugo que lo sujetaba. El jesuita aprovechó esta ocasión para condenar la crueldad inhumana del tratamiento sufrido por este hombre.

La cuadrilla de compinches de Roldán había estado asaltando casas, templos y conventos de monjas en Sevilla y sus alrededores desde hacía cinco años. Otro de los miembros de este grupo, un hombre llamado en realidad Hernando Gálvez, pero mejor conocido en Sevilla como Hernando Morales, fue asaeteado en la ciudad andaluza veintiún años más tarde. Cuando se le capturó y se le iba a aplicar la cuestión de tormento en el interrogatorio para averiguar sus cómplices, él mostró sus brazos, llenos de cicatrices. Ya había recibido tortura en interrogatorios judiciales en otras ocasiones y resistido el tormento. En esta ocasión, se le informó que algunos otros cómplices le habían delatado. Su delito aparecía judicialmente probado. En esta ocasión, Gálvez prefirió ahorrarse el tormento y dio una completa descripción de sus propias actividades delictivas, pero sin delatar a los individuos de la red de criminales en que se integraba (León, 1628: 313-316, 357-360, 387 ss.).

Había delincuentes, como Gálvez, que se mostraban especialmente resistentes a la tortura. Esta característica, al parecer, también diferenciaba entre géneros. Así lo percibía, al menos, Pedro de León. Según el jesuita, sólo dos de cada veinte mujeres que recibían tortura confesaban la comisión del crimen, puesto que si resistían sin confesar en el momento en que eran desnudadas para el tormento, luego de pasar por este trance, no confesaban de ninguna de las maneras¹⁰. Aunque no hay modo de verificar el aserto del padre León, estaban claros los riesgos que corrían el juez, el reo y la justicia cada vez que se utilizaba el tormento. Eso sí estaba muy claro para los reformadores del siglo XVIII y para algunos tratadistas y pensadores precedentes. La aplicación de la tortura podía inducir la producción de un error judicial por parte del juez. Así, pues, ni la justicia ni la sociedad castellana del Antiguo Régimen eran absolutamente insensibles ni a la

10 Ciertamente, en 1616 una mujer distribuidora de objetos robados de la cuadrilla de Pedro Guerra manifestó una resistencia inusitada al tormento que le fue aplicado (León, 1628: ff. 387-387 v°).

crudeza de los castigos corporales, ni a la falibilidad que podía derivarse del uso tanto del tormento como de otros instrumentos de presión sobre los acusados e inculpados que se veían inmersos en un procedimiento penal.

La monarquía absoluta, concebida como un organismo compuesto de miembros autónomos pero interdependientes y jerarquizados, implicaba la *superioridad* o supremacía de la cabeza respecto al cuerpo, unidad en la multiplicidad (*unitas*), jerarquización de los miembros, ordenación y subordinación de los fines individuales (independientes) al *bien común*, imposibilidad de identificar el todo con las partes (Castillo Bobadilla, 1978: I, 9, 8)¹¹. Al entenderse la *communitas* como *persona moral* se consolidaba la concepción de armonía, equilibrio corporal en una entidad que era social y política. Se formulaba, así, teóricamente un *orden* objetivo, perfecto y teleológico, pues el fin era la *felicitas communitatis*, presente y futura; la continuidad de la comunidad. La *república*, por lo tanto, según explicaba Castillo Bobadilla (1978: II, 1, 24), “se dirá bien gobernada, quando los ciudadanos vivieren en paz y sossiego, sin injuria de nadie, vida christiana, sociable y política”. La paz pública, o al menos una tensión tolerable con la propia vida de la comunidad política, era un fin de la propia *communitas* y orientaba la *policía* y la disciplina¹². Ello explica la concepción de la justicia como clave y eje del sistema y garante de la salud de cuerpo político. De este modo, en el marco de la Monarquía Hispánica la *superioridad* del soberano, la *perpetuidad* de la Corona y la *necesidad* de la monarquía como forma de gobierno se percibían como las garantías de estabilidad, aunque fuera en tensión, en la comunidad política que componía esta estructura política.

El príncipe debía promulgar “leyes óptimas que propongan premios a la egregia virtud y penas a la maldad”, conducir a un recto género de vida, mostrar clemencia en el ejercicio de la justicia y premiar la virtud con generosidad, pues

-
- 11 Sin la *naturalidad* no tendría lugar la *agrupación* social (*communitas*) como *necesidad* del género humano (el hombre: *ens sociale*), pero sin la *voluntad* no se daría *sociabilidad*, sino *instinto gregario*. Desde la *communitas* nacía el poder como *necesidad*, instituido directamente por Dios a la comunidad (Dios era la *primera causa*) y trasladado (*traslatio*) por la *communitas* (*segunda causa*) a una persona, singular o colegiada. La comunidad perfecta (*ipsa communitas, persona mixta communitatis*) tendría como característica un poder soberano y viceversa. La *traslatio*, se afirmaba el principio de *superioridad* (*potestas suprema in suo ordine*) del depositario de la soberanía (Rommen, 1951: 49, 50, 53, 70-73, 96-97, 102-103, 130-131, 142-143). La salvaguarda *in suo ordine*, preservaba la posibilidad de *reversión* a la *communitas*, siempre que la traslación no hubiera sido de toda la soberanía, no así en caso contrario. Al tiempo, permitía la coexistencia con las potestades eclesiásticas y otras comunidades políticas, siempre que éstas respetaran el *ius gentium*.
- 12 Sobre *policía*, disciplina, identidad urbana y expresiones de la desobediencia cívica, así como sobre las formas de disciplinamiento social me remito a alguna de mis publicaciones recientes (Mantecón 2010 y 2015).

“el premio y la pena son las dos pesas que traen concertado el reloj de la república” (Sepúlveda, 1963: 95, 96; Mariana, 1950: 444; Rivadeneira, 1952: 531; Fernández Navarrete, 1982: 186). Ya que “el fin del derecho Civil, es *dar orden* a los hombres *para vivir*, y no dañar a otros”. “Y no es fuera de nuestro intento comparar el juez a los ojos; porque así como los ojos distinguen las cosas provechosas y nocivas, y son veladores para atalayar y ver lo que cumple, y por eso están puestos en alto, porque puedan ver los peligros [...], para distinguir las cosas derechas y justas de las que no lo son, y para distinguir los bienes de los males” (Castillo Bobadilla, 1978: *Proemio*, 15; II, 2, 15). La justicia se expresaba a través de la ley, y ésta se tutelaba por medio de la potestad para ejercer la jurisdicción.

IV. GRACIA REGIA Y PAZ PÚBLICA.

El rey era la suprema autoridad de justicia y a él se apelaba para redimir condenas sentenciadas por otros jueces en su nombre. La Corona se reservaba la exclusividad en el ejercicio de las potestades de gracia y justicia, pues sólo el rey podía, llegado el caso, recurrir a la cláusula de *plenitud de potestad* y derogar el derecho común contrario a sus decisiones (Castillo Bobadilla, 1978: III, 8, 219). Ocasionalmente, circunstancias diversas de carácter político, religioso o acontecimientos cortesanos eran instrumentalizadas para manifestar la gracia regia, al igual que las celebraciones de Viernes Santo. La amplitud y heterogeneidad del territorio condicionó el ejercicio de funciones supremas jurisdiccionales a través de la Cámara de Castilla, el Consejo de Aragón, los Consejos de Italia, Flandes y Portugal, la Junta de Cámara de Indias y el Consejo de Guerra. El acto de perdón se interpretaba en términos de fortalecimiento del poder del príncipe, una muestra de la justicia y magnanimidad del *padre político*. Tenía las mismas pretensiones disciplinarias que la pena, pues, como afirmara Márquez en los años sesenta del siglo XVII “así como al hijo se le manda honrar al padre, también al padre se le encarga la moderación en el imperio” y “no pretende [el perdón] la impunidad del delito, sino la enmienda del delincente”.

Las consideraciones de Márquez contaban con una larga tradición que hundía sus raíces en el siglo XVI¹³. Más de cien años más tarde, de la redacción del tex-

13 Si Juan Luis Vives (1779: 25-26) consideró el indulto como un acto graciable del soberano “para que fuera mayor el amor del pueblo acia su príncipe”, más de ochenta años después, en los años noventa, el padre Rivadeneira (1952: 540, 546, 548, 564) subrayaba que “una de las condiciones de la magestad, es hazer gracia a los culpados”. Por entonces Fray Alonso de Orozco (1570: f. 9) reconocía que la clemencia no sólo era una enorme riqueza para los vasallos sino “también para el propio rey”, algo que también recogía Horozco y Covarrubias (1592: *Paradoxa XIII*: f. 189 vº-190; *Paradoxa XVI*: f. 215-215 vº; *Emblema XLVIII*: f. 95-96 vº) y, contemporáneamente,

to de Márquez, no obstante, el propio Lardizábal (1782: 58-59) insistía en la oportunidad del recurso al indulto con estos fines, siempre que no se proyectara la imagen de que, debido al ejercicio de la gracia, los delitos quedarían impunes, pues aunque la clemencia “puede producir admirables efectos”, insistía, “es también muy fácil saberla distinguir de la debilidad y de la impotencia”. El propio presidente del Consejo de Castilla en su informe proponiendo unidad de criterios para ejecutar el indulto general de 1795 evitando equívocos procedimentales, refiriéndose al mismo, teorizaba sobre la lógica de la clemencia al considerar:

....que esta gracia no alcance a aquellos excesos en que la pena, dirígida por la prudencia del juez, más que por el rigor de la ley, no es ni debe reputarse un castigo judicial, sino una saludable y paternal corrección, no tanto encaminada a la venganza de la ley quebrantada, quanto a conseguir, con la enmienda de las costumbres, ciudadanos útiles a la nación, a las familias y a sí propios [e insistía en que], [...] y nada es más conveniente que fixar las opiniones en asuntos de tanta importancia¹⁴.

El castigo y la clemencia eran, por estas razones, claves de un edificio político que se construía sobre los principios expuestos y que exigía acciones de justicia por parte de la Corona, no obstante, la justicia no exigía el rigor estricto de la aplicación de la ley, ni siquiera del derecho positivo. Mucho menos esa era una condición en el plano de las intervenciones del soberano. Existían, por lo tanto, suficientes opciones para enmendar errores, suavizar el rigor de las penas y los castigos, así como muchas alternativas para evitar ser individualizado y etiquetado como criminal condenado, incluso entre quienes merecieran pena corporal o capital si se practicara una estricta aplicación de la ley y, por ello, previsibles candidatos a sufrir la pena física que dictara la sentencia.

La mayor parte de cuantos suplicaron indulto regio en la Castilla de mediados del siglo XVIII lo lograron. Incluso los convictos por homicidio con todos los agravantes podían eludir la pena capital utilizando esta vía de gracia. Es cierto que en este último caso, los que gozaron de un indulto no lograron una absoluta ausencia de castigo, sino que las tres cuartas partes de los reos que se encontra-

Castillo Bobadilla, quien aún reconociendo que “la justicia sea siempre acatada y temida” (1978: I, 3, 5), “ha de templarse con moderación, y no embravecerse con aumento: pues el que mucho porfía sonar las narizes, y mamar las tetas saca sangre dellas, y quebrará la cuerda quien mucho flechare el arco, y no se debe descarnar la llaga hasta el hueso, ni curar con fuego y humo, lo que con unciones y remedios blandos se puede curar” (1978: II, 3, 1 y II, 4, 8).

14 Archivo General de Simancas (AGS), *Gracia y Justicia*, leg. 875, s/f. Archivo.

ban en esta situación lo que consiguieron del rey fue una conmutación del castigo capital por otro menos cruel: generalmente el de destierro o condena a realizar servicios militares en estratégicos lugares fronterizos del Caribe o en el Norte de África. Estas también eran opciones alternativas a la de la pena de muerte para aquellos convictos de homicidio involuntario u “ocasional”, entre los que casi la mitad de cuantos solicitaban indulto del rey lo obtenían sin conmutación por otra ninguna pena corporal (Mantecón, 1999).

Cada Consejo del rey canalizaba una versión de la suprema jurisdicción y representaba la voluntad judicial del rey en cada esfera de competencia. Ahí podía lograrse una conmutación de los castigos; sin embargo, la elevación de un suplicatorio de perdón no era algo barato ni sencillo. Exigía un gran esfuerzo. Por lo tanto, incluso dentro de las clases populares, cuanto más pobre fuera un acusado o culpado, cuanto menores los recursos que pudiera activar para llegar a los burócratas de los consejos reales menor era su oportunidad de lograr la gracia regia. A pesar de ello, bastante a menudo, se daban negociaciones entre las partes en cada una de las diferentes escalas judiciales por las que pasara el juicio para lograr alguna forma de arreglo o arbitraje que pusiera fin a los autos y evitara quizá la sentencia y, llegado el caso, la ejecución. En este último punto cobraba importancia la negociación que se realizara tanto con la parte de la víctima como con los oficiales del correspondiente tribunal o, caso de pretender indulto, en el oportuno consejo para facilitar la clemencia del rey. Ante todo, era absolutamente imprescindible lograr el perdón de la parte de la víctima, pero después de este nivel de negociación ésta debía continuarse en otra esfera: entre el criminal y la Corona¹⁵.

En ese preciso momento cobraban importancia una amplia gama de argumentos que pudieron haber merecido o no previamente la atención o la consideración del juez o de los jueces que hubieran intervenido en la causa. Aquí es donde más finamente se tasaban las circunstancias en que se había producido el delito y el papel que pudieran haber jugado atenuantes como la embriaguez, el juego, la defensa propia, la juventud o por el contrario la edad avanzada, la demencia, el hecho de ser muy laborioso o haber sabido que el cónyuge era adúltero, el haber prestado servicios civiles o militares a la Corona... Todas estas circunstancias eran cuestiones de nuevo evaluadas y que podían convertirse en decisivos argumentos para obtener el indulto y una conmutación de condena. Además, por supuesto, era de gran ayuda si se lograba despertar el interés de algunos burócratas de los consejos, que podían aplicarse para que el suplicatorio discurriera satisfac-

15 Ejemplos concretos pueden constatarse en las intervenciones analizadas en Mantecón (2010a) para explicar la *acción de la justicia* que suponían estas resoluciones tan complejamente negociadas.

toriamente por las distintas salas y dependencias hasta llegar al despacho idóneo. Esto también suponía un esfuerzo económico que, a veces, no podía costearse con las propiedades del reo y exigía un respaldo familiar y vecinal importante.

Eran las más duras condenas las que se sometían a la clemencia del rey, o la previsión de las mismas. Generalmente, se trataba de condenados por sentencias de procesos criminales iniciados y no culminados en el momento del suplicatorio. Motivados, en la mayor parte de los casos por homicidios que tuvieron lugar en algaradas, reyertas o desafíos, y éstos explicados por otros factores como relajados comportamientos sexuales (amancebamientos, adulterios, violaciones, estupros y en menor medida incestos, estos últimos en un sentido muy amplio: parientes afines o consanguíneos dentro del cuarto grado), el juego, las relaciones de convivencia y sociabilidad en sus niveles doméstico, laboral o vinculadas al ocio: celebraciones festivas (banquetes, fiestas religiosas, bodas). Incluso se consideraron casos de culpados por muertes producidas incidentalmente y en el acaloramiento de una disputa o producto de la embriaguez.

Con ser los homicidas, voluntarios o no, el mayor número de los suplicantes, muchas veces fugados durante varios años, sentenciados o no en el momento de realizar la petición de gracia y resultar indultados¹⁶, no fueron los únicos que demandaban perdón del rey. Otros reos, inculpados por los delitos más duramente penados solicitaban esta manifestación de suprema clemencia: falsificadores, usurpadores de jurisdicción, potestad o suplantación de personalidad, agresores, protagonistas de desacato a las autoridades o de diferentes daños en propiedades. En el siglo XVIII, no obstante, el grueso de las propuestas de indulto elevadas a la Cámara de Castilla por los tribunales y audiencias de Castilla (las dos chancillerías y las audiencias de La Coruña, Sevilla y Oviedo), Valencia, Aragón y Navarra comprendían delitos de muerte violenta (alevosa o involuntaria). Este rasgo no resulta extraño si se considera que a lo largo del siglo XVIII la relación entre la comisión de homicidio y la condena a pena capital era muy estrecha, lo que era un patrón conocido en algunas de las capitales europeas más importantes¹⁷.

El ámbito de negociación entre partes y la vitalidad de una justicia participada por los afectados en la que el arbitraje tuviera una presencia tan vital como se viene comprobando en estas páginas no debe, sin embargo, contribuir a construir una imagen idílica y, al fin, utópica de la misma que enfatice exclusivamente las facetas positivas de esta característica: la medida de que resultara eficaz para construir paz pública. A veces el precio que se pagaba era muy alto. Un ejemplo

16 José Luis de las Heras (1983: 125) anota que “un 71 % de los reos indultados [en el siglo XVII] estaban huidos”.

17 Sobre el caso romano, por ejemplo, véase Mantecón (2014b).

concreto puede ayudar a mostrar la crudeza y dramatismo de las negociaciones que podían llegar a sostenerse entre las partes, así como de los condicionantes que intervenían en las mismas para presionar a los adversos y facilitarse, así, lograr, al fin, la gracia regia.

La esposa y los hijos de Antonio Rodríguez del Prado, escribano, arrendatario de tierras de Don Cristóbal y Don Diego de Somoza en el Coto de Buxán, feligresía de Santiago de Louredo y corregimiento gallego de Monforte de Lemos, en la provincia de Lugo, optó por apartarse del proceso criminal iniciado de oficio por el corregidor como averiguación de las circunstancias de la muerte violenta del escribano. Don Cristóbal y Don Diego habían resultado acusados y sentenciados a pena capital en 1637, después de que se comprobara que ambos, armados y apostados en el camino, abatieron al escribano cuando éste regresaba a su casa tras realizar unos despachos en el ejercicio de su oficio. Le asaltaron y derribaron. Ya en el suelo, Antonio Rodríguez fue golpeado y arrastrado por el capote. Luego le alzaron de nuevo y comenzaron a asestarle golpes de pica y espada en la cabeza, hasta provocarle la muerte. Los agresores quedaron impunes, a pesar de que se trataba de un homicidio consumado con todas las circunstancias alevosía: seguridad de la muerte, imposible defensa de la víctima, traición, ánimo deliberado y consumación en horas nocturnas. Obtuvieron, sin embargo, la conmutación de condena en el perdón del año 1641. La viuda de Antonio Rodríguez argumentó así su apartamiento de la causa, que, finalmente hacía posible que el rey desplegara la gracia:

...la hacienda que dichos menores [Antonio, Juan y Antonia] y dicha María Rodríguez, su madre, tienen y poseya el dicho Antonio Rodríguez [...] es propia de los dichos Don Cristóbal y Don Diego [los homicidas], y de fuero que sus antepasados hizieron a los del dicho Antonio Rodríguez [el escribano], difunto, cuyas vidas son acabadas [se refiere al vínculo contractual enfiteúutico ya finalizado] y está en elección de los sobredichos [homicidas] quitarles [a la viuda e hijos menores de su víctima] la dicha hacienda o para sí o para alojarla a quien les dará mucha más renta de la que por ella les pagaba dicho Antonio Rodríguez. Y, si esto fuese así, dichos menores y su madre quedarían pobres y sin qué poder sustentarse sino de su trabajo [pues eran jornaleros]. Y, no les quitando la hacienda, y conservando paz y amistad con los susodichos y recibiendo dellos otras buenas obras, que esperan, [...], [...] les será más útil y provechoso a dichos menores

y a María Rodríguez perdonar la muerte del dicho su padre y marido, que no seguirla...¹⁸.

La suplica de perdón al rey requería un minucioso análisis de posibilidades, posición en la escala del honor y estima social, relaciones clientelares locales así como disponibilidades pecuniarias, para acallar a la parte ofendida, a ser posible antes de dictarse sentencia y tratar de evitar la condena. Si era con posterioridad a la sentencia, la pretensión era ya una conmutación del castigo por otro más benévolo, generalmente penas pecuniarias. Una vez se contaba con el perdón de la parte ofendida, se solicitaba la gracia del rey, adjuntando cuanta documentación pudiera servir para mitigar la acción delictiva, entre la que constaría el apartamiento de la causa de los ofendidos, su perdón y cuantos informes, pronunciados por personas acreditadas en el servicio de la Corona, como veteranos del ejército, oficiales o empleados de la Casa Real, pudieran sumarse al suplicatorio.

Esto no varió sustancialmente entre los siglos XVII y XVIII. Prácticamente en la totalidad de los casos conocidos en los años centrales del siglo XVIII se trataba de delitos de sangre culminados en muerte. En la mayor parte de ellos este desenlace fue considerado incidental, aunque violento, atendiendo a la interpretación como atenuantes circunstancias como la defensa propia, estado de embriaguez, demencia, pasión sexual, juventud o senectud. Algunos de los expedientes consultados revelan los esfuerzos para lograr el indulto, por delitos de sangre cometidos y juzgados diez, quince o veinte años atrás, incluso ejemplos claros de alevosía y premeditación por parte de los reos. Los intentos gozaron de fortuna diferente, según los casos¹⁹. Sea como fuere, todas estas características aquí analizadas expresan una imagen de la justicia penal castellana en el Antiguo Régimen como el escenario donde negociar asuntos criminales entre las partes afectadas y de éstas con la Corona. Por todo ello, a pesar de que los más ásperos y crueles castigos, como los dispuestos contra los regicidas o infidentes, aterrorizaban y conmocionaban a cuantos acudían a las plazas públicas para ver desmembrar cuerpos inertes y colocar sus piezas o “cuartos” en lugares visibles de sus ciudades, todo parece indicar que este tipo de castigos y ceremoniales eran extraordinarios. La pena de muerte no fue ejecutada de forma tan profusa como podría suponerse en las sociedades de Castilla, ni en el Occidente europeo, pero otras formas de justicia,

18 AGS, *Cámara de Castilla*, leg. 1838, nº 13, sin f.

19 He recogido en investigaciones ya publicadas (Mantecón, 1999 y 2010a) otros ejemplos, situaciones y contextos de negociación del perdón de la parte ofendida, con un análisis de circunstancias de negociación y de la determinación posterior de la justicia real en los siglos XVII y XVIII.

incluyendo las que implicaban negociaciones y arbitrajes, tampoco mostraban un solo rostro.

V. CONCLUSIONES.

Si la inmensa mayoría de los condenados a muerte que solicitaban indulto y conmutación de condena en Castilla lo conseguían a mediados del siglo XVIII, eso quiere decir que la práctica de la justicia y las alternativas que ésta propiciaba avanzaban en una dirección no demasiado diferente a la de la opinión de juristas abolicionistas de la tortura, como eran señaladamente los penalistas Lardizábal o Forner. Por otro lado, si los conflictos que tensionaban ordinariamente la vida cotidiana y llegaban a producir intervenciones judiciales, la crecientemente mayor actividad de los tribunales y jueces locales y de primera instancia, así como la suspensión de la gran mayoría de las causas antes de llegarse a sentencia, tanto en lo que se refiere a las de naturaleza civil como a las penales, indica un amplio *territorio de negociación* en cada uno de los escenarios de la justicia, para reconstruir la paz pública que era amenazada por esas tensiones crónicas. Esos territorios de negociación no sólo propiciaban el encuentro de las partes –agresores y víctimas- sino que eran ámbitos en que se expresaban los entornos sociales de las partes afectadas en cada conflicto y también los especialistas, es decir, los oficiales de la justicia, quienes más o menos cualificados, coadyuvaban para la consecución de un pacto entre todas las partes afectadas, incluyendo las instituciones y la Corona, para reconstruir la paz pública.

Incluso el ejercicio de la gracia regia para conmutar las sentencias que se hubieran dado o que fueran previsibles, dada la culpa de los acusados que suplicaban el perdón del rey, exigía la participación fundamental de la parte de la víctima que debía otorgar un perdón privado y adherirse a la suplicación de indulto regio a favor del agresor inculcado para que éste pudiera tener alguna opción para lograr la gracia regia. Este itinerario para lograr el perdón del rey y, así eludir la pena de muerte u otras especialmente duras, ofrecía amplios márgenes de negociación de la paz en los que intervenían oficiales de la justicia y también los entornos sociales que amparaban a cada una de las partes en el conflicto.

A la luz de la tratadística y del análisis de la documentación judicial consultada, los usos de la justicia y la experiencia y práctica judicial en la Monarquía Hispánica se muestra atravesada no sólo por los procesos que han dado cuenta del cambio hacia modelos más institucionalizados de práctica de la justicia, afectados por el desarrollo legal y administrativo, sino también por intereses de muy diversa índole, así como por condicionantes que afectaban a la construcción de la paz pública en el ámbito local y subjetivo de cada una de las personas afectadas

por cada expediente judicial. Este patrón fue reconocible en todos y cada uno de los territorios de la justicia, otorgando un gran protagonismo a las negociaciones y arbitrajes, tanto dentro como fuera del proceso penal. Algunas de las informaciones y de los testimonios documentales que aquí han sido analizados, a su vez, permiten comprobar también que esas negociaciones no eran neutras –ni tampoco los arbitrajes–, sino que, por el contrario, estaban decisivamente afectadas por la configuración de la sociedad, sus estructuras de poder local y las formas de dominación que tenían una influencia ineludible en la vida cotidiana, además de por los desarrollos institucionales, el cambio legal o las decisiones gubernativas que podían acelerar o ralentizar procesos históricos de larga duración como la *revolución jurídica* que describieron Lenman y Parker en los inicios de la década del siglo XX.

VI. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.

FUENTES

1. Archivo Histórico Provincial de Cantabria. *Alfoz de Lloredo*. Archivo.
2. Archivo de la Real Chancillería de Valladolid. *Pleitos Criminales*. Archivo.
3. Archivo General de Simancas. *Gracia y Justicia*. Archivo.

BIBLIOGRAFÍA

4. Álvarez de Morales, Antonio. *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*. Madrid: INAP, 1989. Impreso.
5. Castillo Bobadilla, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1978 [1595]. Impreso.
6. Fernández Navarrete, Pedro. *Conservación de las monarquías y Discursos políticos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1982 [1621 y 1626]. Impreso.
7. Forner, Juan Pablo. *Discurso sobre la tortura*. Barcelona: Crítica, 1990 [finalización en 1792 con título *Discurso sobre la perplejidad de la tortura*; 1ª ed. del primero de los ensayos en 1843]. Impreso.
8. Heras, José Luis de las. “Indultos concedidos por la Cámara de Castilla en tiempos de los Austria”. *Studia Historica. Historia Moderna*, vol. 1, nº 3, 1983. 115-142. Impreso.

9. Horozco y Covarrubias, Juan de. *Paradoxas christianas contra las falsas opiniones del mundo* (lib. I) y *Emblemas morales* (lib. II), Segovia: Marcos Ortega, 1592. Impreso.
10. Isla, J.F. *Sermones panegíricos del padre Joseph Francisco de Isla de la Compañía de Jesús*, vol. 5, Madrid: s/e, 1793. Impreso.
11. Jovellanos, Gaspar Melchor de (1863). *El delincuente honrado. Comedia en cinco actos y en prosa, fielmente corregida, adicionada y enmendada en esta impresión*. Madrid: Imprenta y librería de la Viuda e Hijos de José Cuesta, 1863 [1774]. Impreso.
12. Kagan, Richard L. “Justicia y poder real en Castilla, siglos XVI-XVII”. *Cuadernos de investigación histórica*. N° 2, 1978. 291-316. Impreso.
13. Kagan, Richard L. *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*. Valladolid: Consejería de Cultura y Turismo, 1991 [1981]. Impreso.
14. Lardizábal y Uribe, Manuel. *Discurso sobre las penas, contrahído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma, por Don Manuel Lardizábal y Uribe, del Consejo de Su Majestad, su alcalde del crimen y de hijosdalgo de la Real Chancillería de Granada*. Madrid: Ibarra, 1782. Impreso.
15. Lenman, Bruce y Geoffrey Parker. “The estate, the community and the criminal law in early modern Europe”. *Crime & the law. The social history of crime in Western Europe since 1500*. Bruce Lenman and Geoffrey Parker eds. Londres: Europa Publications, 1980. 11-48. Impreso.
16. León, Pedro de. *Compendio de las industrias en los ministerios de la Compañía de Jesús con que prácticamente se demuestra el buen acierto en ellos. Dispuesto por el Padre Pedro de León de la misma Compañía y por orden de los superiores*. Salamanca: Biblioteca Universitaria de Salamanca, manuscrito 573, 1628. Impreso.
17. Mantecón, Tomás A. “Criminals and royal pardon in the 18th century Spain”. *Chaiers de l’institut d’Anthropologie Juridique*. N° 3, 1999. 477-506. Impreso.
18. Mantecón, Tomás A. “El peso de la infrajudicialidad en el control del crimen durante la Edad Moderna”. *Estudis. Revista de historia moderna*. N° 28, 2002. 43-76. Impreso.
19. Mantecón, Tomás A. “Formas de disciplinamiento social, perspectivas históricas”. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*. Vol. 14, n° 2, 2010. 265-298. Impreso.
20. Mantecón, Tomás A. “Sobre las responsabilidades del rey de España en tiempos de ilustración: un discurso villano desde los dos lados del Atlántico”. *Comprendere le monarchie iberiche. Risorse materiali e rappresentazioni del potere*. A cura di Gaetano Sabatini. Roma: Università di Roma Tre, 2010a. 413-467. Impreso.

21. Mantecón, Tomás A. “La acción de justicia en la España Moderna: una justicia dialogada para procurar paz”. *Stringere la pace. Teorie e pratiche della conciliazione nell’Europa moderna (secoli XV-XVIII)*. Paolo Broggio / Maria Pia Paoli eds. Roma: Viella, 2011. 333-369. Impreso.
22. Mantecón, Tomás A. “Los impactos de la criminalidad en sociedades del Antiguo Régimen: España en sus contextos europeos”. *Vínculos de Historia*. Nº 3, 2014. 54-74. Impreso.
23. Mantecón, Tomás A. “Disciplinamiento social, escenografías punitivas y cultura plebeya en el Antiguo Régimen”. *Formas de control y disciplinamiento. Chile, América y Europa, siglos XVI-XIX*. Verónica Undurraga y Rafael Gaune eds. Santiago de Chile: Uqbar, 2014a. 169-193. Impreso.
24. Mantecón, Tomás A. “The Pope’s sword. Early modern capital punishment, homicide and cultures of suffering. Rome in the European context”. *Morality, crime and social control in Europe 1500-1900*. Olli Matikainen y Satu Lidman eds. Helsinki: Finnish Literature Society, 2014b. 259-297. Impreso.
25. Mantecón, Tomás A. “Ciudad, policía y desobediencia cívica en la España del Antiguo Régimen: experiencias históricas contrastadas”. *Identidades urbanas en la monarquía hispánica*. O. Rey Castelao y Tomás A. Mantecón eds. Santiago de Compostela: USC, 2015. 237-268. Impreso.
26. Mariana, Juan de. *Del rey y de la institución real*, en *Obras*, vol. II, BAE, tomo XXXI, Madrid: Atlas, 1950 [1599]. Impreso.
27. Márquez, Fray Juan de. *El gobernador christiano. Deducido de las vidas de Moysen y Josué, príncipes del pueblo de Dios. Por el maestro Fray Juan Márquez de la orden de San Agustín, predicador de la Magestad del rey don Felipe III, catedrático de vísperas de teología de la Universidad de Salamanca*. Amberes: En casa de Jacobo Meursio, Mercader de Libros, 1664. Impreso.
28. Orozco, Fray Alonso de. *Epistolario christiano, el qual contiene doze epístolas para todos los estados, en Recopilación de las obras del muy reverendopadre Fr. Alonso de Orozco, religioso de la orden del glorioso doctor sant Agustín y predicador de su Magestad*. Alcalá de Henares: en casa de Andres de Angulo, 1570. Impreso.
29. Pérez y López, Antonio Xavier. *Discurso sobre la honrra y deshonrra legal en que se manifiesta el verdadero mérito de la nobleza de sangre*, Madrid: Imprenta Real, 1786 [1781]. Impreso.
30. Rivadeneira, P. *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus estados, contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan* [1595], en *Obras escogidas de Pedro de Rivadeneira*. Tomo LX. Madrid: BAE, 1952. Impreso.

31. Rommen, Heinrich. *La teoría del estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*. Madrid: Facultad de derecho y ciencias sociales, Instituto de derecho internacional, 1951 [1926]. Impreso.
32. Saavedra Fajardo, Diego. *Empresas políticas*. Madrid: Editorial Nacional, 1976 [1640]. Impreso.
33. Salinas Meza, René (2000). “Violencias sexuales e interpersonales en Chile tradicional”. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*. Nº 4, 2000. 13-49. Impreso.
34. Schaffstein, Friedrich. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanism*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957. Impreso.
35. Sepúlveda, Juan Ginés. *Sobre el reino y los deberes del rey*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963 [1529]. Impreso.
36. Spierenburg, Pieter. *The spectacle of suffering: Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. Impreso.
37. Undurraga, Verónica. *Los rostros del honor. Normas culturales y estrategias de promoción social en Chile colonial, siglo XVIII*, Santiago de Chile: DIBAM, 2012. Impreso.
38. Undurraga, Verónica / Gaune, Rafael (2014). “Diálogos y propuestas historiográficas desde un espacio de disciplinamiento”. *Formas de control y disciplinamiento. Chile, América y Europa, siglos XVI-XIX*. Undurraga, Verónica / Gaune, Rafael eds. Santiago de Chile: Uqbar, 2014. 47-58. Impreso.
39. Vives, Juan Luis. *Introducción a la sabiduría compuesta en latín por el doctor Juan Luis Vives*. Valencia: M. Bonfort, 1779 [1524]. Impreso.