

A PROPÓSITO DE *CASIBUS CURIAE* EN FRANCISCO CARRASCO DEL SAZ Y EL SISTEMA DEL DERECHO COMÚN

EMMA MONTANOS FERRÍN

*Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: El interés científico de este estudio está determinado por la demostración del ejercicio del *favor protectionis iustitiae* y su articulación en la sede del sistema de derecho común. Se analiza, por una parte el tratamiento procesal especial en sede real (*casus curiae*) correspondiente a situaciones criminales consideradas como especialmente graves; y por otra parte, las soluciones dadas por la justicia a fin de evitar que los autores de esos determinados comportamientos delictivos, como el caso del forzador de mujer y el del *fures*, puedan evadir los efectos sancionatorios aplicables por la justicia a esas situaciones penales. No resulta difícil imaginar cómo podría resultar fácil la evasión, por parte de estos delincuentes, de la sanción penal correspondiente a sus actos criminales en la realidad indiana, tan alejada geográficamente de Castilla y únicamente comunicada a través de un complicado acceso solamente marítimo: tal es el caso de Panamá, ambiente al que va dirigida la obra, *Tractatus de casibus Curiae* del jurista indiano Francisco Carrasco del Saz (1570-1625).

PALABRAS CLAVE: *Favor protectionis iustitiae*. Sistema de derecho común. *Ius canonicum*. *Ius civile*. *Ius proprium*. *Casus curiae*. Francisco Carrasco del Saz. *Tractatus de casibus Curiae*. *Muger forçada*. *Fures*.

SUMMARY: Scientific interest of this work is based on showing the utility of *favor protectionis iustitia* and its involvement on the *ius commune* system venue. The aim of our work was firstly to discuss the specific procedural treatment in royal venue (*casus curiae*) pertaining to criminal situations of special seriousness and secondly we had described the answers given by justice to avoid authors escape of very specific punishable behaviours, as is the case of forcing women and *fures*, and the measures taken in order to enforce proper sanction on

these criminal situations. It is not difficult to envisage easy evading of justice by delinquents, especially in the case of indiane reality, the long geographic distance from Castile and the difficult communications across the sea indeed favour this circumstance, as is the case of Panama, the one which was addressed by *Tractatus de casibus Curiae* written by the indiane jurist Francisco Carrasco del Saz (1570-1625).

KEY WORDS: *Favor protectionis iustitiae. Ius commune system. Ius canonicum. Ius civile. Ius proprium. Casus curiae. Francisco Carrasco del Saz. Tractatus de casibus Curiae. Muger forçada (forced woman). Fures.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TRACTATUS DE CASIBUS CURIAE. III. *MUGER FORÇADA*. IV. *LATRONE PUBLICO, FAMOSO ET NOTORIO*: 1. Puntualización jurídica en sede de *ius canonicum*. 2. Puntualización jurídica en sede de *ius civile*.

I. INTRODUCCIÓN

El interés científico de este estudio está determinado por la demostración del ejercicio del *favor protectionis iustitiae*¹ y su articulación en la sede del sistema de derecho común. Se analiza, por una parte el tratamiento procesal especial en sede real (*casus curiae*) correspondiente a situaciones criminales consideradas como especialmente graves; y por otra parte, las soluciones dadas por la justicia a fin de evitar que los autores de esos determinados comportamientos delictivos, como el caso del forzador de mujer y el del *fures*, puedan evadir los efectos sancionatorios aplicables por la justicia a esas situaciones penales. No resulta difícil imaginar cómo podría resultar fácil la evasión, por parte de estos delincuentes, de la sanción penal correspondiente a sus actos criminales en la realidad indiana, tan alejada geográficamente de Castilla y únicamente comunicada a través de un complicado acceso solamente marítimo: tal es el caso de Panamá, ambiente al que va dirigida la obra, *Tractatus de casibus Curiae* del jurista indiano Francisco Carrasco del Saz (1570-1625).

II. TRACTATUS DE CASIBUS CURIAE

En mi planteamiento sigo la exposición que sobre el tema indicado realizó este magnífico jurista indiano, asesor de tres virreyes (conde de Lemos, marqués de Motesclaros y príncipe de Esquilache) en el Perú en donde transcurrió prácticamente toda su vida, desde la última década del siglo XVI hasta su incorporación como oidor de la audiencia panameña que no se producirá hasta el año 1619, y a pesar de habersele dado nombramiento con fecha de 7 de mayo de 1616. Este jurista de brillante formación² conseguida a través de su licenciatura en cánones en Alcalá y de su doctorado en la Universidad limeña de San Marcos (de la que llegó a ser rector entre los años 1613 y 1614) es un gran conocedor del mundo

1 Aclaro que sigo en el desarrollo de este estudio, como ya he llevado a la práctica en otros anteriores (vid. MONTANOS FERRÍN, E, "El sistema del *ius commune* en la literatura jurídica indiana. El mayorazgo en la obra de Juan de Matienzo", *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000) 33-42 = *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano* (San Juan de Puerto Rico 2003) 381-391; "Una muestra del *favor consanguinitatis* en la obra de Juan de Matienzo", *Rivista Internazionale di Diritto comune* 14 (2004) 189-203; "Responsabilidad contractual por caso fortuito. Un aspecto de la salvaguarda del status de la esposa supérstite en la obra de Juan de Matienzo", *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 16 (2005) 211-224), el proyecto metodológico propuesto en su día por BELLOMO (vid. BELLOMO, M., "I fondamenti ideali del diritto privato indiano nell'opera dei giuristi d'Antico Regime. Linee di un progetto", *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000) 297-304), y del que soy corresponsable. El objetivo de este proyecto se concreta en tratar de encontrar las convicciones básicas que han fundamentado los diversos tratamientos que sobre diferentes instituciones jurídicas realizaron los juristas indianos partiendo de la formación jurídica europea que tienen y que impregna su obra. A este propósito vid. también MONTANOS FERRÍN, E., *Experiencias de derecho común europeo. Siglos XII-XVII* (Santiago de Compostela, 2010).

2 BARRIENTOS GRANDÓN, J. "El *mos italicus* en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (1570-1625)", *Ius Fugit* 2 (1993) 43-63.

jurídico limeño: el de la praxis forense y el del pensamiento universitario peruano, lo que se ve de forma clara en el contenido de su gran producción científica³.

Me interesa en este momento y en este tema seguir el planteamiento de Francisco Carrasco sobre todo por tres razones: la primera, porque tiene una excelente formación jurídica y humanística y constituye un excelente exponente del humanismo jurídico y lo que esto conlleva de impresionante bagaje intelectual – filosófico-jurídico en particular – en un jurista renacentista dotado y formado en una clásica erudición elegante, fina y rica⁴ que le lleva a buscar el argumento *ab auctoritate* también en el mundo clásico, y a recoger diversas apoyaturas filosófico-jurídicas doctrinales exponentes de las variadas corrientes del humanismo jurídico que dota su obra de enorme riqueza⁵.

El segundo motivo que me llevó a esta selección es que Carrasco del Saz es poseedor de una sólida formación universitaria europea que se trasluce perfectamente en este *Tractatus de casibus curiae*; ahora me estoy refiriendo concretamente a su formación en *ius commune* derivada de sus estudios y doctorado en cánones y de sus seleccionadas lecturas jurídicas⁶. Conoce perfectamente el *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*, pero también maneja y analiza la obra de los más grandes exponentes de la literatura jurídica del *ius commune* y basa sus argumentaciones no solo en la *communis opinio doctorum* de juristas de la época de esplendor del *ius commune* como, entre otros, Alberico da Rosciate, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, sino también de épocas posteriores como Martín de Azpilcueta, Azevedo, Covarruvias, Zevallos, Manuel Rodríguez, Gregorio López...

-
- 3 Los datos sobre su obra científica forman parte del magnífico catálogo realizado por BARRIENTOS GRANDÓN, J. – este mismo autor me los ha facilitado – sobre servidores de plazas en las audiencias indianas durante los siglos XVI al XIX. Este catálogo forma parte del contenido de su tesis doctoral inédita titulada "*Iurisdictio animata en el Nuevo Mundo*", de cuyo tribunal juzgador tuve el honor de formar parte. Son los siguientes: 1) *Iuris allegatio pro domino Episcopo et decano el capitulo Sanctae Cathedralis Ecclesiae Civitatis del Cuzco, in causa... inter idem Capitulum contra indos naturales... super integra solutione decimarum* (Lima). 2) *Allegatio iuris, et consilium pro examinandis et approbandis miraculis religiosissimi viri Fr. Francisci Solano Seraphici Franciscani ordinis alumni* (Lima, 1612). 3) *Initium a Domino. Factum. El Rey Nuestro Señor proveyó por su Virrey, Gobernador y Capitán General destos Reynos y provincias del Pirú al señor Don Francisco de Borja Principe de Esquilache* (Lima, 1616). 4) *Iuris allegatio pro Licenciato Francisco del Saz Carrasco huius Regalis Senatus advocato, Indorumque huius Regni Generali Protectore, In causa ante Tribunal Sanctae Inquisitionis contra eum a defensore Bonorum Francisci de Vergara, Aliorumque Carceratorum agitata, Et condemnatione in solidum Quinquies, trigesies mille nummorum petita* (Lima). 5) *Interpretatio ad aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae* (Sevilla, 1620). 6) *Tractatus de casibus curiae* (Madrid, 1630). 7) *Opus posthumi nomen sibi vendicans, et valde utile de nobilibus non torquendi neque carceris mancipandis*, en *Opera omnia* (Madrid, 1648). 8) *Apuntamientos sobre la política virreinal dirigida a enterar los cupos de los mitayos afectos a las minas de Potosí* (Lima, 1609). 9) *Relación de algunas cosas que hoy requieren remedio en el Pirú y su gobierno* (Panamá, 30-VI-1619).
- 4 Sobre el humanismo jurídico y su formación es interesantísimo el estudio ya clásico de MAFFEI, D. *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (Milano, 1956).
- 5 Acerca de la forma de argumentación jurídica de los juristas humanistas formados en derecho común, vid.: CAPRIOLI S.: "De modis arguendi" scripta rariora: 1. "Dini opusculum, *Studi Senesi*, Ser. III, 12 (1963) 30-56 y "Modi arguendi": Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune", *Studi medievali* 46, fasc. 1 (2005) 1-30; BELLOMO M., "Loci loicales' e forme del pensiero giuridico in alcuni testi dei secoli XIII e XIV", *Rivista di Storia del Diritto Italiano* 47 (1974) 5-18; también en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, IV. *Scritti storico-filosofici* (Milano, 1978) 31-42; PADOVANI A., *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense* (Bologna, 2006) y literatura citada en estos estudios.
- 6 Vid. BARRIENTOS GRANDÓN, J., *El mos italicus en un jurista indiano*, op. cit.

La tercera característica de este jurista que me impulsó a estudiarlo en este momento es que es magnífico conocedor también de la realidad jurídica indiana y, sobre todo, peruana (no en vano dedicó la más amplia parte de su vida profesional al foro limeño), y esta situación le propicia un excelente escenario de las características singulares de un *ius proprium* tan alejado geográficamente de Europa, pero desarrollado dentro del sistema de derecho común y dirigido a la población de ese Nuevo Mundo.

Este *Tractatus practici, et quotidiani. Primus de casibus curiae enumerantii quinquaginta cum suis declarationibus* responde a lo que ya en estos momentos se entiende como Tratado: una obra en la que con carácter sistemático el jurista va analizando y argumentando cada uno de los puntos que recoge sobre una materia definida; en este caso sobre la materia de lo que ha de ser considerado *casus curiae*⁷ y se apoya *ab autoritate* en literatura jurídica del *ius commune*, así como en la legislación regia castellana sobre el escenario de las Indias que tan bien conoce, enumerando cincuenta "casus curiae frequentes et quotidiani"⁸. Todos los casos de corte que enumera "de quibus prima cognitio quo ad litis ordinationem, et decisionem Regiis Senatibus et Chancellariis competat"⁹, los argumenta basándose *ab autoritate* en juristas buenos conocedores también del derecho real y del derecho común como Covarruvias¹⁰, o Azevedo¹¹ (quienes utilizan en sus argumentaciones tanto textos de

7 A diferencia de los que también son calificados como *Tractati* en siglos anteriores. Manlio Bellomo califica este tipo de obra, que comienza a desarrollarse con intensidad después de la época de los glosadores, como reza su título: *tractatus*. Claro está que el contenido del término es diferente al que tienen los grandes tratados elaborados en el momento de máximo esplendor del *commentarius*. El historiador del derecho italiano se refiere a los tratados que responden a esta misma naturaleza como: "costruiti mettendo insieme senza un ordine logico-formale questione-celle ridotte all'essenziale". Y precisamente a esto responde el contenido de esas obras y de otras de similar estructura en las que se recogen, como collares de *quaestiones magistrales* – utilizándose en los diversos problemas planteados el término *quaero* típico de este género de cuestiones –, temas que han sido tratados en las escuelas o en el foro; muchas de ellas son insertadas en libros personales de juristas y por esto son "tratados de...", BELLOMO M., *I fatti e il diritto. Tra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali (secoli XIII-XIV)* (Roma, 2000) 432.

8 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol.1

9 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol.7

10 DIDACUS COVARRUVIAS, *Enucleatus et auctus practicus in quaestionibus* (Coloniae Allobrogum, 1726), capítulo 7, num. 38: "Aliud est privilegium trahendi causa ad Curiam, et aliud ne quis, extra proprium domicilium extrahatur: "Haec ita; nam actor habet privilegium in specie, et actu; reus vero in genere, ac habitu, secundum praenotata numero 25. exemplum deduci poterit ex l. 9. tit. 3, lib. 4 Recop., ubi enumeratur plures, qui ad Curiam causas suas deferre in prima instancia possunt, non tamen gaudent privilegio, ne ex proprio domicilio ad litigandum extrahantur". En efecto, la *Nueva Recopilación* 4,3,9 dispone: "Que no se den emplaçamientos contra personas algunas para que parezcan en Consejo, ni en Chancillerias: y que las personas en esta ley contenidas puedan traer pleitos en las Chancillerias: Ordenamos y mandamos que los del nuestro Consejo, y Oidores de las nuestras Audiencias, y los nuestros Chancilleres mayores, assi del nuestro sello mayor, como del sello de la puridad, y sus lugartenientes, y los Alcaldes y notarios, y otros oficiales de la nuestra Corte, ni Chancilleria, ni qualquier dellos, no den, ni libren, ni passen, ni sellen, nuestras cartas de emplaçamientos contra qualesquier Concejos y personas de qualquier ley, estado, y condición que sean, para que vengan y parezcan en el nuestro Consejo, Corte y Chancilleria en otros casos, ni sobre otras cosas algunas civiles, ni criminales, salvo en aquellos casos y sobre aquellas cosas que las nuestras leyes de las partidas, y de los fueros, y ordenamientos de nuestros Reynos mandan y quieren que los talea pleitos y causas y negocios que son sobre casos de Corte se traten ante nos, o en las Chancillerias en primera instancia, y que por ellos las tales personas puedan ser emplaçados y sacados de su propio fuero, y jurisdicción para la nuestra Corte, y Chancilleria...".

11 ALFONSUS DE AZEVEDO, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones, quartum librum Novae Recopilationis complectens* (Salmanticae, 1583). Este jurista como buen conocedor del derecho común determina en el

derecho real como de derecho común) o en derecho real como la Nueva Recopilación que dispone que esos casos han de juzgarse por los oidores reales¹² siguiendo un orden procesal expreso¹³.

Llama la atención el elevado número de situaciones que contempla el jurista indiano y que califica como 'casos de corte' que superan mucho a los que "según estilo antiguo" aparecen recogidos en la Nueva Recopilación¹⁴. Los cincuenta 'casos de corte' que contempla Carrasco del Saz que quizás alcanzan un número tan elevado de supuestos generados en la praxis indiana (*apud nos*), encarnarían situaciones de especial gravedad que sería necesario resolver ante la Curia y de forma rápida para evitar, probablemente, que sus autores huyeran de la justicia¹⁵, o por su cualidad son derivaciones indianas como puede ser la situación contemplada sobre la paga de tributos que se pide a indios encomendados¹⁶. Solamente en este momento me voy a detener en dos, ambos de extrema gravedad. Uno encarna un acto delictivo contra una persona: es el rapto y forzamiento de mujer. El otro genera un comportamiento delictivo contra la propiedad que lleva al actor del mismo a ser considerado *fur manifestus*. Ambos crímenes, como tendremos ocasión de ver, encarnaron conductas que fueron consideradas históricamente muy graves y como tal fueron consideradas, y penalizadas en consecuencia, ya desde el antiguo derecho romano.

lib 4, tit.3, l.8 y 9, fols. 54va a 56: "[Que son estos] Quos refert text. In l. 5, titulo?, partida 3. Este jurista aduce además que "in diccionario verbo Corte, scilicet quando pars et iurat non posse consequi iustitiam in partibus, quo casu cum godam modo iste oppressus videatur, ei rex subvenire vult... potest de omnibus in curia accusarii... ". Cita *a simile* (fol.55) la l. *ubi acceptum*, ff. *de iud.* (D.5.1.30) en que Marcelo establece que el juicio debe terminar donde se aceptó; y se apoya como criterio de autoridad en autores como Covarruvias, Diego Pérez o Guido Papae, entre otros.

- 12 *Recopilación de las leyes destas reynos hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir con las leyes que después de la ultima impression se han publicado por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, (Madrid, 1640; ed. facsimil 1982) 2,5,21: "Otro sí porque somos informados, que traen gran empacho à la expedición de los negocios de las nuestras Audiencias, en conocer los nuestros Oidores de las causas civiles, que en primera instancia ante ellos se mueven entre unas personas, y otros vecinos de la ciudad, villa, o lugar donde estuviere la nuestra Corte y Chancilleria. Porende mandamos y defendemos que los nuestros Oidores, no conozcan de pleitos algunos civiles en primera instancia, en que ha de ser convenido el vezino de la ciudad, o illa o lugar donde estuvieren las nuestras Chancillerias con cinco leguas en derredor... salvo si la causa fuere de caso de Corte... ca en estos casos puedan los dichos nuestros Oidores conocer y determinar en primera instancia".
- 13 *Nueva Recopilación* 4,2,2: "Que es lo que se ha de hazer quando el procurador viniere a poner la demanda por caso de Corte, para le dar emplaçamiento, y que es lo que se ha de aperçibir al reo, y quando ha de presentar sus escrituras...".
- 14 *Nueva Recopilación* 4,3,8: "... aquellos casos que se deven librar en la nuestra Corte y Chancilleria, que son estos, según estilo antiguo: muerte segura, mujer forçada, tregua quebrantada, casa quemada, camino quebrantado, traición y aleve, riepto, pleito de viudas y huérfanos, y personas miserables, o contra Corregidor, o Alcalde ordinario, u otro oficial del tal lugar, y sobre caso que pueda ser convenido, durante el tiempo de su oficio".
- 15 Como por ejemplo, CARRASCO DEL SAZ contempla como casos de corte: la falsificación del sello real, la fabricación de moneda falsa, la administración de justicia a hombre pobre o a hombre "muy cuytado", o contra algún poderoso o señores de vasallos, o contra el salario de abogados y procuradores, o sobre muerte o heridas a algún caballero, así como especifica apuntando "apud nos" un importante número de situaciones delictivas en que se viera implicado algún oficial del rey, ampliando, en consecuencia, la genérica expresión de "Corregidor o Alcalde ordinario u otro oficial del tal lugar, y sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio" recogida en la *Nueva Recopilación* 4,3,8.
- 16 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol. 6va.

III. MUGER FORÇADA

Es la realidad indiana la que impulsa seguramente a Carrasco del Saz a insistir incluyendo este supuesto entre los casos de corte; es, por otra parte, la tradición jurídica de un pasado en el que el contenido del *ius proprium* en España (los diferentes fueros municipales de localidades integradas en la Corona de Castilla o en la Corona de Aragón), así como el contenido de la legislación regia se había desarrollado dentro de las categorías del derecho común. Es un ejemplo del sistema de derecho común.

Hechas estas premisas y para que pueda llegarse a comprender mejor el por qué Francisco Carrasco incluye el rapto no consentido y la violación como situaciones muy graves que deben de ser tratadas como 'casos de corte', me parece que debo de analizar la evolución jurídico-penal y mostrar las líneas principales de una historia que implicó a mujeres casadas y no casadas en el drama del rapto y del estupro, severamente vetados ya por las normas municipales medievales hispanas. También intentaré demostrar en qué modo los redactores de aquellas normas transfundieron en los contenidos específicos de las disposiciones locales las cuestiones corrientes en su realidad cotidiana, utilizando para todo caso concreto el bagaje de conocimientos, de lenguaje, de terminología jurídica que, en mayor o menor medida, habían aprendido estudiando aquel *ius commune* que se enseñaba en toda Europa.

En este sentido aquéllos tomaron de aquel derecho común lenguaje y categorías, los utilizaron y modelaron en sede local y los adaptaron a los contenidos tradicionales de las costumbres municipales que estaban empeñados en poner por escrito, produciendo normas que presentan con frecuencia figuras jurídicas de incierta fisonomía impuestas por las variantes locales.

Me refiero en concreto a los actos y a la responsabilidad de los parientes en los casos de mujeres violadas o raptadas sin su asentimiento, puesto que, como advierte Baldo degli Ubaldi, "si mulier consentit se rapi quando volenti non sit iniuria neque dolus..."¹⁷. Con esto Baldo expresaba un punto de vista que corresponde a la realidad jurídica europea de los siglos que van, al menos, desde el duodécimo al decimocuarto. Se trata de un juicio que marcó las mentes de los juristas europeos, más o menos refinados, durante todo el tardo medioevo y que se refleja también, en modo muy simple, en las múltiples y sucesivas disposiciones normativas de los *fueros*, como tendremos ocasión de ver.

Los juristas que elaboran sus obras durante los siglos de esplendor del *ius commune* afrontan con unidad de vista el tema del rapto no consentido de mujer (en este sentido resulta sumamente elocuente la expresión de Cino da Pistoia al expresar que: "quo detestatur crimen raptus huiusmodi mulierum"¹⁸, especialmente cuando consideran que la ofensa causada por tal delito repercute sobre todos los parientes de la mujer violada o estuprada. Baldo exalta el dúplice deshonor y dolor que ofenden a la mujer y a sus parientes: "maximum

17 BALDO DEGLI UBALDI, *Comm.* in C.9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. raptores.

18 CINO DA PISTOIA, *Lectura* in C. 9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. raptores.

dedecus est mulieri et magnus dolor est parentibus mulierum cognosci et stuprari"¹⁹. Con la misma expresividad y con un juicio de amplísimo radio había ya manifestado idéntico pensamiento Cino da Pistoia: "maxime hoc dicere in Italia, ubi iniuria, facta uni ex genere, reputatur facta omnibus ex illo genere"²⁰. Una escena, ésta, que en términos similares está representada en las *Siete Partidas*, cuando, a propósito de la violencia sexual o del rapto se subraya que tales comportamientos delictivos "fazen muy gran deshonrra a los parientes de la muger forçada"²¹; texto que será glosado por Gregorio López con palabras claras. El jurista castellano insiste en que por los actos de violencia carnal y por el rapto no consentido de mujer los parientes de la mujer sufren injuria grave: "iniuriantur graviter"²².

La coherencia entre el *ius commune* y el *ius proprium* se manifiesta no solo cuando el *ius proprium* pertenece al nivel superior del *ius regium*, como es el caso de las *Siete Partidas* del rey Alfonso el Sabio. Se manifiesta también cuando se trata de un *ius proprium* de nivel inferior, como sucede cuando en las ciudades de los diferentes reinos se formulan y se imponen los fueros extensos.

Los redactores de tales fueros recogen el eco de un sentir común europeo: el mismo que hemos visto documentado y consagrado en la literatura jurídica italiana y europea. Así, de forma clara, veremos cómo el deshonor de la mujer, golpea y enfanga también el honor de los parientes. Con una consecuencia y una especificidad: si bien tales delitos son considerados de particular gravedad, y por ello clasificados como 'casos de corte' idóneos en general para fundar un resarcimiento que vertiese a la corte, sin embargo la sanción económica impuesta por éstos al agresor deberá de ser dirigida directamente a los parientes de la víctima: "En la desondra, ni en el enpuxamiento ni en el riepto, el palacio non aya ninguna parte. Mas las colonnas ayalas el padre e la madre o los parientes que sus bienes deven heredar"²³.

En el curso de las investigaciones para el tema de esta contribución no he revelado diferencias de trato ni por parte de la literatura jurídica, ni por parte de la normativa de los fueros. Hay una coincidencia sustancial de planteamientos y de soluciones, sea cuando los juristas comentan textos de los *libri legales* relativos al rapto de las vírgenes y de las viudas (en el título *de raptu virginum seu viduarum*), sea cuando redactores de modesto nivel ponen por escrito las costumbres de sus ciudades y territorios. Se trata en todo caso de delitos que ofenden gravemente no solo a la víctima, sino también a los parientes de la víctima.

No encuentro diferencia alguna entre el nivel del *ius commune* y el de los *iura propria*. Todos los testimonios consienten verificar que estamos en el interior de un único sistema jurídico; estamos dentro del sistema de un *ius commune* sólidamente entrelazado con el *ius proprium*. Por una parte Baldo enseña que con relación al rapto de mujer no es posible componer la enemistad y *reddere pacem*, y por otra parte los *fueros* y los estatutos municipales establecen que el agresor, autor de violencia carnal o de rapto no consentido

19 BALDO DEGLI UBALDI, *Comm.* in C.9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. raptores.

20 CINO DA PISTOIA, *Lectura* in C. 9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. raptores.

21 *Código de las Siete Partidas*, "Los Códigos Españoles concordados y anotados" (Madrid, 1848) 7,20,1

22 GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas* 7, 20,1

23 Fuero de Alarcón (a. 1208) 20, ed. ROUDIL, J., *Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón* (Paris 1968).

de mujer, sea condenado al pago de una sanción pecuniaria y sea por siempre "enemigo de los parientes" de la víctima del delito. También aquí, como en Baldo, no será posible *reddere pacem* o como expresa Iacobus Butrigarius: "parentes non possunt facere pacem de raptu filie..."²⁴

Es necesario hacer aquí una precisión. La fuerza expansiva del *ius commune* no comporta automáticamente que todo contenido de las normativas del *ius commune* deba reproducirse en las normativas del *ius proprium* y juntarse perfectamente con éstas. Aquella fuerza expansiva consiste, como hemos visto, en la circulación de categorías y de terminología jurídica en el ámbito ciudadano, allí en donde se forman y se promulgan los *fueros* locales. El hecho de que en los *fueros* locales haya disposiciones específicas no impide en absoluto que los ligámenes fundamentales con el *ius commune* permanezcan firmes y sólidos, sea por la identidad de las categorías jurídicas, sea por los valores que se expresan sobre el plano doctrinal y forense.

En el caso concreto de los *fueros* municipales, éstos son el espejo de una situación territorial caracterizada por los acontecimientos de la recuperación territorial, en donde son frecuentes fenómenos como la ruptura de la amistad y la contraposición de hombre a hombre, cada uno de los cuales advierte y siente al otro como 'enemigo'. Es un clima en el cual resulta natural considerar enemigo a quien se ponga contra la familia. Resulta natural que los parientes defiendan a la víctima de un delito odioso y deshonoroso como el rapto o el estupro y por esto quieran vengar la ofensa, y quieran azuzar hasta el punto de ser absueltos si deciden dar muerte a quien advierten como 'enemigo' y para el que, según Alfonso I en Teruel en una fecha muy avanzada (año 1428) establecía que quedaba reservada la pena de muerte²⁵.

Justo para los delitos que enfangan el honor de la mujer raptada o estuprada y el honor de sus parientes se considera la necesidad de desafiar al delincuente.

En confronto con estas situaciones locales las *Siete Partidas* ponen sobre la escena una cuestión que considero muy importante, incluso si los *fueros* municipales no la contemplan. Pero es lógico que los *fueros* no la incluyan porque están redactados por *ius periti* de escasísima cultura jurídica, mientras que no es así por lo que respecta a los redactores del cuerpo legislativo de Alfonso el Sabio, indudablemente dotados de buena cultura jurídica. Me refiero a la norma de las *Siete Partidas* que es pertinente al caso del que me estoy ocupando. La ley de Alfonso dispone que ante todo puedan proceder a formular y a proponer la acusación los parientes de la mujer ofendida; dispone después que si los parientes no quieren proceder, pueda elevar la acusación cualquiera que pertenezca a la ciudad en donde el delito haya sido cometido. Naturalmente en este segundo caso los vecinos vienen a un

24 IACOBUS BUTRIGARIUS, *Lectura super Codice, de raptu virginum, additio*, fol. 104

25 Alphonsus I Turolii, 1428: "... De voluntad de la Cort, statuyamos, e ordenamos, que persona alguna de qualesquiere estado, grado, sexo, ley, o condición que sia, que rapara, furtara, o levava violentamente muller alguna virgen, viuda, casada, o otra qualquiere por causa de aquella cognoscer o fazer conocer carnalment... sia punida de pena de muerte natural...", *Liber IX, tit. De raptu mulierum, et matrimoniis... fororum regni Aragonum* en "Fueros y Observancias del reyno de Aragón" cit.164 va.

primer plano. Éste es el texto: "Quien puede acusar a los que fazen fuerça a las mugeres, e ante quien los pueden acusar. En razon de fuerça que fuesse fecha contra alguna de las mugeres sobredichas, pueden fazer accusacion los parientes de ella. E si ellos non quisieren fazer, puede la fazer cada uno del Pueblo, ante el Jugador del lugar do fue fecha la fuerça..."²⁶ porque, como más adelante dirá Gregorio López, se trata de un *crimen publicum*.

Entramos ahora en un campo en que se perfila el delicado problema de la cualificación jurídica de comportamientos vindicativos que pueden llevar también a gestos extremos.

Pienso en Cino da Pistoia, entre muchos: "parentes qui raptores inveniunt et alii consanguinei possunt illos interficere in flagranti crimine et sic permittitur vindicta, et est speciale..."²⁷.

Pero a mi juicio es Baldo degli Ubaldi quien ofrece un cuadro claro y articulado del estado de la doctrina jurídica del derecho común en el tema de la venganza parental. En su comentario al título *de raptu virginum seu viduarum* considera admisible que se de muerte al raptor y también, eventualmente, a sus colaboradores cuando éstos sean cogidos "en crimen flagrante". Aquí se justifica ante todo la "ratio coniunctionis", pero puede emerger también una "ratio officii iveratio cuiuslibet alterius iuris". La raíz de esta permisibilidad a favor de los parientes la esclarece justo el mismo jurista, allí en donde recuerda que "iniuria facta uni de domo intelligitur facta toti consanguinitati et toti casate"²⁸. No solo. Baldo añade que el rapto es delito que toca el orden y el honor de toda la colectividad, tanto que "raptor mulieri reputatur hostis Reipublice"²⁹: ¡enemigo de la República!. Recuerdo que Gregorio López, invocando textos de derecho común vendrá a calificar de similar manera la perpetración de este delito: *crimen publicum*.

En estos textos, que pertenecen al período de máximo esplendor del sistema del *ius commune*, resulta evidente que los juristas admiten la impunidad para todo pariente que, para vengar la ofensa al honor de la familia y de toda la 'casa', se lanza a matar al raptor cogido en flagrante delito, y resulta también evidente que la misma *Respublica* tiene título para infligir penas graves, incluso supremas, al raptor de vírgenes y de viudas. No siempre los fueros son tan analíticos y lineales al disponer sobre esta materia. Y sin embargo son otro tanto analíticas y lineales las normas de la legislación regia, ésta, muy importante e indudablemente ligada al *ius commune*.

No sorprende que los ecos de la gran doctrina jurídica del *ius commune* se encuentren después a manos llenas en las glosas a las *Siete Partidas* de Gregorio López puestas en aparejo de la gran legislación regia³⁰.

26 *Partidas* 7, 20, 2

27 CINO DA PISTOIA, *Lectura* in C. 9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. *raptores*.

28 BALDO DEGLI UBALDI, *Comm.* in C.9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. *raptores*.

29 BALDO DEGLI UBALDI, *Comm.* in C.9.13, *unica, de raptu virginum, seu viduarum*. l. *raptores*.

30 Conviene recordar que Gregorio López es un jurista que vive y escribe en el siglo decimosexto, cuando han pasado siglos de la compilación de las *Siete Partidas*, de la segunda mitad del Doscientos. Y justo por ésta su colocación temporal Gregorio se encuentra en una posición privilegiada, porque puede recoger y meditar cualquier brote emergido en la gran doctrina del *ius commune*, en la península ibérica, como en cualquier otra parte del continente europeo.

Al leer las glosas de Gregorio hay un primer punto que emerge con extrema claridad, allí en donde Gregorio califica como *crimen publicum* tanto el estupro como el rapto³¹ e invoca al respecto la l. *in servorum* (D.48.19.10) y el contenido de la l. *de raptu virginum seu viduarum* (C.9.13.única) que establece como pena correspondiente la de muerte³².

Si los delitos arriba indicados son *crimina publica*, se consigue que éstos puedan ser perseguidos sea *per inquisitionem*, sea *per accusationem*. En cuanto a la licitud de la captura, es la ley regia la que lo permite, concediendo a parientes y consanguíneos actuar *auctoritate propria*, porque todos son considerados sujetos pasivos del delito, todos víctimas de una *iniuria*.

Hasta ahora he tenido en cuenta la disciplina sustancial de las normativas del *ius proprium*, local o real, y la doctrina del *ius commune*. Conviene añadir alguna cosa por cuanto se refiere a la disciplina procesal, que ya en el fragmento arriba citado se deja entrever bien, por la alusión al proceso inquisitorio y al proceso acusatorio.

Leyendo las normativas de los fueros dedicados al caso del delito y del estupro se observa que los redactores no tienen clara consciencia y conocimiento de las diferencias entre proceso inquisitorio y acusatorio. Y me parece natural que haya sucedido así. Al tiempo de las redacciones de los fueros estamos en ambientes municipales o ciudadanos y estamos en los siglos XII y XIII, en ciudades en donde trabajan *ius periti* de modesta altura cultural, en ciudades frecuentemente lejanas de aquellos centros urbanos en los que están activas las nuevas escuelas del derecho.

En la realidad de estas ciudades no está madura la idea de que para proceder a una venganza deba de instaurarse un verdadero y propio proceso. Del proceso falta la distinción y la sucesión de las varias fases que lo componen y la exacta individualización de los sujetos legitimados para actuar en primer lugar. Por ejemplo, no existen disposiciones que indiquen en qué lugar debe de ser hecho el desafío, puede decirse la acusación; y ni siquiera hay disposiciones que indiquen a qué pariente corresponde en primer lugar hacer el desafío.

Otro escenario aparece leyendo las *Siete Partidas*, que son leyes escritas por juristas cultos, activos en la casa de un rey Sabio. En ellas se encuentran normas que establecen de qué modo se debe dar prueba del delito en el curso de un proceso regular. La premisa de derecho sustancial está, y vale la pena repetirla con las palabras del libro séptimo de las *Partidas*, porque en ellas, al final, está presente el momento procesal: "Robando algun ome alguna muger viuda de buena fama o virgen o casada o religiosa o yaziendo con alguna dellas (están los delitos, rapto y estupro), "si le fuere provado en juyzio, debe morir porende"³³. Así pues la norma, con el paso final, hace referencia a la normativa relativa de derecho procesal, contenida en otra sección de las *Siete Partidas*, sin añadir ni repetir cuanto en otra parte está

31 GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas* 7,20,2: "Est enim crimen publicum, quia non solum quando violentia sit in personam, punitur, verum etiam si fiat in rebús, et major est vilolentia personalis, quam vis quae rebús infertur..."

32 C.9.13.única: "Raptores virginum e honestarum, vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes, capitis suplicio plectendos decernimus..."

33 *Partidas* 7,20,3

analíticamente expuesto y dispuesto por el derecho real. Ni el fragmento final aquí recordado, "si fuere provado en juyzio", tiene necesidad de añadidos particulares por Gregorio López que escribe a distancia de siglos del tiempo en que habían sido compiladas las *Siete Partidas*. Gregorio está activo en el siglo XVI, como he señalado, y su glosa a la norma de las *Partidas* se limita por ello a dar por conocido cómo se desarrolla un proceso, y a advertir solamente que el acusado puede ser condenado solo "probato delicto": "Rapiens viduam onestam aut virginem aut nuptam aut religiosam, probato delicto occiditur..."³⁴.

En la misma línea se desarrolla el discurso de Carrasco del Saz. Se trata de un supuesto de *casus curiae* y es la Curia del rey y sus oficiales quienes deben de probar el acto delictivo de violencia sexual. Por otra parte, advierte como una cuestión cotidiana y frecuente el preguntarse si en este caso y, siendo la mujer casada, pueden conocer de este crimen tanto los jueces superiores como los jueces inferiores en primera instancia y precisamente si, por prevención, podrán proceder de oficio, o por acusación, o por denuncia en el supuesto de que el marido no lo haya denunciado³⁵. Naturalmente, aunque la cuestión la reconoce como *notabilis*, se trata de un *crimen publicum*, catalogado como caso de corte y admite, por tanto, que puede la justicia proceder de oficio³⁶.

IV. LATRONE PUBLICO, FAMOSO ET NOTORIO

"Cum iure communi convenit statutum" es la expresión, sumamente elocuente al propósito señalado sobre el sistema de derecho común, que utiliza Menocchio³⁷ al tratar de calificar el concepto de ladrón famoso, y al que recurre Carrasco del Saz al analizar el comportamiento delictivo de éste como 'caso de corte'. También el jurista indiano apoya su argumentación – lo mismo que el propio Menocchio, Vela, o Covarruvias entre otros – en la l. *capitalium* (D.48.19.28³⁸) que contempla los grados de penas a imponer por determinados delitos y determina la pena capital para los que andan merodeando con armas para asaltar. El indianista es tajante al respecto y determina *a simile*, la pena de horca para el ladrón manifiesto por la atrocidad de sus crímenes³⁹. También en este supuesto podemos referirnos a

34 GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas 7,20,3*

35 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol.7va: "... Offert se nobis in explicatione huius tertii casus, utilis et quotidiana, frequensque quaestio, quae contingibilis est, an si mulier coacta, cui illata est vis, et rapta fuit, est nupta, possint de hoc crimine cognoscere iudices superiores, vel inferiores per praeventionem in prima instancia?...".

36 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol.7va: "... Si aviendo fuerça, robo, o rapto de mujer casada, no querellándose el marido della deste delito de rapto, o fuerça de adulterio, si podrán los juezes Ordinarios, o Superiores proceder de oficio o por denunciación, o acusación de otro que no sea el marido de la assi forçada o hurtada para aduiterarla...".

37 MENCIOCHUS, *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et casibus. Libri duo: Quibus tota fere iuris pars, quae a iudicium arbitrio et potestate pendet, per quam doctè, latè, et eleganter pertractatur, magno iusdicentium, docentium et discentium commodo* (Coloniae Agripinae, 1615), *Casus 295, num. 14*, fol. 422.

38 D.48.19.28.10: "Grassatores, qui praedae causae id faciunt, proximi latrones habentur, et si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itinibus hoc admiserunt: ceteri in metallum dantur vel in insulas relegantur".

39 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol. 7va: "... Quartus casus est in fure, seu latrone, publico,

un comportamiento delictivo que en su desarrollo histórico fue merecedor de la pena máxima según se establece en la legislación real recogida en Partidas⁴⁰ que refleja el comentario de Bartolo⁴¹ a la l. *capitalium* en que el comentarista diferencia entre ladrón manifiesto y ladrón no manifiesto y determina para el primer caso la horca, o se deduce de la exención de pena al que matare a ladrón manifiesto que determina el Fuero Real⁴². Claro, porque ya no se trata de un *qui*, sino de un 'ladrón'; éste último es el elemento subjetivo que determina la existencia de un delito diferente en el que la pena es también diversa.

1. Puntualización jurídica en sede de *ius canonicum*

También en sede canonística se va a contemplar la situación en que incurren estos *fures*.

Pío V dedica el contenido de la constitución "Postquam eousque"⁴³ de 1 de noviembre de 1570, en parte, "contra fraudulentos, et dolosos decoctores" a los que considera merecedores de la pena capital por el crimen cometido. Desde el momento inicial, y hasta el final, concede un trato similar en calificación y en pena a los ladrones, a los que cometen actos de prodigalidad, dilapidan bienes y a los que, de forma dolosa, y en fraude de sus acreedores, quiebran. Interpreta este Papa que todos los que incurren en estos comportamientos delictivos por negligencia, prodigalidad, lujosos deseos y, de forma similar, aquéllos que "cessorum bonorum deludentes, decoctores, fallitos nuncupatos...", vilipendian gravemente la autoridad apostólica, actúan en gravamen y detrimento de sus próximos y ponen en grave peligro su alma⁴⁴.

Determina finalmente la *Postquam eousque* que, si bien todas las personas de cualquier condición y dignidad pueden gozar del foro eclesiástico, no se pueden beneficiar de éste los dilapidadores, ni los que satisfacen su voluntad con actos de prodigalidad y tampoco aquéllos que "in fraudem creditorum suorum occultant", ni los *fures*⁴⁵. Pío V no

famoso, et notorio, qui quidem propter criminis atrocitatem furca suspenduntur..."

40 Partidas 7,14,18: "... Mas por razón de furto non deven matar, nin cortar miembro ninguno. Fuera ende, si fuesse ladron conocido, que manifestamente tuviesse caminos, o que robasse otros en la mar con navios armados, a quien dizen Corsarios, o si fuesen ladrones que oviesse entrado por fuerça en las casas, o en los lugares de otro, para robar con armas o sin armas... Qualquier destos sobredichos, a quien fuere provado que fizo furto en alguna destas maneras, debe morir porende..."

41 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria ad legem capitalium*: "... aut est fur famosus et suspenditur ubicumque aut non est famosus et non suspenditur...", Bartolo de Sassoferrato, *Commentaria cum additionibus Thomae Diplovatati aliorumque excellentissimorum doctorum, una cum amplissimo Repertorio noviter elucubrato per dictum clarissimum Doctorem dominum Thomam Diplovatatum* (ed. facsimil POLARA G., Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato. Il Cigno Galileo Galilei (Roma, 1996) tomo 6, fol. 212.

42 *Fuero Real* 4,17,1: "Todo ome que matare a otro a sabiendas, muera por ello, salvo si matare su enemigo conocido, ó defendiéndose... ó si le fallare llevando mujer forçada para yacer con ella, ó que haya yacido con ella, é si matare ladron que fallare en su casa furtando, ó foradandola, ó si le fallare con el furto fuyendo..."

43 El contenido completo de la "Postquam eousque" se puede leer en *Bullarum Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum, amplissima collectio* (Roma, 1746, reed. anast. Graz, 1965) IV, 3 const. 156, fols. 131-133.

44 "Postquam eousque", *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

45 "... Motu proprio hac nostra perpetuo valitura Constitutione sancimus, statuimus et declaramus, quod deinceps perpetuis futuris temporibus quaecumque persona, tam secularis, quam ecclesiastica, etiam si clericali, et eccle-

deja lugar a dudas y añade además que todos estos – incluyendo por supuesto a los *fures* – tanto estén contemplados *de iure* como por costumbre, o en el contenido de los estatutos municipales⁴⁶.

A mi modo de ver Pío V es sumamente claro, tanto cuando establece la denegación del asilo eclesiástico a los *fures*, como en cuanto a las sanciones penales se refiere, han de ser las máximas.

El contenido del derecho de asilo eclesiástico fue objeto de reflexión y administración papal en varias ocasiones. Ahora, me interesa detenerme en la disposición que va a incidir de forma directa en el tema objeto de este estudio. Esta vez el autor es el Papa Gregorio XIV a través de la constitución "Cum alias" de 24 de mayo de 1591⁴⁷ con la que pretende reducir a "unam tantum formam"⁴⁸ todo su contenido con el fin de evitar los abusos y discrepancias que venían perpetrándose a la hora de poner en práctica y ejecutar el contenido de la inmunidad eclesiástica. Después de revocar las disposiciones de sus predecesores – entre los que de forma expresa se refiere a la de Pío V⁴⁹ – sobre la materia del derecho de asilo en sede eclesiástica determina, de forma muy detallada y concreta, los delincuentes que, por haber llevado a cabo específicos comportamientos delictivos, no pueden gozar del refugio de una sede eclesiástica o lugar sagrado. Son éstos: "publici latrones, viarumque grassatores, qui itinera frequentata, vel publicas stratas obsident, ac viatores, ex insidiis aggrediuntur, aut depopuladores agrorum, quive homicidia, et mutilaciones membrorum in ipsis Ecclesiis, earumve Caemeteriis committere non verentur, aut qui proditorie proximum suum occiderint, aut Assassinii, vel haeresis, aut Laesae Maiestatis in pesonam ipsiusmet Principis rei"⁵⁰. Todos los comprendidos en este taxativo elenco "inmunitas Eclesiástica non suffragetur"⁵¹.

La situación que, según considero, va a ser aprovechada hábilmente por los juristas para interpretar los criterios de la inmunidad eclesiástica bajo sus concretos objetivos doctrinales, es la siguiente: Pío V a través de la constitución *Postquam eousque* (1570)

siastico foro gaudeat, cujuscumque status, gradus, ordinis et conditionis existat, et quacumque dignitate, tam mundane, etiam si domicellus, comes, aut aliter nobilis aliquando fuerit, quam ecclesiastica, non tamen episcopali, praefulgeat, qui omnem eorum substantiam non praemissis de casibus fortuitis, sed incuria, negligentia, prodigalitate, et luxu suis, proprias voluntates explendo, et cupiditatibus non medicocri intemperantia servientes subvertent et dilapidaverint, necnon qui se bona sua decoxisse simulantes, illa in fraudem creditorum suorum occultant et eorum pecuniam totam in eorum utilitatem forsitan converterint, ut eorum creditors ad secum componendum facilius alliciant...", "Postquam eousque", *Bullarum*, IV, 3, fol. 132.

46 "... ultimi supplicii, et ea qua fures ipsi, de iure, vel consuetudine, aut particulari, vel municipali statuto plecti solent, puniri debeant", "Postquam eousque", *Bullarum*, IV, 3, fol. 132..

47 El contenido de la constitución "Cum alias" se puede leer en: *Bullarum Privilegiorum ac Diplomatum Romanorum Pontificum, amplissima collectio* (Roma, 1746, reed. anast. Graz, 1965) V.1 const. 17, fols. 271-273.

48 "... ad unam tantum formam reducimos, et moderamur...", "Cum alias", *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

49 "... Hac itaque nostra perpetuo valitura Constitutione, ovis, et quaecumque privilegia, indulta et gratias, tam per predictum Sixtum, ac Pium Quintum, quam alios quoscumque nostros Praedecessores... super abducendis, vel extrahendis ab ecclesiis, monasterios, sacellis, domibus regularibus et secularibus, locisve Sacris, aut Religiosis, aliasque in casibus a iure permissis, hominibus certorum, tnc expressorum criminum reis, aut fraudulentis decoctoribus, etiam in odium certorum delictorum...", "Cum alias", *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

50 "Cum alias", *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

51 "Cum alias", *Bullarum* V.1 const. 17, fol. 272.

había determinado – con cierta generalidad – las situaciones delictivas que, por su extrema gravedad, privaban del derecho de asilo a sus actores, y entre éstas las de los *fures*. Por su parte, Gregorio XIV dispone el contenido de la constitución *Cum alias* (1591) en la que determina un elenco de delincuentes que han realizado actos delictivos por los que no se pueden amparar en sede eclesiástica, e incluye a determinados ladrones⁵².

2. Puntualización jurídica en sede de *ius civile*

Que *iure communi convenit statutum* resulta a mi modo de ver clarísimo en este punto si tenemos además en cuenta que el propio Gregorio López en su glosa a Partidas 7,14,18 – que determina la pena de muerte para el ladrón público – utiliza también la expresión "jure communi" al referirse a los comentarios que los juristas llevan a cabo sobre la l. *capitalium*⁵³ que establece la pena de horca para este tipo de ladrón⁵⁴, categoría en la que también incluye a los *expilatores* que son *fures* a los que "de jure communi vocabantur grassatores"⁵⁵. Y en efecto, juristas inmersos en el más puro *ius commune* como puede ser Paulo de Castro mantiene que *sed novo iure* pueden distinguirse cuatro especies de hurto: los que actúan sin armas y hurtan cosas de modesto valor una sola vez, o varias veces en cuyo caso "aggravatur poena" y señala como costumbre aceptada en ambiente estatutario que después del tercer robo sea ahorcado el delincuente⁵⁶.

En el mismo sentido, Alonso de la Peña, en su *Tractatus*, elaborado dentro del más puro 'sistema de derecho común', destaca la gravedad del comportamiento delictivo del *fures*: "...muchos son los delitos, en los cuales puede el juez preguntar al acusado por sus compañeros y especialmente en los de herejía, lesa magestad, sacrilegio, en el que mata a otro por dineros, el de falsa moneda, en el pecado contra natura y, también en los que el derecho llama *fures*". Por su parte, Covarrubias los considera fuera de asilo eclesiástico, siguiendo el contenido de las bulas papales citadas anteriormente⁵⁷.

La cuestión que ahora podemos plantearnos es ¿quién puede considerarse *fur manifestus*?. Alberico da Rosciate, y después Oldrado da Ponte entre otros, determinan que es *fur famosus* aquél a quien se le pueden probar la comisión de tres robos⁵⁸ porque es

52 En efecto, los juristas van a hacer girar sus criterios interpretativos en torno a la similitud o no de los *decocti fraudulentum* con los *fures*. Yo misma me ocupé de este tema, vid. MONTANOS FERRÍN, EMMA, "A la búsqueda de la colocación jurídica de los quebrados fraudulentos", *Historia de la propiedad, Crédito y Garantía* (Salamanca, 2007) 83-100; "Quebrados *ex vitio* e inmunidad eclesiástica", *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional* (La Coruña, 2007) 561-577.

53 D.48.19.28.15: "Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos complutribus placuit, ut et conspectus deterreantur..."

54 GREGORIO LÓPEZ, *Glossa* a Partidas 7,14,18: "... ad furcas suspenditur de generali consuetudine, quae eo reputat famosum et publicum furem, quodo facit tot et tanta furta..."

55 GREGORIO LÓPEZ, *Glossa* a Partidas 7,14,18

56 PAOLO DI CASTRO: "nam quidam sunt improbi, qui clam, et sine armis et sine fractura furantur, et itsi, si sunt domestici et furantur rem modici valoris, nullo modo puniuntur, si sunt extranei, pro uno furto non debent mori; pro pluribus verò aggravatur poena, unde ex consuetudine et forma statutorum pro tertio furto suspenditur..."

57 DIDACUS COVARRUBIAS, *Opera omnia*, 2, 20.

58 ALBERICO DA ROSCIATE, *Comm. ad Et famosus* de la l. *capitalium* (D.48.19.28.10): "... vel tertio... sic est veresimile

cuando la fama es verosímil y en este caso debe ser "*furca suspenditur*"⁵⁹. Este planteamiento que determina la gravedad en que incurre el que comete estos delitos que conlleva a la determinación como *casus Curiae* es el que sigue también la literatura jurídica posterior, como por ejemplo Covarruvias quien hace remisión a la vez a las Partidas a las que califica como *lex regia* y a diversidad de autores que basan sus argumentaciones en textos de derecho común como Baldo degli Ubaldi o Paulo di Castro y determina que es después del tercer hurto cuando se puede calificar al delincuente como *latro famosus*⁶⁰ porque el ladrón ordinario no está sometido a la pena capital⁶¹ y no entra tampoco en la calificación de caso de corte. Sin embargo, tratándose de un *grassator*, Carrasco del Saz advierte que en el reino de Panamá es condenado a muerte por el primer hurto "demás de cincuenta ducados" porque existen unas circunstancias especiales y propias derivadas de las grandes cantidades de oro y plata que por esas tierras circulan y es necesario proteger la situación, ya que entre los grandes peligros subyace el hurto o robo de estos metales⁶², de la misma forma que si se tratara de ladrones famosos y según establecía la l. *capitalium*.

famam... ut iste est famosus... ille enim famosus latro, qui condempnatus et de furto manifesto...", ALBERICO DA ROSCIATE, Commentarii in secundam Digesti Novi partem", *Opera iuridica rariora selecta cura et studio MAFFEI, D., CORTESE, E. y ROSSI GU.*, ed. facsimil FORNI A. (Venetiis, 1585) fol. 204va.

59 ALBERICO DA ROSCIATE, *Comm. ad Et famosos* de la l. *capitalium* (D.48.19.28.10) fol. 204va.

60 "... dicitur autem latro famosus is, qui grassatoris criminem exercet, ut inibi exoressum est, item ille qui furari consueverit, ex quo solet pro tertio furto...", DIDACUS COVARRUVIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum* (Salmanticae, 1552) libro 2, cap. 9, *Rursus de rationae poenae, qualiter ea à lege, vel ab homine infligenda fit*, num. 7, fol. 123va

61 "an furtum possit iuste per legem poena mortis puniri? Nam regulariter fur non occiditur in criminis poena...", DIDACUS COVARRUVIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum*, libro 2, cap. 9, num. 7, fol. 123va

62 CARRASCO DEL SAZ, *Tractatus practici et quotidiani*, fol. 7va y fol. 8ra: "... in quodam grassatore, quem propter primum furtum magnum, quia tunc, etiamsi primum sit, etiam non non illata mortr, poena mortis infligitur: et sic iam habui de facto in quodam grassatore, quem propter primum furtum condenavit hoc Regnum nostrum Praetorium de Panama ad mortem, quia fuit furtum *demas de cincuenta ducados*, propter dictam qualitatem, et quia non fuerat grassatio aliqua perpetrata, haec region, et provincial maxime periculis subiacet furandi, eo quod aurum et argentums in magnis quantitatibus recipiunt...".