

Patricia Zambrana Moral

RASGOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPOLOGÍA DE LAS PENAS CORPORALES

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXVII, 2005, pp. 197-229,

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173816612010>



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,

ISSN (Versión impresa): 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Chile

¿Cómo citar?

Fascículo completo

Más información del artículo

Página de la revista

www.redalyc.org

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

RASGOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TIPOLOGÍA DE LAS PENAS CORPORALES

PATRICIA ZAMBRANA MORAL*
Universidad de Málaga

RESUMEN

El objetivo es presentar la evolución histórica de las principales modalidades de penas corporales, entendiendo por tales aquellas que se caracterizan por causar un daño físico en el cuerpo del delincuente, sin llegar a ocasionarle la muerte. De este modo, tras ofrecer las líneas generales del desarrollo histórico, se plantea la tipología; de un lado, las mutilaciones, entre las que se incluyen la castración, la desorbitación o vaciado de la cuenca de los ojos, las amputaciones de miembros y la extirpación de la lengua; y de otro, los azotes. Tras detenerse en diversos ejemplos en las fuentes medievales, mostrando los delitos concretos que llevaban aparejadas dichas sanciones, se expone la evolución posterior de este tipo de penas hasta su desaparición definitiva.

PALABRAS CLAVE: Penas corporales - Mutilación - Azotes - Castración - Desorbitación - Amputación.

ABSTRACT

The objective of this article is to present the historical evolution of the chief modes of corporal punishments, which are herein understood as those characterized by physical damage, not leading to death, in the criminal's body. In this way, after suggesting a timeline of the historical development, a typology is proposed: on the one hand, mutilations, among which castration, pushing outward or emptying the eye sockets, limb amputations, and tongue extirpation; on the other, flogging. After looking at several examples from medieval sources, which show the concrete crimes coupled with those punishments, the subsequent evolution of this type of punishments until they died out is discussed.

KEY WORDS: Corporal punishment - Mutilation - Flogging - Castration - Pushing forward the eye sockets - Amputation.

* Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga. Dirección postal: Campus Teatinos, 29071 Málaga, España. Correo electrónico: pzambrana@uma.es

I. LA NATURALEZA DE LA PENA EN LA MÁS REMOTA ANTIGÜEDAD

Las penas corporales son las que se caracterizan por causar un daño físico en el propio cuerpo del delincuente –no en su libertad¹–, sin tener como fin ocasionarle la muerte. Obviamos aquí el daño ocasionado con la tortura por constituir ésta un medio para inquirir la verdad en el proceso y no una pena propiamente dicha². Del mismo modo, no entramos en las modalidades ejecutivas de la pena de muerte (aunque impliquen daños corporales), ni en la pena de galeras por entender que conjuga la privación de libertad junto con la condena a trabajos forzados³. Tampoco analizamos las marcas (salvo contadas excepciones) porque creemos que se incluyen en las penas infamantes⁴, ya que, pese a infligir daño corporal en el delincuente, su finalidad, más que represiva, es afectar a su estima de cara a la sociedad⁵ e identificarlo (excepto las que se aplican en una parte del cuerpo oculta).

¹ Hay quien ha incluido las penas privativas de libertad (como aflictivas) en las penas corporales [cfr. GUTIÉRREZ, José Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas*, en *Práctica criminal de España* (Madrid, 1804, 5ª ed., Madrid, 1828), III, p. 114]. Aunque le da un tratamiento separado, también considera la privación de libertad como pena corporal SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del derecho penal en España* (Jaén, 2004), p. 288.

² Se distingue entre la tortura ordinaria destinada a obtener la confesión de un crimen y la extraordinaria que se aplicaba antes de ejecutar la pena capital para que el reo denunciara a sus cómplices.

³ Sin embargo, la doctrina suele incluirla entre las penas corporales. Así lo afirma PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999), pp. 85 - 118, en concreto, pp. 102 y 105 - 107 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)* (Palma, 2001), pp. 163 y 166 - 169. Por el contrario, Juan Sainz Guerra analiza la pena de galeras entre las privativas de libertad en sentido estricto (*La evolución del derecho penal en España*, pp. 318 - 322).

⁴ Así lo considera Jesús Lalinde Abadía quien hace uso de esta denominación para referir la tipología penal en la que incluye las marcas, precisando el carácter infamante de las mismas, aunque tal vez se debería hablar de penas humillantes (sobre todo respecto a las penas que denomina específicamente infamantes); siendo común, de otro lado, la humillación y el señalamiento que sufre el que es mutilado y el que es marcado, con la diferencia de que este último es, tal vez, el principal objetivo de la marca; mientras que la mutilación buscaría, además, el castigo. Por este motivo, las marcas dejan de tener sentido cuando aparecen los sistemas modernos de identificación [LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1ª ed., 1970, 2ª ed. 1978), pp. 656 - 657, de la 2ª ed.]. De “penas de vergüenza pública” habla Planas Rosselló (con buen criterio) para aludir a aquéllas que “persiguen la pública ignominia del reo”, siendo ésta su exclusiva finalidad, como correr la villa o la exposición en la picota (serían las específicamente infamantes según Lalinde), y de “penas privativas de derechos” para incluir las que “llevan aparejada la nota de infamia del condenado” y que implican su inhabilitación para el ejercicio de derechos como ocupar cargos públicos o testificar en juicio. Obvia las marcas en su clasificación de las penas [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999), pp. 95 - 97 y 111 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, pp. 157 - 158 y 173].

⁵ En realidad, toda pena, y en especial, las corporales, lleva consigo la mala fama o infamia de hecho del condenado, en el sentido de afectar a su estima y consideración social e implicar una humillación para el mismo. Por su parte, la infamia en sentido jurídico iría

En la mentalidad del hombre más primitivo, cuando todavía no existía el Derecho, se desconocía toda relación causal y se creía, por ejemplo, que nadie moría como consecuencia de una enfermedad, sino por culpa de un hechicero. Es en una etapa posterior cuando aparece el *tabú*, que se considera el más antiguo de los Códigos no escritos de la humanidad. Entonces, se distingue lo permitido de lo prohibido y se sanciona lo ilícito con penas que pueden presentarse o bien misteriosamente en forma automática (*maná*) o ejercida, esa misma fuerza misteriosa, por un rey, sacerdote o jefe⁶. Predomina una concepción religiosa en la que el crimen se concibe como un atentado contra los dioses y la pena un intento de aplacar la cólera divina⁷. Es indudable que la pena es contemporánea del hombre como exigencia ética impresa en su conciencia moral que impone reaccionar con un mal, ante el mal causado por el delito⁸. Todo delito implicaba

referida a la pérdida de ciertos derechos, afectando al honor del individuo y llevándolo a la marginación social. Así, habrá penas que lleven aparejada dicha infamia jurídica, existiendo también la pena de infamia en sentido estricto. Sostiene Aniceto Masferrer que “la pena de azotes (de carácter humillante) en algunos derechos históricos llevaba consigo además la nota jurídica de infamia”; sin embargo, en el derecho municipal catalán, las penas corporales (azotes y mutilaciones) aunque “producen una humillación y en ocasiones incluso una marca incruenta en el reo, no resultan en principio jurídicamente infamantes, ni llevan consigo confiscación de bienes ni la incapacidad testamentaria” y ello pese a que “resulta innegable su efecto humillante y degradante (...) aunque solo fuera por el carácter público de su ejecución”. Precisa que en los antiguos pueblos germánicos la sentencia que condenaba a mutilación era una sanción infamante socialmente [MASFERRER, Aniceto, *La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistóricas - penales de carácter metodológico*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001), pp. 439 - 471, en concreto, pp. 465 y 467 - 468]. Sobre la pena de infamia, véase del mismo autor, *La pena de infamia en el Derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del ius commune* (Madrid, 2001). En particular, resulta esclarecedor el planteamiento general que efectúa de la noción de honor y de la noción jurídica de la infamia en pp. 27 - 38.

⁶ “Del pensamiento mágico, contradictorio, *Totem* y *Tabú* van a derivarse toda clase de formas retributivas: el *hechizo*, que consiste en ejecutar un acto para que se produzca el resultado que se ansía (como pintar el animal que quiere cazarse) y el aspecto negativo del *tabú*, que estriba en acarrear desgracias si se realiza la cosa prohibida”. Las prohibiciones tendrán un origen mágico y religioso, no se pueden desobedecer los mandatos divinos ya que, de lo contrario, se retira la protección de los dioses. Ahora bien, las ofensas contra los dioses se castigaban en este mundo, lo cual permitirá “el paso del *tabú* religioso y mágico a las prohibiciones civiles, que se realiza paulatinamente no sin que al comienzo se confunda el mandato divino y el estatuto de los hombres” [cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1889 - 1970), considerado el mayor penalista con que ha contado España en toda su historia, *Tratado de Derecho Penal* (4ª ed., Buenos Aires, 1964), I, p. 241].

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 245.

⁸ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho Penal*, II (5ª ed. italiana, Bologna, 1951 - 1952, trad. cast. de José J. Ortega Torres, Bogotá, 1985), p. 243. Afirma que “las indagaciones hechas por los positivistas para determinar los precedentes biológicos del delito y de la pena entre los animales, están destinados a una esterilidad incurable para nuestros estudios. El animal se defiende y es ofendido, pero ni castiga ni es castigado. La idea de castigo y de pena presupone la idea de una ley y de un ordenamiento que solo pueden ser inteligibles al ser racional, cualquiera que sea el grado de civilización a que pertenezca”.

un pecado. En consecuencia, la sanción tenía por objeto reintegrar al pecador en el sistema natural y restablecer su comunicación con el mundo sagrado de los dioses⁹. Los primeros castigos reproducían el ritual que aparecía también en las “pruebas iniciáticas”, tales como “las ordalías”¹⁰ o combates rituales. Se pretendía recuperar “por medio de la fuerza y a través del ritual la sacralidad perdida a causa del pecado o mancha”¹¹.

En los pueblos del remoto Oriente aparecen claros ejemplos del referido carácter religioso de las primeras reacciones punitivas. El castigo consistía en inmolar a los dioses para aplacar su ira. Por este motivo, a excepción del Código de Hammurabi, las normas penales se contenían en los libros sagrados¹². Así, podemos señalar tres características básicas de las penas primitivas: i) su fin es principalmente restitutivo, al permitir afirmar la identidad social de la comunidad, restaurando el equilibrio social, devolviendo la cohesión al grupo y reconciliándolo con la naturaleza¹³; ii) al no existir conciencia del yo, las penas primitivas tenían un carácter social y colectivo. De este modo, por ejemplo, la lapidación era una de las formas más antiguas de reacción frente al delito y se ejercía de manera colectiva. Luego será usada por los cartagineses pero como una modalidad de ejecutar la pena de muerte¹⁴; y iii) a su vez, esta reacción colectiva tenía

⁹ Según Luis Jiménez de Asúa existía un vínculo indisoluble entre la violación del *tabú* y la retribución, hasta el punto de que el sujeto responde por el resultado dañoso con independencia de que se haya producido consciente o inconscientemente. Esto implica que también los objetos inanimados y los animales respondan por el mal producido ya que “el *tabú* violado exige la expiación” y por ello las ordalías tienen por la purificación indole sancionatoria (*Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 242).

¹⁰ Sobre las ordalías y sus implicaciones religiosas, ver, por ejemplo, con carácter general, entre otros muchos, SCHREIBER, G., *Kirchliches Abgabewesen an französischen Eigenkirchen aus Anlass von Ordalien*, en *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung* 5 (1915), pp. 414 - 483; SALINAS QUIJADA, F., *Ordalías o juicios de Dios. Las ordalías en el Derecho histórico castellano y primicias del navarro y la ordalía del hierro caliente*, en *Temas de Derecho foral navarro* (Pamplona, 1958), pp. 253 - 260; ALVARADO PLANAS, Javier, *Ordalías y Derecho consuetudinario en la España visigoda*, en *El problema del germanismo en el Derecho español, Siglos V - XI* (Madrid, 1997), pp. 105 - 210; MARTÍNEZ GUÓN, J., *La prueba judicial en el Derecho territorial de Navarra y Aragón durante la Baja Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 21 (1961), pp. 42 - 46; GLYN WATKIN, Thomas, *Trial by ordeal and the doctrine of the atonement*, en *Estudios de Historia del Derecho Europeo. Homenaje al profesor G. Martínez Díez* (Madrid, 1994), I, pp. 289 - 304 o JACOB, Robert, *Jugement des hommes et jugement de Dieu à l'aube du Moyen Âge*, en *Le juge et le jugement dans le traditions juridiques européennes* (Paris, 1996), pp. 43 - 86, sobre todo, pp. 61 - 67.

¹¹ ALVARADO PLANAS, Javier, *El pensamiento jurídico primitivo* (Madrid, 1986), pp. 123 - 124.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 267.

¹³ Alvarado Planas alude a que “la sanción tiene una proyección cósmica al limpiar de toda mancha al culpable devolviéndole la pureza perdida”, sin que cuente el arrepentimiento del pecador, ni la intencionalidad a la hora de cometer el hecho, al menos para “compensar el equilibrio causado en la naturaleza” con el acto delictivo (*El pensamiento jurídico primitivo*, pp. 126 - 127).

¹⁴ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano (1878 - 1938), *Historia del Derecho penal en España. Los orígenes del Derecho penal español*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz (trad. cast. de la 18ª ed. alemana, 3 vols., 3ª ed., Madrid, c. 1930), I, p. 71.

un sentido religioso, ya que al concebirse el crimen como atentado contra los dioses la pena sería “la expulsión de los que atentan al orden social existente, pero como sacrificio a la divinidad”¹⁵. Es decir, partiendo de la consideración del delito como pecado, la pena tiene, en su origen, un carácter expiatorio¹⁶.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS PENAS CORPORALES EN LA ANTIGÜEDAD Y LA EDAD MEDIA

Al margen de las luchas tribales¹⁷, en los pueblos primitivos los actos de un miembro de la tribu contra otro integrante de la misma normalmente se castigaban con penas corporales¹⁸.

La presencia de este tipo de penas a lo largo de la historia ha sido una constante. Por ejemplo, el primitivo derecho penal chino, caracterizado por la severidad, establecía penas de mutilación o de marcas en los casos de delitos de menor gravedad. También existían las mutilaciones corporales en una segunda etapa

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., pp. 241 - 242.

¹⁶ ALVARADO PLANAS, Javier, *El pensamiento jurídico primitivo*, p. 131.

¹⁷ En los pueblos primitivos la sanción no solía corresponder a la autoridad pública, sino que se presentaba como reacción de la comunidad o de parte de la misma hacia una forma de conducta considerada reprochable que atentaba a los intereses comunes. La competencia para aplicar el castigo dependería de la cohesión del grupo. Las infracciones de un miembro de la tribu contra otro se castigaban con una “expulsión de la comunidad de la paz”. Sin embargo, cuando el delito procedía de un sujeto extraño a la tribu (lo cual será frecuente en la medida en que empiezan a relacionarse unas tribus con otras) se ocasionaba la lucha tribal para vengar la ofensa de forma solidaria. Se originaba una especie de responsabilidad conjunta como consecuencia de la integración del grupo y su “autoconsideración como unidad”. Siguiendo textualmente a Robert Lowie, añade Alvarado Planas que tenía lugar un “encuentro legalizado en el cual el criminal, provisto de escudo, se enfrenta con la parentela o grupo local del muerto. Éstos le arrojan lanzas que él detiene como puede, hasta que le brota la sangre, por lo cual finaliza el procedimiento y concluye toda hostilidad” y, de todas formas, se intentará que los daños sean equivalentes, pudiéndose incluso dar muerte a otra persona de la tribu contraria aunque no sea el asesino (*El pensamiento jurídico primitivo*, pp. 125 y 131). La pena se presenta, en palabras de Jiménez de Asúa, “como una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de una de las dos partes contendientes”. Esto originó verdaderas guerras, que obligarían a limitar este derecho a los parientes más cercanos, llegando a convertirse en un deber cuyo fundamento moral era la reparación del daño causado al clan. Se ha dicho que es, entonces, cuando comienza propiamente el periodo de la venganza de la sangre y que esa institución, que hoy parecería bárbara, fue un gran avance desde el punto de vista social. La venganza privada tenía reglas de moral bien definidas de carácter sagrado y no encontraba, en principio, demasiados límites en su ejecución, pues podía ser ejercida contra niños y mujeres del clan adverso. Respecto a su carácter jurídico, constituía una garantía al orden social, ya que el temor a la venganza era un elemento disuasivo de cometer el hecho delictivo. En ningún caso, la reacción era individual, sino de la tribu como encargada de mantener el orden, la paz y el derecho. La acción contra la que se dirige se entiende como “un atentado a los intereses comunes de la tribu, como una perturbación de la paz, como una violación del derecho” (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., pp. 242 - 243).

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 242.

del derecho de la antigua Persia a partir de la recepción del islamismo¹⁹; así como en el Código de Hammurabi²⁰. En la legislación de la India contenida en el *Código o Libro de Manú*, había excepciones en la aplicación de las penas corporales a favor de las personas de casta superior, aumentándose las pecuniarias, como compensación en estos casos, porque se suponía en el condenado una mayor aptitud para conocer las consecuencias de sus actos. Esto revela un principio de individualización penal²¹. También, es de suponer que los primitivos pobladores de la Península aplicaban las penas de mutilación y degollación²².

Por su parte, el derecho romano de los primeros tiempos admitía la lesión corporal como medio de obtener la retribución penal por causa de delito. La permitía en caso de mutilación de miembro y de hueso roto debiendo ejecutarla los parientes de la víctima y pasando, el primer supuesto, al derecho de las Doce Tablas. Según Theodor Mommsen (1817 - 1903) en el derecho penal público de la República la mutilación corporal fue una sanción extraña ante el silencio de las fuentes²³. Lo mismo sostiene en cuanto a la época del Principado, aunque había una disposición que imponía la marca al que de mala fe ejerciera el papel de falso demandante. Durante las persecuciones de los cristianos verificadas por Diocleciano se permitía, en principio, agravar las penas correspondientes con otras corporales, siendo frecuente aumentar la sanción con la inutilización del ojo derecho y con la amputación del pie izquierdo. A partir de Constantino, se castigaba con la mutilación de algún miembro a los autores de violación de sepulturas, robos en las Iglesias, pederastia y a los funcionarios subalternos que cometiesen defraudaciones²⁴. El derecho del Imperio presentaba un sistema organizado de penas corporales, entre otras, frecuentemente graduadas, según el estado del condenado. Normalmente, se caracterizaban por su severidad²⁵. Por su parte, Justiniano prohibió la amputación de manos y pies y la luxación de algún miembro cuando las leyes no lo prescribían de forma expresa. La razón se encontraba en que los tribunales tenían amplias facultades para agravar las penas señaladas por ley, añadiendo la mutilación²⁶.

A medida que interviene el poder público, en el derecho penal germánico, la venganza privada acaba siendo sustituida por penas corporales y, sobre todo, por

¹⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., pp. 268 - 269.

²⁰ Ver §§127 (rasura de parte de pelo); 200 (extracción de pieza dental); 205 y 282 (amputación de oreja) y 218, 226 y 253 (amputación de mano) [*Código de Hammurabi*, ed. de LARA PEINADO, F. (Madrid, 1982)].

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 271.

²² SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *Historia del Derecho penal en España. Los orígenes del Derecho penal español*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 68.

²³ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. cast. de Pedro Dorado Montero, Bogotá, 1991), p. 605.

²⁴ Cfr. MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, pp. 605 - 606.

²⁵ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal* (trad. cast. de la 18ª ed. alemana de Quintiliano Saldaña, 3ª ed.), I, pp. 85 - 86.

²⁶ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, p. 606.

la pena de muerte, en cuya ejecución participaba la misma comunidad²⁷. En el periodo franco, por influencia de la Iglesia, se combatirían este tipo de penas. Esto supuso una importante transformación que traería como consecuencia directa un desarrollo considerable de las penas pecuniarias que sustituirían en muchos casos a la pena capital. La muerte del que ha perdido la paz se mantiene para el caso de delitos *in fraganti*. No obstante, aún en el periodo franco hay una reacción contra la expansión del sistema de multas y, en algunos casos, vuelven a aplicarse las antiguas penas²⁸. Ya en la segunda mitad de la Edad Media, las penas corporales aumentan para atentados leves y faltas. Dichas sanciones, sobre todo las de mutilación, constituyen uno de los subtipos en los que se desintegraría la antigua pérdida de la paz o proscripción (además del destierro, privación de libertad en forma de internamiento, detención y reducción a servidumbre o confiscación del patrimonio)²⁹. Era posible (tal vez por influencia de principios del sistema de la paz) que el culpable pudiera sustituir su pena por dinero, cantidad que se destinaría, no a la víctima, sino al poder público (o a ambos).

En el derecho penal correspondiente al Imperio alemán hasta el siglo XV, el concepto de delito como ruptura de la paz evoluciona, por un lado, al de acto contrario a derecho y, por tanto, “torcido o tuerto” y, por otro, al de temeridad. De este modo, se distingue entre las acciones punibles: a) el “tuerto” que se refería a los delitos que llevaban aparejada una pena en cuello o mano, es decir, una pena de muerte o mutilación: la mujer que escapaba con su hijo era cegada y desterrada a perpetuidad y a las alcahuetas se las enterraba vivas, o bien se les cortaba la nariz y se desterraban³⁰ y b) la *temeritas* que aludía a las trasgresiones más leves, castigadas en piel y cabello o con pena patrimonial. Sin embargo, el concepto de tuerto se concibió en algunas fuentes con mayor amplitud comprendiendo todos los casos sancionados en piel, cabello y frente. En la Carolina aparece la pena de muerte en sus diversas formas de ejecución, así como la mutilación de ojos, orejas, manos, dedos y lengua y los azotes³¹. A medida que avanza el tiempo, en el derecho penal alemán común ciertas modalidades de

²⁷ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad* (Zaragoza, 1992), II, p. 1025.

²⁸ BRUNNER, Heinrich (1840 - 1915), *Historia del Derecho Germánico* (según la 8ª ed. alemana de Claudius von Schwerin, trad. y anotada por José Luis Álvarez López, Barcelona - Madrid - Buenos Aires - Río de Janeiro, 1936), pp. 77 - 78.

²⁹ También se sostiene que las penas corporales proceden del ritual de la pena de muerte sacral en época pagana. De todas formas, para von Schwerin “la historia de las penas corporales no está suficientemente esclarecida para dar por probada dicha procedencia en todas las penas corporales”, quedando por “indagar el momento y la posibilidad de dicha derivación” (BRUNNER, Heinrich, *Historia del Derecho Germánico*, según la 8ª ed. alemana de Claudius von Schwerin, trad. y anotada por José Luis Álvarez, p. 78, nota 1).

³⁰ Véase LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 1027. Ya en el siglo XVII, el castigo del adulterio se atenúa, sancionándose con la fustigación que se aplicaba en principio a las concubinas de los clérigos “a lo largo de una carrera (*course*) o durante varios viernes”. En ocasiones, mientras el hombre era condenado a la rueda, a la mujer se le amputaban las orejas (p. 1028).

³¹ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 1027.

penas de muerte y corporales se aplican cada vez más raramente y serán sustituidas (junto a la exposición en la picota³², marcas de fuego o azotes) por condena a trabajos forzados, al servicio militar o a la reclusión en presidios y casas de trabajo. De todas formas, la sentencia definitiva quedaba normalmente al arbitrio judicial por la falta de regulación al respecto³³. El humanitarismo penal hará su aparición en la Codificación de los siglos XIX y XX, aunque el nazismo, en una ley de 1933, llega a imponer la castración para delincuentes habituales³⁴. Sin entrar en mayor detalle, las penas corporales estarán también presentes, por recoger otros ejemplos, en los países del *common law*³⁵, en Hungría³⁶, en la monarquía búlgara del siglo IX³⁷ o en la antigua Rusia³⁸.

Lo mismo sucede en nuestro derecho histórico cuyos rasgos generales vamos

³² Sobre la pena de la picota en Europa y sus diversos tipos, ver GONZÁLEZ BLANCO, Antonino, *Horcas y picotas en la Rioja (aproximación al problema de los rollos y de su significado)* (Logroño, 1984), pp. 15 - 25 y 65 - 72.

³³ VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, I, 3ª ed., trad. castellana de la 18ª ed. alemana de Quintiliano Saldaña, p. 317. Esto obligó a que una Ordenanza de 1570 prohibiese a los jueces "conminar penas con arreglo a su fantasía, pues éstas han debido alcanzar los más horrendos límites" (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 1028).

³⁴ Cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 1027.

³⁵ Hasta el siglo XII existiría la castración y se mutilaba la lengua al falso acusador y la mano derecha al perjurador. Entre los siglos XIII a XV las lesiones se castigaban con la mutilación recurriendo al talión y el rapto se sancionaba con ceguera y castración del raptor si la raptada había sido desflorada. Por su parte, el robo se penaba con la muerte o con la mutilación y el pequeño latrocinio con el látigo, exposición en la picota o pérdida de una oreja (el que perdía una oreja por otro motivo debía obtener una declaración del monarca porque, de lo contrario, se presumía que había cometido latrocinio). Los azotes se utilizaban para las ofensas menores (cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 1302 - 1308).

³⁶ Entre los siglos X a XIII, aparte de la composición que se hacía efectiva en bueyes o monedas de oro, había un sistema penal muy riguroso donde se amputaban orejas y nariz a los siervos, se mutilaba la lengua a los calumniadores y se sacaban los ojos a los ladrones que habían conseguido salvar su vida (eran ahorcados) gracias al asilo eclesiástico. En los siglos XIV y XV se defiende el honor aplicando marcas con hierro candente. Al parecer, en el siglo XVIII, la práctica judicial sustituía el bastón por la verga para ejecutar la pena de azotes a los jóvenes, que no estaban exentos de responsabilidad. La pena de mutilación será abolida en 1867, habiéndose prohibido anteriormente para los nobles (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 1120 - 1121).

³⁷ Aquí el robo se condenaba con la ruptura de los huesos de los miembros y los delitos sexuales con la mutilación de la nariz (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 1188).

³⁸ Durante el reinado de Iván IV "El terrible" se utilizaba el látigo como castigo del primer robo del hombre considerado honrado, aplicándose la pena de muerte en caso de reincidencia. Las penas se agravaron con Alex Mijailovich, entre 1645 y 1648, que sancionaba la falsificación de sellos con plomo fundido y se amputaban las manos al ladrón de caballos. La mutilación estaba presente en el Código de 1649 y en Moldavia. En la recopilación de Montenegro de 1796 se castigaba el robo con veinte a cien palos. Alejandro I, a principios del siglo XIX, prohibiría mutilar a los condenados a muerte (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 1188 y 1190).

a referir a continuación, antes de determinar las principales modalidades de penas corporales. Apunta José Orlandis Rovira que en el sistema jurídico visigodo, al no permitirse la clásica venganza de los pueblos germánicos, se reforzaron las penas pecuniarias y se admitieron nuevas especies de penas como las corporales (aparte de las infamantes) sobre todo, la flagelación y la mutilación³⁹. En nuestra Edad Media, en los delitos en los que no se consideraba justificada la pérdida de la paz⁴⁰, ni siquiera parcial⁴¹, por constituir una sanción de excesiva trascen-

³⁹ ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), pp. 61 - 165, en concreto, p. 63. Sobre las penas de los visigodos ver también LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 806 - 807. Julio Puyol Alonso indica cómo el Fuero Juzgo, versión vulgarizada del *Liber Iudiciorum*, es un código "bárbaro" en cuanto a las penas corporales, hasta el extremo de que la pena de muerte es de las menos inhumanas si se compara con otras como la mutilación o la desorbitación. Todas pasarían a los pueblos de la Reconquista donde tal vez se acentuaría la "truculencia de los castigos" por "el ejemplo de las prácticas penales de los moros" [*Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas* (León, 1979), p. 375].

⁴⁰ No se puede obviar la trascendental importancia que tiene la idea de la paz en el ordenamiento jurídico altomedieval. Sobre ella descansa el sistema penal dando lugar a una categoría concreta de delitos: los que ocasionaban su pérdida. Junto a este concepto general de paz que se rompe por la comisión de un delito, existen otras manifestaciones de paces especiales que atribuyen al objeto sobre el que recaen (personas, lugares, bienes o actos concretos) una condición jurídica privilegiada. Véase, por ejemplo, GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, *La paz del camino en el Derecho medieval español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 27 - 28 (1957 - 1958), pp. 831 - 852; GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMIS, Luis (1904 - 1985), *El mercado. Apuntes para su estudio en León y Castilla durante la Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 8 (1931), pp. 201 - 405, en particular, pp. 291 - 319 o ORLANDIS, José, *La paz de la casa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 107 - 161. Cuando se declaraba la paz, se desplazaba la venganza privada, se permitía la intervención del rey en la imposición del castigo y se establecía un ámbito de protección. De la lectura de la obra de Hinojosa sobre el elemento germánico en el Derecho español, Román Ríaza y Alfonso García - Gallo señalaban que "la venganza de la sangre y la pérdida de la paz no son figuras jurídicas enteramente distintas" o al menos "en nuestros textos medievales no se presentan separadas, sino que la primera aparece embebida en la segunda y como una consecuencia de ella" [*Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1934) pp. 745 - 746]. Se suele afirmar que en la pérdida de la paz se comprenden "todos los males de la pena (muerte, mutilación, destierro [...])" y, tal vez exagerando, se considera como "la madre de todas las penas posteriores, con excepción de las pecuniarias" (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 245). Jiménez de Asúa no distingue entre los delitos que ocasionaban una pérdida general o parcial de la paz. Habla simplemente de "delitos que producían la pérdida de la paz" y que "se resumían en el dictado de traición", aludiendo a aquéllos que quebrantaban deberes de fidelidad y obediencia a las autoridades y ciertos gravísimos delitos contra los particulares. Sin embargo, parece aludir a la pérdida de la paz para referirse a los casos de traición, reservando la expresión venganza de la sangre para la *inimicitia* (pp. 710 - 711). Por su parte, Miguel Pino Abad ha establecido la conexión entre la pérdida de la paz y la confiscación de bienes en la Alta Edad Media [*La pena de confiscación de bienes en el Derecho histórico español* (Córdoba, 1999), pp. 135 - 197].

⁴¹ La diferente gravedad de los delitos podía desembocar en una pérdida total o parcial de la paz. La primera ocasionaba la declaración de traidor por tratarse de un delito con repercusión en toda la comunidad, corriendo la venganza a cargo de ésta. La pérdida parcial es la que

dencia, se recurría a la aplicación de penas pecuniarias o corporales⁴². Éstas podían imponerse como subsidiarias de las económicas o en su lugar. A veces, aun apareciendo como pena principal, era posible que se sustituyesen por una cantidad económica, siempre que lo admitiese el ofendido y la ley le permitiese elegir. De ahí la íntima conexión existente entre las penas pecuniarias y las corporales⁴³. Se aplicaban estas últimas normalmente (al margen del hurto⁴⁴) para lesiones y heridas (que se sancionaban, como regla general, con penas económicas) cuando revestían una especial gravedad. Ésta se establecía atendiendo al elemento objetivo y a las circunstancias externas del hecho (por ejemplo, el medio empleado, si había o no sangre y si llegaba al suelo, si el agredido caía o no, si la herida se producía en una parte del cuerpo no cubierta por el vestido, etc.). Si la herida o lesión ocasionaba la muerte entonces se producía la enemistad⁴⁵. Así, hay algunas fuentes donde aparece como pena subsidiaria para el caso de impago

se conoce como *inimicitia* y llevaba consigo la declaración de enemigo. A la parte ofendida correspondería el derecho de persecución y a la autoridad y al resto de la comunidad una actitud pasiva, debiendo abstenerse tanto de ayudar al ofendido como de defender al delincuente. Sin entrar en los requisitos y efectos, los fueros limitarían la declaración de enemistad a un número reducido de delitos como, por ejemplo, el homicidio o los delitos contra el honor, especialmente los que atentaban contra la honra de la mujer como el rapto o la violación. Eran “hechos graves por sus resultados, pero no agravados por una circunstancia calificada, ni por denotar en el autor sentimientos particularmente reprobables” [ORLANDIS, José, *Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 16 (1945), pp. 112 - 192, en concreto, pp. 136 - 139]. Según Hinojosa, la pérdida de la paz general la originaban los delitos *in fraganti* y aquéllos que suponían una desobediencia a la autoridad judicial o el incumplimiento de un determinado deber de fidelidad. Para Orlandis, estos dos motivos, aunque frecuentes, no eran exclusivos. Así, incluye los supuestos en los que la gravedad respondía a la esencia del delito o al elemento subjetivo, es decir, a circunstancias que revelaban sentimientos particularmente malvados que actuaban como agravantes [*Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 16 (1945), pp. 125 - 126]. De este modo, podemos distinguir casos de traición basados en hechos externos y objetivos (homicidios que se cometían violando treguas, fianza de salvo, cualquier paz especial o tras la reconciliación con el enemigo o infringiendo un determinado deber de fidelidad, por ejemplo de un inferior respecto a su señor y las hipótesis de parentesco) y los basados en circunstancias subjetivas concurrentes en el delito (homicidio premeditado que supondría frialdad en la decisión y preparación del hecho o casos de muerte del invitado o del compañero de viaje).

⁴² Julián Hurtado de Molina Delgado, tras el análisis de los fueros de Córdoba y Molina de Aragón, concluye que a pesar de que en los dos textos las penas se clasifican en personales y pecuniarias “son a su vez en ambos, en gran mayoría, de carácter fundamentalmente pecuniario” [*Delitos y Penas en los Fueros de Córdoba y Molina* (Córdoba, 2003), p.270].

⁴³ ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), p. 147.

⁴⁴ Con carácter general, sobre el hurto y el robo y su evolución histórica, véase SAINZ GUERRA, Juan, *Hurtadores, ladrones, descuideros y robadores*, en SAINZ GUERRA, Juan (ed.), *La aplicación del Derecho a lo largo de la historia. Actas III Jornadas de Historia del Derecho* (Universidad de Jaén, Jaén, 1998), pp. 95 - 128

⁴⁵ ORLANDIS, José, *Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 16 (1945), pp. 139 - 143.

del “homicidio”, la pérdida de la mano derecha o izquierda, si la víctima no era vecino de la localidad, además de las restantes consecuencias de la declaración de enemistad como eran el destierro del enemigo y la venganza por parte de la familia de la víctima⁴⁶. A nivel local, la ejecución de las penas corporales correspondía a los andadores de concejo⁴⁷ que dependían de los alcaldes y jueces a los que debían obediencia perenne. Esta figura ha sido recientemente estudiada, señalándose el “sigilo doctrinal” sobre la misma, tal vez por estar “eclipsada” por los alcaldes y jueces y por tener un lugar secundario en el organigrama del concejo, al carecer de autonomía a la hora de desempeñar sus funciones, que no por ello eran menos relevantes⁴⁸. Les correspondía aplicar algunas penas corporales y torturar al que había sido detenido como sospechoso de haber cometido un delito para lograr, de este modo, su confesión⁴⁹. En cuanto a la ejecución de las penas corporales contenidas en las sentencias de condena, se trataba de una obligación recogida en diferentes fueros (Baeza, Plasencia⁵⁰, Úbeda⁵¹, Cuenca⁵², Huete, etc.). En Cáceres y Coria, el andador debía cortar la mano al que había ocasionado una herida a un vecino con un objeto punzante, aunque se podía evitar esta sanción si el agresor pagaba una multa en el plazo de nueve días a contar desde la condena⁵³. Si a consecuencia de la agresión, la víctima fallecía el andador aplicaba la pena de muerte. También en Coria ejecutaban la pena que correspondía a la mujer condenada por hurto⁵⁴. En la Baja Edad Media las pe-

⁴⁶ ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), p. 102.

⁴⁷ Sobre el oficio de andador, ver, por ejemplo, Fuero de Teruel, 117 - 126, según la edición crítica con introducción y traducción de CASTAÑÉ LLINÁS, José (2ª ed., Teruel, 1991). Consultar BARRERO GARCÍA, Ana María, *El Fuero de Teruel. Su historia, proceso de formación y reconstrucción crítica de sus fuentes* (Madrid, 1979) y CARUANA GÓMEZ DE BARREDA, Jaime, *El Fuero latino de Teruel* (Teruel, 1974).

⁴⁸ PINO ABAD, Miguel, *Los andadores de concejo en los fueros municipales castellano - leoneses*, en *Cuadernos del Historia del Derecho* 6 (1999), pp. 273 - 300, en particular, p. 274.

⁴⁹ Critica, en este punto, Pino Abad el trabajo de Gonzalo Martínez Díez sobre la tortura judicial en la legislación histórica, por señalar que “el derecho popular y consuetudinario de la Edad Media ignora por completo la tortura”, sin que se contemple ni en los fueros breves, ni en los extensos, demostrando Pino Abad lo contrario al respecto de la referida función de los andadores de torturar por orden de los jueces, recogida en diversos fueros [*Los andadores de concejo en los fueros municipales castellano - leoneses*, en *Cuadernos del Historia del Derecho* 6 (1999), pp. 285 - 286 y nota 50].

⁵⁰ Fuero de Plasencia, 176 - 179, edición de MAJADA NEILA, Jesús, *Fuero de Plasencia. Introducción, Transcripción, Vocabulario* (Salamanca, 1986), pp. 51 - 52.

⁵¹ Fuero de Úbeda, Título XXXVII, edición con “Estudio preliminar” de PESET, Mariano y GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan; “Estudio paleográfico” de TRENCHS ODENA, Josep y “Edición y notas” de GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan (Universidad de Valencia, Valencia, 1979), pp. 330 - 331.

⁵² Fuero de Cuenca, XVI, 38 - 46, edición de VALMAÑA VICENTE, Alfredo (2ª ed., Cuenca, 1978), pp. 155 - 159.

⁵³ Fuero de Cáceres, 75 y también Fuero de Usagre, 75 [DE UREÑA Y SMENJAUD, Rafael y BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo, eds. de *Fuero de Usagre (siglo XIII). Anotado con las variantes del de Cáceres* (Madrid, 1907), p. 28].

⁵⁴ Aclara Pino Abad que para poder hacer efectivas estas tareas el andador debía contar

nas corporales se mantienen por influencia del derecho romano y de la penitencia eclesiástica que busca la expiación del reo. El principio retributivo de la venganza pública lleva a un abuso de la pena de muerte, mientras que las penas corporales tenían carácter principal o subsidiario, en defecto de pago de la sanción pecuniaria⁵⁵, y solían ejecutarse en forma infamante⁵⁶. De la evolución posterior hablaremos más adelante.

III. PRINCIPALES MODALIDADES DE PENAS CORPORALES

1. *Mutilaciones*

Sin duda, eran las penas corporales más importantes. Entre éstas destacan:

a) La castración. Era frecuente entre los visigodos, sobre todo para delitos sexuales. Se castigaba con esta pena a los sodomitas, siendo entregados luego al Obispo para ser encerrados en cárceles separadas donde debían hacer penitencia, implicando un cierto retroceso frente a normas anteriores⁵⁷. El Fuero Real añade la exigencia de que la ejecución fuera pública y de que al tercer día los sodomitas fuesen colgados de las piernas hasta la muerte y nunca se les quitara del patíbulo⁵⁸. La misma pena se solía aplicar a los casos de bestialidad. En el Fuero de Plasencia se señala que el que descubriese a un hombre con su mujer o con su hija y lo castraba no sería sancionado⁵⁹.

con una adecuada preparación no solo física, sino también psíquica. Al no tratarse de una actividad grata se aseguraba su cumplimiento sancionando a los andadores que se negasen a ejecutar estas penas. Así, "la negativa a cumplir con este deber por cuestiones de moralidad, amistad o familiaridad con el individuo que iba a ser ajusticiado conllevaba que el andador fuera multado con el pago de un maravedí". Según el Fuero de Alcalá de Henares, si se resistían todos los andadores del Concejo serían castigados con "*pechar las calonas e las setenas e todo el mal fecho*" [*Los andadores de concejo en los fueros municipales castellano - leoneses*, en *Cuadernos del Historia del Derecho* 6 (1999), pp. 287 y 297]. Ver SÁEZ, Carlos, CABALLERO, Antonio y TORRENS, M^a Jesús, *Fuero de Alcalá de Henares* (Alcalá de Henares), 1992.

⁵⁵ LÓPEZ - AMO MARIN, A., *El Derecho penal español de la Baja Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), pp. 337 - 367, en particular, p. 362. Sobre el incremento de la crueldad penal y la hegemonía de las penas corporales entre los siglos XIII - XV, véase LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 822 - 831. Indica cómo, ya en el siglo XIII, los reyes tratan de afirmar su monopolio sobre el castigo, apartando a los particulares y esto conlleva una dureza excesiva. Así, en las *fazañas* castellanas aparece la castración o ceguera del delincuente. En cuanto a la posibilidad de que las penas corporales fuesen sustituidas por las pecuniarias según el arbitrio de la autoridad correspondiente, consultar p. 823.

⁵⁶ En Portugal, los azotes se agravaban con el anuncio público o pregón y por llevar el condenado una soga alrededor de los brazos o del cuello (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 824 y 826).

⁵⁷ *Liber Iudiciorum*, III, 5, 5 y 6

⁵⁸ *Fuero Real* IV, 9, 2. Según Lardizábal esta norma acabaría siendo abolida por el no uso [DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes penales de España para facilitar su reforma* (Madrid, 1792, ed. con "Introducción" de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, Granada, 1997), p. 94].

⁵⁹ Fuero de Plasencia, 85, edición de MAJADA NEILA, Jesús, p. 36. Lo mismo se dispone en el Fuero de Cuenca, XII, 16, edición de VALMAÑA VICENTE, Alfredo, 2^a ed., p. 120. Cfr.

b) La desorbitación o vaciado de la cuenca de los ojos. Ya se recogía en las Leyes de Locris (Grecia) para los delitos sexuales (por ser los ojos la puerta por la que penetró la pasión)⁶⁰. Los visigodos aplicaban esta pena para castigar el infanticidio⁶¹ y a la mujer que se provocaba el aborto si el juez les perdonaba la vida⁶². También la imponían en caso de traición (delitos contra la corona o el rey) cuando el monarca, en un acto de misericordia, conmutaba por ésta (en cuanto pena inmediata inferior) la pena de muerte⁶³. Algunos fueros sacaban los ojos al ladrón⁶⁴. La ceguera se impondrá en la Alta Edad Media. Así, los delitos contra la seguridad del Estado se sancionaban en esta época (buscando su fundamento jurídico en la referida ley de Chindasvinto) con la confiscación de los bienes y la pena de muerte. Ahora bien, ésta podía ser conmutada por la pérdida de la vista en un acto de “clemencia” real⁶⁵.

c) La amputación de miembros. Encontramos antecedentes de esta pena en los lusitanos quienes cortaban la mano derecha a los prisioneros de guerra para ofrecerla a Marte⁶⁶. Además, la amputación de manos era frecuente entre los romanos para los delitos de rebelión y, a veces, para los que manejaban el dinero de forma poco escrupulosa⁶⁷, así como para los soldados por robo⁶⁸. Del mismo

SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 263.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 276.

⁶¹ Manuel Torres Aguilar observa aquí la génesis del infanticidio como tipo delictual más favorecido punitivamente respecto al parricidio [*El parricidio: Del pasado al presente de un delito* (Madrid, 1991), p. 93].

⁶² *Liber Iudiciorum*, VI, 3, 7. Hay cierta contradicción con lo dispuesto en *Liber Iudiciorum*, VI, 3, 1 donde, como veremos, se castigaba a la sierva que tomaba un brebaje con intención de abortar con la flagelación y con la pérdida de libertad, si se trataba de una mujer libre.

⁶³ Se trata de una ley de Chindasvinto contenida en *Liber Iudiciorum*, II, 1, 6.

⁶⁴ Por ejemplo, el Fuero de Palenzuela cuando el ladrón no era de la villa (en este caso pagaba la novena): “*Homo de Palençuela qui furtum fecit pected illud in suis novenis. [...]. Quemcumque latronem ceperint homines de Palenciola cum furto saquenle los oculos[...]*” [MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra* (Madrid, 1847, reed. anastática, Madrid, 1972), p. 276]. Ver los comentarios de JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 714. También refiere esta posibilidad como indulto de la pena de muerte, PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 361.

⁶⁵ Comenta este supuesto ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), pp. 138 - 139. Julio Puyol Alonso indica cómo la desorbitación, en cuanto pena inferior a la pena de muerte (conmutando ésta por aquélla), se aplicaba en los Reinos de Asturias y León, tal y como muestran las crónicas (*Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, pp. 346 - 347).

⁶⁶ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *Historia del Derecho penal en España. Los orígenes del Derecho penal español*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 68.

⁶⁷ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal de la España romana*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 141.

⁶⁸ DU BOYS, Albert, *Histoire du droit criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme* (Paris, 1845, trad. castellana, 2 vols., Madrid, 1850), II, p. 95.

modo, los musulmanes castigaban al ladrón con la pérdida de la mano derecha y, si reincidía, sucesivamente, y por orden, con la del pie izquierdo, mano izquierda y pie derecho y –a partir de ahí– la pena quedaba al arbitrio del juez. A los bandoleros que no habían cometido homicidio se les aplicaba la pena del hurto duplicada, es decir, la amputación de un pie y de una mano⁶⁹.

Los visigodos imponían la amputación de la mano con la que se había cometido el delito para la falsificación, cuando se trataba de un hombre de vil condición⁷⁰, aunque a veces sólo se le cortaban los dedos (el pulgar de la mano diestra) con independencia de dicha condición⁷¹. En las leyes antijudías se establecía la mutilación de nariz a la mujer que hiciera la circuncisión a su hijo o lo entregara con este fin y, en general, a los judíos que convirtieran a los cristianos a su religión⁷². El canon 6 del XI Concilio de Toledo prohibía a los sacerdotes amputar miembros, partiendo del principio: *Ecclesia non sítit sanguinem*⁷³. La decalvación no parece que supusiera un simple afeitado de cabeza con intención infamante, sino que llevaba consigo cruentas aplicaciones (por ejemplo, desollar la frente)⁷⁴. También se alude a la posibilidad de que fuese un género de marca⁷⁵.

Por poner algunos ejemplos, se recoge la pena de mutilación de miembros en el Fuero de León de 1017 (cabeza, manos, pies, ojos)⁷⁶. A veces, aparece en combinación con la declaración de enemistad (en concreto la amputación de manos en los Fueros de Cuenca⁷⁷, de Uclés y de Madrid) o con la multa (Fuero de Nájera) o como pena única (Fuero de Cáceres: mutilación de la mitad de la cabeza en caso de juramento falso⁷⁸; o de la nariz en el Fuero de Plasencia para la mujer adúltera⁷⁹). El Fuero de Sahagún de 1152 condena al que quebranta una tregua pactada entre dos personas o bandos con la amputación de la mano derecha⁸⁰, aunque parece dejarse la decisión en manos del Concejo⁸¹. El

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., pp. 742 - 743.

⁷⁰ *Liber Iudiciorum*, VII, 5, 1.

⁷¹ *Liber Iudiciorum*, VII, 5, 9.

⁷² *Liber Iudiciorum*, XII, 3, 4.

⁷³ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 227.

⁷⁴ Lalinde Abadía señala el carácter corporal, además de infamante, de esta pena entre los visigodos por infligirse al condenado lesiones en el cuero cabelludo y en la frente al ser “decalvado torpemente” (*Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 806).

⁷⁵ PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, pp. 380 - 381.

⁷⁶ Fuero de León, 48 [MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, pp. 72 y 88; RODRÍGUEZ, Justiniano, *Los fueros del Reino de León* (2 vols., León, 1981), II, pp. 22 y 23].

⁷⁷ Fuero de Cuenca, XIV, 41, edición de VALMAÑA VICENTE, Alfredo, 2ª ed., p. 141.

⁷⁸ Fuero de Cáceres, 294 y Fuero de Usagre, 313 [DE UREÑA Y SMENJAUD, Rafael y BONILLA Y SAN MARTÍN, Adolfo, *Fuero de Usagre (siglo XIII). Anotado con las variantes del de Cáceres*, p. 114].

⁷⁹ Fuero de Plasencia, 85, edición de MAJADA NEILA, Jesús, p. 36. Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 263.

⁸⁰ Fuero de Sahagún de 1152, en MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, p. 312.

desorejamiento se imponía como pena al ladrón que no reincidía en Navarra⁸² y también aparecía en el Fuero de Cuenca para determinados hurtos⁸³. La mutilación y la regla talional estricta se contiene también en los *Usatges*⁸⁴.

Con carácter general, en la Edad Media⁸⁵ la amputación de manos (y de otros miembros) era la pena con la que se castigaban determinados delitos cuando no se estimaba justificada la pérdida de la paz (como ya apuntamos), coincidiendo las fuentes respecto a los siguientes: a) lesiones o heridas donde aparecía, a veces, dicha amputación de mano como pena subsidiaria de la multa⁸⁶ (o

También en el Fuero de Santander, 27 se castiga con la amputación del puño derecho (y una caloña de mil sueldos) al que violase la tregua que debía observarse mientras se sustanciaba el proceso [PÉREZ - BUSTAMANTE y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Rogelio, *El Fuero de Santander: estructura jurídica e institucional*, en *El Fuero de Santander y su época. Actas del Congreso conmemorativo de su VIII centenario* (Santander, 1989), pp. 153 - 172, en concreto, pp. 161, 164 y 170].

⁸¹ PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 378.

⁸² ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), pp. 147 - 148.

⁸³ Fuero de Cuenca, II, 32, edición de VALMAÑA VICENTE, Alfredo, 2ª ed., p. 120. Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 263.

⁸⁴ Véase, por ejemplo, *Usatges* de Barcelona, 5 (us. 6) y 16 (us. 19), según ed. de BASTARDAS, Joan, *Usatges de Barcelona. El codi a mitjan segle XII* (Barcelona, 1984), pp. 54 - 57 y 64 - 65. *Usatges* 6 y 19 [VALLS TABERNER, Fernando, *Los Usatges de Barcelona. Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto*, con "Prólogo" de Jesús Fernández Viladrich y Manuel J. Peláez (Barcelona, 1984), pp. 75 - 76 y 78]. Ver *Comentaria Jacobi de Marquilles super usaticis Barchinonae* (Barcelona, 1505), fols. 27r - 30v y 55r - 55v.

⁸⁵ Según J. Lalinde Abadía, a partir del siglo XIII la mutilación se mantiene y busca "la intimidación, la imposibilidad de ejecutar nuevos delitos y la facilidad de apreciar la reincidencia o la reiteración". Es decir, se pretende dejar una huella física permanente y, por este motivo, en muchas ocasiones, además de penas han sido marcas (como hemos dicho anteriormente), como sucedía con la "decalvatio" goda (*Las culturas represivas de la humanidad*, pp. 825 y 830). Con este fin, en Aragón y en Navarra el testigo falso, aparte de ser trasquilado en cruz con el badajo de una campana caliente, era quemado con una cruz en la frente [Fueros de Borja y Zaragoza, 87, edición crítica de MORALES GÓMEZ, Juan José y PEDRAZA GARCÍA, Manuel José (Zaragoza, 1986), p. 44].

⁸⁶ Fuero de Zamora, 15 [CARRASCO, Pilar, *Estudio Lingüístico del Fuero de Zamora* (Málaga - Salamanca - Zamora, 1987), pp. 36 y 64; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Justiniano, *Los fueros locales de la provincia de Zamora* (Salamanca, 1990), p. 252]. También Fuero de Usagre, 75 que se corresponde con el Fuero de Cáceres, 75 [DE UREÑA y SMENJAUD, Rafael y BONILLA y SAN MARTÍN, Adolfo, eds. de *Fuero de Usagre (siglo XIII). Anotado con las variantes del de Cáceres*, p. 28]. En el Fuero de Daroca, se castiga al hijo que ocasiona heridas a su padre o a su madre con la amputación de manos: "*Si quis percuserit patrem suum, aut matrem abscindatur ei manus*" (MUÑOZ y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, p. 543). En Valencia se establece, en el caso de lesiones causadas con la mano o el pie por un hijo a su padre o a su madre, la amputación del miembro con el que se causó la lesión: "*Abscindatur illi manus vel pes, cum quo patrem vel matrem verberaverit*" [Fori Antiqui Valentiae, CXIX, 30, edición crítica de DUALDE SERRANO, Manuel (Madrid - Valencia, 1950 - 1967), p. 242]. Idéntica solución se adopta en el Fuero General de Navarra, además de la desheredación [Fuero General de Navarra, 487 (serie A) o 68 (serie B)]. Seguimos la edición de UTRILLA UTRILLA, Juan, *El Fuero General de Navarra. Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (Series A y B)* (2 vols., Pamplona,

coexistiendo con ésta); b) falsificaciones⁸⁷, manteniéndose en las Partidas⁸⁸; c) hurtos combinada, a veces, la amputación de manos con la de orejas⁸⁹, como sucedía en el Fuero Real donde se castigaba el hurto con una pena pecuniaria y, de forma subsidiaria (cuando el ladrón no podía pagar), con la amputación de las orejas o de éstas y el puño derecho si lo hurtado tenía un valor superior a 40 maravedís⁹⁰; d) otros tipos delictivos llevaban aparejada la mutilación de manos

1987), I, p. 386 y II, p. 78]. Lo mismo se dispone en la Compilación privada de Derecho aragonés, 25 [RAMOS LOSCERTALES, José María, *Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 1 (1924), pp. 400 - 408, en concreto p. 403]. En el Espéculo se castigaba con la pérdida del miembro ejecutor (mano o pie) al insolvente (respecto a la composición) en caso de heridas [Espéculo, II, 13, 5 en *Los Códigos españoles concordados y anotados* (Madrid, 1849), VI].

⁸⁷ Como pena ejemplar, el Fuero de Soria sancionaba al escribano falsario a la pérdida de la mano derecha y del oficio (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 715). Recogen esta pena también RIAZA, Román y GARCÍA - GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 751. El Fuero de Plasencia castigaba al escribano que cometía falsedad con la pérdida del pulgar diestro en caso de insolvencia (Fuero de Plasencia, 168, edición de MAJADA NEILA, Jesús, p. 50). El notario que realizaba falsedad en documento en el ejercicio de su cargo era penalizado, según el derecho valenciano, con la mutilación de un puño y la inhabilitación para ejercer como fedatario público en el futuro (Fori Antiqui Valentiae, CXXX, 8, edición crítica de DUALDE SERRANO, Manuel, pp. 263 - 264).

⁸⁸ Partidas, III, 19, 16 y VII, 7, 6. Se castiga con amputación de mano al escribano que otorga un documento falso o comete falsedad en pleito en el que actúe (si se trataba de escribano del rey la pena era de muerte). Manejamos la ed. de Salamanca, 1555, glosada por LÓPEZ, Gregorio.

⁸⁹ En Béjar, los ladrones eran despeñados (Fuero de Béjar, 32, 71 y 977) o se les amputaban las orejas (Fuero de Béjar, 71 y 931), y al que causaba heridas se le amputaban las manos (Fuero de Béjar, 32) [seguimos la edición de GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan, *Fuero de Béjar* (Salamanca, 1974). Nos manifiesta la duda en cuanto a su fecha exacta, aunque aclara que la mayor parte de la doctrina lo sitúa a finales del siglo XIII y principios del XIV, atreviéndose a señalar como “momento probable” entre 1290 - 1293 (pp. 20 - 27)]. En Madrid, a los ladrones moros se les condenaba a muerte o a ser mutilados (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 714). El Fuero General de Navarra castiga el hurto del carnero con cencerro con una peculiar amputación de los dedos de la mano derecha: el ladrón debía colocar dichos dedos dentro de la campana hasta donde entrasen y entonces se cortaban [Fuero General de Navarra, 230 (serie A) o 353 (serie B), edición de UTRILLA UTRILLA, Juan, *El Fuero General de Navarra. Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (Series A y B)*, 2 vols., I, pp. 265 - 266 y II, p. 249]. En el mismo sentido se pronuncian los Fueros de Aragón: el hurto de carnero con cencerro, tras ser probado, se penaliza con la amputación, por orden del juez, de la parte de la mano que quepa en la esquila [Fueros de Aragón, 8, 11, 10, según la edición crítica de sus versiones romances de PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Los Fueros de Aragón: la Compilación de Huesca* (Zaragoza, 1999), pp. 520 - 521. Ver *Las glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón*, Estudio introductorio y edición del manuscrito 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid por PÉREZ MARTÍN, Antonio (Zaragoza, 1993)].

⁹⁰ *Fuero Real*, IV, 5, 6. Comenta esta disposición Miguel Pino Abad afirmando que “en muy raras ocasiones el autor material de estos ilícitos se iba a encontrar en situación propicia para hacer frente al pago de la multa” y, por este motivo, “las penas de mutilación, más que subsidiarias, como establecía la norma, eran auténticas penas principales que recaían sobre los malhechores”. Además, alude a la nota infamante que conllevaba el corte de la oreja y a la dificultad de reincidir con el puño cortado [*La aplicación singular de las normas penales a los*

como, por ejemplo, sacar cuchillo o espada en la corte para pelear con otro⁹¹. Además, se amputaba el puño por llevar barba postiza y se castigaba con la pérdida de los dientes el falso testimonio⁹², contemplándose en una fazaña del siglo XIII cómo iba por la villa con ellos en la mano⁹³. En el Espéculo se admitía la marca en la cara con un hierro candente para el perjurio⁹⁴, que será prohibida por las Partidas⁹⁵. El Fuero Viejo añade a la amputación de mano la pena de horca para el que fuerza a una mujer⁹⁶. Lo mismo se recoge en el Libro de los Fueros de Castilla⁹⁷.

d) La extirpación de lengua. Se recogía en el Breviario de Alarico o *Lex romana Visigothorum*⁹⁸. Algunos fueros, por ejemplo, el de Teruel la imponía a los andadores infieles o a los que revelaban secretos judiciales si no podían hacer frente a la multa⁹⁹. Se aplicaría básicamente para la blasfemia, por ejemplo en las Partidas en caso de reincidencia¹⁰⁰, para el falso testimonio¹⁰¹ y, a veces, para la bigamia¹⁰².

pobres en Castilla (siglos XIII - XVIII), en *Rudimentos Legales. Revista de Historia del Derecho* 2 (2000), pp. 259 - 276, cita en p. 264]. En sentido similar, se pronunciaba el Fuero de Soria. También en las *Consuetudines Ilerdenses* se penaba el hurto con el pago de un múltiplo de lo robado y con la mutilación en caso de insolvencia [*Consuetudines Ilerdenses*, 142, ed. de LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar, *Costumbres de Lérida* (Barcelona, 1946), p. 66]. Lo mismo sucedía en Mallorca donde, a veces, la mutilación sustituía a las penas pecuniarias y el segundo hurto se castigaba con la amputación de orejas [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999), p. 104 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, pp. 104, 107 y 165; ver también otros delitos castigados con amputaciones en pp. 141 y 144]. Las sentencias de mutilación se solían comunicar mediante pregón público o a son de trompeta, siendo la ejecución pública "para que se cumpliese eficazmente su finalidad *aliis ad terrorem*" [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *El proceso penal en el Reino de Mallorca* (Palma de Mallorca, 1998), p. 104.]

⁹¹ *Nueva Recopilación* VIII, 23, 1.

⁹² *Libro de los Fueros de Castilla*, 167 y *Fuero Real*, IV, 12, 3. Cfr. LÓPEZ - AMO MARÍN, A., *El Derecho penal español de la Baja Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 26 (1956), pp. 362 - 363.

⁹³ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 830.

⁹⁴ *Espéculo*, V, 12, 30.

⁹⁵ *Partidas*, VII, 31, 6. Aquí se prohíbe cortar la nariz o sacar los ojos o cualquier otra señal en la cara.

⁹⁶ *Fuero Viejo*, II, 2, 2. Hemos manejado dos ediciones del Fuero Viejo: *Los Códigos españoles concordados y anotados* Madrid, 1847), I, y ALVARADO PLANAS, Javier, y OLIVA MANSO, Gonzalo, *Los Fueros de Castilla. Estudios y edición crítica del Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de los hijosdalgo y las Fazañas del Fuero de Castilla, Fuero Viejo de Castilla y demás colecciones de fueros y fazañas castellanas* (Madrid, 2004).

⁹⁷ *Libro de los Fueros de Castilla*, 302. También Pseudo Ordenamiento II de Nájera, 42 y Fuero de los hijosdalgo y las Fazañas del Fuero de Castilla, 8. Seguimos la edición crítica de ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo, *Los Fueros de Castilla*, referida en nota anterior.

⁹⁸ Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 186.

⁹⁹ Fuero de Teruel, 122 y 124 (edición crítica de CASTAÑE LLINÁS, José).

¹⁰⁰ *Partidas*, VII, 28, 4.

¹⁰¹ Así se castiga en Mallorca desde 1336 el falso testimonio en causa civil, reflejando el

2. Azotes¹⁰³

La pena de flagelación o azotes ya se contenía en las leyes espartanas (caracterizadas por un espíritu heroico y un sentido universalista) para los jóvenes afeminados¹⁰⁴. Los atenienses castigaban con 50 azotes al esclavo que dirigía la menor caricia a un niño libre¹⁰⁵. Los hebreos no la consideraban infamante y la aplicaban incluso a sus reyes que tras sufrirla volvían al trono, sin ser menos respetados por ello¹⁰⁶. Lo mismo sucedía entre los griegos. Los romanos distinguían varias clases de azotes según el instrumento utilizado: *fustibussi* se golpeaba al condenado con palos¹⁰⁷; *virgis*, con varas y *flagellis*, con látigos o correas. El primero se aplicaba a los militares, el segundo a los ciudadanos (aunque se aboliría a fines de la República como reconocimiento a su dignidad) y el tercero a los esclavos¹⁰⁸. En la época de la República el castigo corporal (azotes) aparecía

órgano con el que se había cometido el delito [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul.liana* 55 (1999), p. 104 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, pp. 93 y 165]. Indica Román Piña Homs que en el siglo XVI las penas se suavizan y el falso testimonio en juicio civil "sólo se castigará con la pérdida de una mano" [*El Derecho histórico del reino de Mallorca* (Palma de Mallorca, 1993), p. 243]. También Alfonso V impondría la amputación de lengua en Portugal para los testigos falsos, sustituyendo al vaciado de la cuenca de los ojos (cfr. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 825). En *Usatges*, 85 se sancionaba al testigo falso con la mutilación de una mano y multa y en *Usatges*, 143 con la amputación de una mano y de la lengua, aparte de la pérdida de bienes (VALLS TABERNER, Fernando, *Los Usatges de Barcelona. Estudios, comentarios y edición bilingüe del texto*, pp. 97 y 115 y *Comentaria Jacobi de Marquilles super usaticis Barchinonae*, fols. 238v - 239v y 363v - 365v).

¹⁰² En Mallorca, el rey Sancho dispuso en el año 1320 que el bigamo fuese castigado a correr la ciudad con la lengua clavada y al exilio perpetuo, si el matrimonio no se había consumado (caso contrario, la pena era de muerte). Semejante pena sería impuesta al bigamo por la curia de la Gobernación en 1510, junto a la exposición en la picota durante tres horas. También se condenaba a correr la villa con la lengua clavada a los testigos de un matrimonio sin consentimiento familiar [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul.liana* 56 (2000), pp. 45 - 64, en particular, pp. 50 - 52 y en *El derecho penal histórico de Mallorca*, pp. 78 - 80].

¹⁰³ San Isidoro establece el concepto de azotes y las diversas formas y medios de ejecución en sus *Etimologías* [*Etymologiarum*, V, 27, 14 - 19, ed. bilingüe de OROZ, José y MARCOS, Manuel A. (2ª ed., Madrid, 1993)].

¹⁰⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 276.

¹⁰⁵ DU BOYS, Albert, *Histoire du droit criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*, trad. castellana, I, p. 151.

¹⁰⁶ GUTIÉRREZ, José Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas*, en *Práctica criminal de España*, III, 5ª ed., p. 119.

¹⁰⁷ T. Mommsen indica que la flagelación no fue reconocida como pena independiente en el orden jurídico de la época republicana y, sin embargo, el palo era muy utilizado en la práctica (*Derecho penal romano*, p. 22).

¹⁰⁸ DU BOYS, Albert, *Histoire du droit criminel des peuples anciens depuis la formation des sociétés jusqu'à l'établissement du christianisme*, trad. castellana, II, pp. 87 - 88. El látigo para castigar al esclavo se componía de un manajo de tiras de cuero guarnecidas de nudos y bolas de plomo. Mientras, el esclavo estaba desnudo y atado y sus pies se unían con un peso para que no se pudiera mover. Para T. Mommsen cuando se utilizaban las bolas de plomo la pena se agravaba hasta el punto de poner en peligro la vida del condenado (*Derecho penal romano*, p. 606).

como pena accesoria, en delitos públicos y privados, para los reos varones condenados a muerte¹⁰⁹, al trabajo en minas o a trabajos forzados con pérdida de libertad o con pérdida del derecho de ciudadano¹¹⁰. Sin embargo, no se utilizaba esta pena accesoria cuando la condenada a pena capital era una mujer ni en las ejecuciones militares¹¹¹. En el Principado no se imponía la flagelación con carácter accesorio a las personas de clase superior. Para las clases inferiores, el magistrado podía decidir a su arbitrio mandar azotar al reo cuando se les sancionaba con una pena leve (salvo que fuese pecuniaria)¹¹². A partir de Justiniano, se castigaba a la mujer adúltera con azotes y reclusión en un monasterio por dos años¹¹³.

La flagelación era aplicada frecuentemente entre los cartagineses¹¹⁴ y luego por los visigodos para los delitos cometidos por los siervos, oscilando entre cincuenta y trescientos, siendo pena subsidiaria de la multa para dichos esclavos¹¹⁵. No obstante también se imponía al hombre libre. En el *Liber Iudiciorum* se castigaba a la mujer sierva que abortaba por medio de brebaje, con doscientos azotes¹¹⁶ (si era libre perdía su condición social y era reducida a servidumbre)¹¹⁷.

¹⁰⁹ La flagelación iba implícita en la sentencia y sus modalidades dependían del magistrado encargado de dirigir la ejecución, pudiéndose disponer que el reo fuese azotado hasta morir (MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, pp. 576 y 606 - 607).

¹¹⁰ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, pp. 585, 588 - 590 y 607.

¹¹¹ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, pp. 576 y 606.

¹¹² Cfr. MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, p. 607. Aclara que el castigo corporal no constituía legalmente una pena principal, sino un medio de coerción. Esto se confirma con el hecho de que a los jóvenes se les azotara cuando habían cometido un hurto, ya que carecían de capacidad para cometer propiamente delitos. Posteriormente, se aplicarían estas penas básicamente a los esclavos, aunque también a los hombres libres con el carácter ya de pena pública de mayor gravedad que la pecuniaria. Era frecuente la condena a azotes en las faltas leves con independencia de que las cometiese un esclavo o un hombre libre. La esencia de esta pena se desvirtúa al sustituir a la pecuniaria cuando esta última era impuesta como pena pública a un esclavo y su señor no se hacía responsable de la misma, o si recaía sobre un hombre libre sin medios para pagarla.

¹¹³ Al hombre se le impone la pena capital (GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, III, 5ª ed., p. 182).

¹¹⁴ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *Historia del Derecho penal en España. Los orígenes del Derecho penal español*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 71.

¹¹⁵ Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 169. Consultar también Lalinde Abadía quien indica que, aunque San Isidoro distingue varios tipos de instrumentos para los azotes (como dijimos), en realidad la pena se prescribe sin precisar esta tipología y por ello el juez lo determinaba arbitrariamente (*Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 807).

¹¹⁶ *Liber Iudiciorum*, VI, 3, 1. No obstante, en *Liber Iudiciorum*, VI, 3, 7, como hemos visto, se castigaba a la mujer que se provoca el aborto con la muerte o con la desorbitación si el juez lo estimaba oportuno.

¹¹⁷ Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., pp. 172 - 175. Ver MONTANOS, Enma y SÁNCHEZ - ARCILLA, José *Estudios de Historia del Derecho criminal* (Madrid, 1990), pp. 164 - 165.

La misma sanción se señalaba para el siervo que hacía abortar a la mujer libre (además de ser entregado a dicha mujer como esclavo)¹¹⁸. La destrucción de límites o términos se penaba con treinta sueldos de multa, si el autor era libre, y con cincuenta azotes si era esclavo, por cada hito o mojón allanado o arrancado¹¹⁹. Si un esclavo fijaba nuevos límites en una heredad, sin acuerdo de la otra parte y sin consentimiento de su señor, se le imponía como pena doscientos azotes¹²⁰. También se castigaban con azotes las injurias de hecho contra un hombre libre¹²¹. El violador de condición no servil recibía cien azotes y era entregado como siervo a la mujer¹²². El hombre libre que raptaba a una mujer de la misma condición y le hacía perder la virginidad se sancionaba con doscientos azotes, quedando al servicio del padre de la víctima y con la prohibición de casarse con ella¹²³. Si era un siervo el que raptaba a una mujer libre se le aplicaba la decalvación y trescientos azotes¹²⁴. En caso de delincuencia judicial, Chindasvinto obligaría al Juez a indemnizar al perjudicado y, de forma subsidiaria, a 50 azotes¹²⁵. La prostituta se penalizaba con 300 azotes públicos¹²⁶. También se castigaban con azotes (además de pena pecuniaria) las lesiones, variando su número según la gravedad¹²⁷, y la blasfemia (junto con la decalvación y el destierro)¹²⁸. El ladrón –además de devolver nueve veces lo robado, si era libre, o seis duplos si era siervo– recibía 100 azotes¹²⁹. En la legislación visigoda penal especial contra los judíos no se permitía a los conversos reunirse con los infieles bajo pena de esclavitud o azotes¹³⁰. El canon 2 del Concilio XIII de Toledo prohíbe los azotes (además de la tortura) a los altos funcionarios civiles o eclesiásticos y demás personas libres, para obtener por la fuerza una confesión sin haber aclarado su culpabilidad. El Concilio de Elvira castiga a los sodomitas con la pena de degradación si había orden sacro y con cien azotes, decalvación y destierro perpetuo si son legos¹³¹.

¹¹⁸ *Liber Iudiciorum*, VI, 3, 5.

¹¹⁹ *Liber Iudiciorum*, X, 3, 2.

¹²⁰ *Liber Iudiciorum*, X, 3, 5.

¹²¹ *Liber Iudiciorum*, VI, 4, 7.

¹²² *Liber Iudiciorum*, III, 4, 14.

¹²³ *Liber Iudiciorum*, III, 3, 1.

¹²⁴ *Liber Iudiciorum*, III, 3, 8. El rapto entre siervos se castigaba con doscientos azotes y la decalvación (*Liber Iudiciorum*, III, 3, 10). Los cómplices de este delito si eran libres sufrían una multa y cincuenta azotes y si eran siervos, cien azotes (*Liber Iudiciorum*, III, 3, 12). Ver LÓPEZ NEVOT, José Antonio, *El rapto en el derecho visigodo*, en *Estudios de Historia del Derecho Europeo. Homenaje al profesor G. Martínez Díez* (Madrid, 1994), III, pp. 31 - 38.

¹²⁵ *Liber Iudiciorum*, II, 1, 19.

¹²⁶ *Liber Iudiciorum*, III, 4, 17.

¹²⁷ *Liber Iudiciorum*, VI, 4, 3.

¹²⁸ *Liber Iudiciorum*, XII, 3, 2.

¹²⁹ *Liber Iudiciorum*, VII, 1, 1 y VII, 2, 13.

¹³⁰ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 230.

¹³¹ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español en la Edad Media*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., pp. 245 y 247.

La pena de azotes se generaliza en la Alta Edad Media, apareciendo como castigo de las lesiones¹³² o para las panaderas que defraudaban el peso¹³³. En el Fuero de León se establece que el que se apodera de las mercancías que eran conducidas para ser vendidas en la ciudad, antes de que llegaran a ella, recibiría cien azotes, siendo trasladado por la plaza en camisa y con una sogá atada al cuello¹³⁴.

Se encuentra diferenciada la pena de azotes de lo que Manuel Paulo Merêa (1889 - 1977) ha llamado "composición corporal"¹³⁵. Ésta se caracterizaba porque era el agraviado el que daba los golpes y sólo excepcional y subsidiariamente podía hacerlo, en su lugar, un agente de la autoridad (que podía estar presente). Aquí radica, según Merêa, el interés fundamental de este tipo de pena. Si había desigualdad social entre las partes, el reo podía ser sustituido por una persona de la misma condición social del agraviado para recibir el castigo. Éste era idéntico para hombres y para mujeres y consistía en la fustigación con una vara delgada¹³⁶. Cuando la ofensa procedía de una mujer casada, el respeto a la autoridad

¹³² Julio Puyol Alonso señala cómo en el documento de fundación del monasterio de Santa María de Obona se recogen las lesiones a los monjes, castigándose con 5 sueldos y tres azotes, si no había efusión de sangre; si se producía sangre, con 10 sueldos y 30 azotes y si había fractura de brazo u otro miembro, con 30 sueldos y 20 azotes (*Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 354).

¹³³ Fuero de León, 34 (MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, pp. 69 y 84; RODRÍGUEZ, Justiniano, *Los fueros del Reino de León*, II, pp. 20 y 21). Cfr. PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 373.

¹³⁴ Fuero de León, 45 (MUÑOZ Y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, pp. 71 y 87; RODRÍGUEZ, Justiniano, *Los fueros del Reino de León*, II, pp. 22 y 23). Julio Puyol Alonso indica cómo esta costumbre se mantendrá hasta el primer tercio del siglo XVII como lo demuestra un pasaje del *Buscón* de Quevedo (*Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 384).

¹³⁵ MERÊA, Paulo, *Composição Corporal (Achêga para a história do direito penal português)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 564 - 570. Se trata de una antigua costumbre portuguesa de reacción frente a los delitos que se recoge en las fuentes con la expresión "intrare in fustem" o "entrar às varas" y que se diferencia de los "vulgares castigos corporales" (p. 564). Merêa sitúa su regulación más completa y su máximo desarrollo en las costumbres portuguesas de Extremadura y Alentejo, aunque también hay ejemplos en textos españoles de la Reconquista, como el Fuero fronterizo de Zamora. Califica de problema insoluble el origen de la institución. Justifica su extensión a la Extremadura portuguesa y a Alentejo en base a la colonización de estas provincias por personas de zonas septentrionales, pero no excluye que en el Sur del país estuviese también presente esta práctica. Niega un origen árabe y afirma que tal vez se trate de la supervivencia de usos indígenas anteriores a la dominación romana (pp. 569 - 570). Cfr. JOSÉ ORLANDIS, José, *Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), p. 148.

¹³⁶ Diferencia aquí Paulo Merêa otros lugares donde se utilizaban los palos para los hombres y las varas se reservaban para mujeres. También alude a fuentes donde se especificaba minuciosamente cómo debían ser las varas. El reo llevaba una indumentaria ligera y los cabellos recogidos y si se rompían las varas se suspendía el castigo [MERÊA, Paulo, *Composição Corporal (Achêga para a história do direito penal português)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 565 - 567].

marital originaba una forma especial de ejecución de la pena¹³⁷. Además, estaba ausente el carácter infamante que conllevaban los “vulgares azotes”¹³⁸. Se imponía esta pena en casos de “ofensas corporales” (heridas) y, a veces, por un simple “empujón” dado con mala intención y, excepcionalmente, para las injurias. Con carácter general, podía ser sustituida por una composición pecuniaria si consentía la parte ofendida. El número de golpes dependía de la gravedad de la ofensa y de la categoría social del reo y del agraviado¹³⁹.

El *Fuero Juzgo* gradúa los azotes en las injurias según la importancia del insulto¹⁴⁰. Además, se distinguía entre los azotes ante el juez y aquéllos con publicidad en base a la gravedad del delito. En este último caso, solía haber un lugar destinado al efecto por la costumbre y es probable que se eligieran los días de mercado y la plaza donde se efectuaban las transacciones, para dar al castigo mayor publicidad¹⁴¹.

En la Baja Edad Media se aplicaban los azotes para los delitos de blasfemia¹⁴², hurto, bigamia, adulterio¹⁴³ y prostitución¹⁴⁴. Era frecuente su imposi-

¹³⁷ Tenía lugar en su habitación con un atuendo específico, tras rociar el suelo con agua. La pena la ejecutaba el marido y podía ofrecerse para recibirla en lugar de ella [MERÊA, Paulo, *Composição Corporal (Achêga para a história do direito penal português)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), p. 567].

¹³⁸ Paulo Merêa precisa que no era una pena infamante, sino una verdadera composición que podía tener lugar entre hombres libres y honrados y, además, no siempre se imponía en público [*Composição Corporal (Achêga para a história do direito penal português)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), p. 570]. J. Orlandis sitúa como pena infamante la flagelación pública del reo [*Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 18 (1947), p. 165]. También alude a la publicidad de los azotes y del “látigo infame” en Francia, LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 829.

¹³⁹ MERÊA, Paulo, *Composição Corporal (Achêga para a história do direito penal português)*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* 15 (1944), pp. 567 - 568.

¹⁴⁰ Así, por la expresión podrido de la cabeza, cincuenta azotes (Fuero Juzgo, XII, 3, 1); tiñoso o gotoso, cincuenta (Fuero Juzgo, XII, 3, 2); bizco, treinta (Fuero Juzgo, XII, 3, 3) y circuncidado, concordado o sarracín, ciento cincuenta (Fuero Juzgo, XII, 3, 4, 5 y 6). Se trata de un título que falta en el texto latino y se piensa que pudo ser añadido en el siglo XIII. Véanse los comentarios de GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, III, 5ª ed., p. 71 y PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 366.

¹⁴¹ PUYOL ALONSO, Julio, *Orígenes del Reino de León y de sus instituciones políticas*, p. 382. Sostiene un origen árabe de los azotes que iban precedidos de un paseo del reo por las calles, porque ni el Fuero Juzgo ni San Isidoro, en sus *Etimologías*, hacen alusión al mismo (p. 383).

¹⁴² Las Partidas castigan la blasfemia con penas pecuniarias y a los que no pueden satisfacerlas con azotes (primera vez), la impresión en los labios con hierro candente de la letra B (segunda vez) y la amputación de la lengua (tercera vez) (Partidas, VII, 28, 4). Sin embargo, como dijimos, prohíben con carácter general señalar el rostro porque la cara “*la fizo Dios a su semejanza*” (Partidas, VII, 31, 6). Para Lardizábal esta razón no es sólida porque “*la semejanza del hombre con Dios está en el ánimo, y no en la cara, ni en otra parte del cuerpo*” (*Discurso sobre las penas* ed. con “Introducción” de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, p. 92, nota 123). No obstante, pese a esta prohibición, desde las Cortes de Briviesca 1387 se imponía en Castilla una Q grabada con hierro candente en la frente de los bigamos (Nueva Recopilación, V, 1, 5 y Novísima Recopilación, XII, 28, 6). En el Amejoramiento de Navarra de 1330 se establece

ción para los vagabundos y proxenetas¹⁴⁵. En Mallorca era frecuente la flagelación para los esclavos, estando exentas de esta pena las personas libres¹⁴⁶.

El recurso a penas corporales (sobre todo azotes y, a veces, como hemos vis-

que el blasfemo fuese azotado por la villa. Pedro IV dispone, en las Cortes de Monzón de 1363, que el azotado por blasfemar en riña o juego, sin que proceda pena de muerte, lo sea "trayendo clavada una verga de hierro en medio de la lengua, que le impide retraerla". Este castigo lo incluye Alfonso X (para casos de reincidencia) en su Ordenamiento de las casas de juego de 1276 (*tañurerías*), Ley I (*Los Códigos españoles concordados y anotados*, VI) y también en Portugal acompaña a los azotes para los blasfemos [...], siendo "una aguja de albardador lo que se introduce en la lengua" (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 829 - 830). Las Costumbres de Lérida castigan al blasfemo con la pena de azotes en la plaza pública (*Consuetudines Ilerdenses*, 74), imponiendo la misma pena para el que recorría las calles por la noche sin la debida iluminación (*Consuetudines Ilerdenses*, 78) (LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar, *Costumbres de Lérida*, pp. 44 y 45). Se corresponden, respectivamente, con los capítulos 75 y 79 de la transcripción incompleta (llega hasta el capítulo 132) y no editada de las *Consuetudines Ilerdenses* de Ferran Valls i Taberner, publicada por PELÁEZ, Manuel J., *Ferran Valls i Taberner, editor de las 'Costums de Miravet y de otros textos de Derecho comarcal y municipal catalán, en Actes de les Jornades d'Estudi sobre els Costums de la Batllia de Miravet (1319/1320 - 1999/2000)* (Tarragona, 2002), pp. 239 - 325; el texto se reproduce en pp. 262 - 286 y las explicaciones sobre la tesis doctoral y el trabajo respecto a las *Consuetudines Ilerdenses* de Valls aparecen en pp. 247 - 252.

¹⁴³ Indicaba J. Lalinde Abadía (y hemos podido comprobar) cómo era frecuente en las fuentes medievales en caso de adulterio la "corrida" o "azotamiento de los adúlteros a través de la villa", sobre todo en diversos lugares de Cataluña como Agramunt (Carta de población de Agramunt, en MUÑOZ y ROMERO, Tomás, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, p. 402) o Tortosa [Costums de Tortosa, IX, 2, 5, edición de OLIVER, Bienvenido, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa* (Madrid, 1881), IV, p. 367], extendiéndose al sur de Francia [*For de Morlaàs*, 22 y *For d'Oloron*, 19, en OURLIAC, Paul y PILLES, Monique, *Les Fors Anciens de Béarn* (Paris, 1990), pp. 322 y 325 y 508 y 509] apareciendo en Montpellier en el siglo XIII. No se daba en Portugal, y en España se aplicaba también en Miranda de Ebro, como pena subsidiaria tras treinta días de prisión para algunos actos deshonestos [Fuero de Miranda de Ebro, 21, edición de CANTERA, Francisco (Madrid, 1945), p. 70]. En Valencia, los adúlteros desnudos eran corridos por las calles, pero se especificaba de forma expresa que no sufriesen otra pena (Fori Antiqui Valentiae, CXIV, 6, edición crítica de DUALDE SERRANO, Manuel, p. 230). Ya se imponía en Teruel con anterioridad (año 1170), pero para las clases sociales más elevadas, porque los inferiores eran ahorcados (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 829). También en las *Consuetudines Ilerdenses* se castigaba a los adúlteros a ser azotados por las calles y plazas [*Consuetudines Ilerdenses*, 15 (LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, Pilar, *Costumbres de Lérida*, p. 22; coincide con el capítulo 15 de la referida transcripción de Valls)]. Ver *Costums de la Batllia de Miravet*, 22 [SERRANO I DAURA, Josep, *Els Costums de la Batllia de Miravet* (Tarragona, 1999), p. 132]. Lo mismo sucedía en Mallorca tanto para las adúlteras como para el marido que consentía el adulterio de su mujer y para algunos casos de prostitución [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 56 (2000), pp. 46 - 47 y 60 y en *El derecho penal histórico de Mallorca*, pp. 74 - 75 y 80 y PIÑA HOMS, Román, *El Derecho histórico del reino de Mallorca*, p. 248]. Mayor desarrollo sobre el delito de adulterio, con carácter general, nos ofrecen RODRÍGUEZ GALLARDO, Francisco, *El "ius puniendi" en delitos de adulterio (Análisis histórico - jurídico)*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 5 (1995), pp. 881 - 929; COLLANTES DE TERÁN, María José, *El delito de adulterio en el derecho general de Castilla*, en *Anuario de Historia del Derecho*

to, mutilación) era usual en las Partidas¹⁴⁷. Por poner algunos ejemplos más, se castigaba el hurto, además de con una pena económica (restitución de la cosa o su valor más una cantidad equivalente a un múltiplo de aquella), con otra corporal cuyo contenido era la vergüenza pública y los azotes en número no determinado¹⁴⁸. Sin embargo, se prohibía expresamente la muerte o la amputación de algún miembro por razón de hurto¹⁴⁹. En la ley 15, del título 17, de la Séptima Partida se le imponía a la mujer adúltera la misma pena que antes veíamos en

Español 66 (1996), pp. 201 - 228; OSABA, E., *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum* (Madrid, 1997) o RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *La relajación del rigor punitivo sobre el delito de adulterio en el siglo XVIII: Un caso hallado en el Archivo Histórico Diocesano de Jaén*, en SAINZ GUERRA, Juan (ed.), *La aplicación del Derecho a lo largo de la historia. Actas III Jornadas de Historia del Derecho*, pp. 259 - 281 (efectúa un repaso de la regulación de este delito desde el derecho castellano de la recepción hasta el siglo XVIII, en pp. 263 - 271).

¹⁴⁴ Fernando I, en las Cortes de Barcelona de 1413, dispondrá la aplicación de la corrida a las mujeres públicas en Cataluña (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 829).

¹⁴⁵ Ordenamiento de Cortes de Briviesca de 1387 de Juan II [Ordenamiento de Montalvo, VIII, 14, 1 (ed. facsímil, Valladolid, 1986)] y Ordenamiento de Cortes de Ocaña de 1469 de Enrique IV (Ordenamiento de Montalvo, VIII, 14, 2). También se recogen las Ordenanzas Reales de Castilla en *Colección de Códigos y Leyes de España* (Madrid, 1865), I, y en *Los Códigos españoles concordados y anotados*, VI, antes citado. Sobre la imposición de penas corporales a los vagabundos se puede consultar el trabajo antes aludido de PINO ABAD, Miguel, *La aplicación singular de las normas penales a los pobres en Castilla (siglos XIII - XVIII)*, en *Rudimentos Legales. Revista de Historia del Derecho* 2 (2000), pp. 259 - 276. Precisa J. Lalinde que los azotes podían ser subsidiarios de las penas pecuniarias como sucedía en Aragón, donde eran muy frecuentes en esta época para amancebados y proxenetes (*Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 826).

¹⁴⁶ Según Román Piña Homs, los naturales de Mallorca estaban exentos de la pena de azotes, "pero no los extranjeros que habiten en el reino, a los cuales se les aplicará en los casos que corresponda" (*El Derecho histórico del reino de Mallorca*, p. 252). No obstante, señala A. Planas Rosselló que no faltan ejemplos de la imposición de esta pena a los mallorquines libres hasta la primera mitad del siglo XV, aunque por lo general se consideraba impropia y se aplicaba a personas de condición vil. La prohibición de condenar a flagelación a personas libres se basaba en una antigua costumbre que sería confirmada por Alfonso V en 1430. Sin embargo, esta confirmación no debió ser demasiado efectiva, ya que "en la década de 1450 son muy numerosas las condenas a correr la villa con azotes" (antes aludidas) y "en 1468 Juan II impone esta pena para quienes besen a las doncellas para conseguir las en matrimonio contra la voluntad de sus padres". El privilegio será respetado por los edictos virreinales de los siglos XVI y XVII que solo prevén los azotes para esclavos y extranjeros [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999), p. 102 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, p. 163].

¹⁴⁷ En las *Partidas* se incluye la pérdida de un miembro entre las penas mayores y los azotes o lesiones públicas entre las menores (*Partidas*, VII, 31, 4).

¹⁴⁸ *Partidas*, VII, 14, 18.

¹⁴⁹ Sobre la comparación entre la mayor benignidad de las *Partidas* a la hora de castigar el hurto, respecto al Fuero Real y los comentarios de Gregorio López, ver TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)* (Madrid, 1969; 2ª ed., 1992), pp. 250 - 252.

el derecho romano justinianeo: azotes y reclusión en un monasterio. El estupro cometido por un “hombre vil”, se sancionaba con azotes y cinco años de destierro en una isla¹⁵⁰, y el incesto con azotes y destierro perpetuo¹⁵¹. Al igual que en el Fuero Real¹⁵², en las Partidas se ordenaba la suspensión de la ejecución de la pena corporal (o de muerte) en mujer embarazada hasta después del parto¹⁵³. También se aplicaban azotes a los encubridores de herejes que no pudiesen abonar la multa correspondiente¹⁵⁴. Gregorio López, apoyándose en el derecho canónico y en los comentarios de los decretalistas, sostiene que en caso de que careciera de veredicto o de quien hiciera sus veces, el Obispo mismo podía azotar al clérigo que había sido castigado¹⁵⁵.

IV. EVOLUCIÓN DE LAS PENAS CORPORALES EN LA ÉPOCA MODERNA

Las penas de mutilación seguirán legalmente contempladas para delitos concretos. Doña Juana, en Burgos en 1515, dispuso la amputación de mano para el que reincidía por tercera vez (la segunda vez se le aplicaban azotes) en poner cepos contra la caza en el monte¹⁵⁶. Enrique IV establecería, en Toledo en 1462, la amputación de lengua para el blasfemo¹⁵⁷, pena que sería confirmada por los Reyes Católicos en 1492¹⁵⁸ y por Felipe II en 1566 para la tercera reincidencia¹⁵⁹.

¹⁵⁰ *Partidas* VII, 19, 2. Si el hombre era honrado se le castigaba con la pérdida de la mitad de los bienes. Y si era siervo se quemaba. Según Tomás y Valiente, en la práctica esta norma no se aplicaba y se imponía la pena que el Derecho canónico señalaba para este delito que era casarse con la estuprada y dotarla con una cantidad económica fijada por el juez, añadiéndose a esta última, a veces, la privación de libertad [TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 361].

¹⁵¹ *Partidas*, VII, 18, 3.

¹⁵² *Fuero Real*, IV, 5, 2.

¹⁵³ *Partidas*, VII, 31, 11. Hevia Bolaños pensaba que había que esperar a que la mujer se restableciera por completo, si la pena era corporal, para evitar que si estaba débil se le pudiera ocasionar la muerte con los azotes o con los trabajos forzados. Por el contrario, si la condena era a muerte no había que esperar nada, salvo que amamantase al niño [cfr. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 370].

¹⁵⁴ *Partidas* VII, 26, 5.

¹⁵⁵ Lo recoge y comenta CASTILLO DE BOVADILLA en su *Política para corregidores y señores de vassallos, en tiempo de paz y de guerra* [...] (Barcelona, 1624), tomo II, libro III, cap. XI, pp. 292 - 293, nº 39.

¹⁵⁶ *Nueva Recopilación*, VII, 8, 6. Seguimos una edición facsímil, Valladolid, 1982. Véase lo que apunta, al respecto, TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 381. Según Covarrubias, si alguien era condenado a amputación de mano y pena de muerte, se debía ejecutar primero la amputación ya que su aplicación sobre el cadáver no revestiría el carácter de pena [PEREDA, J., *Covarrubias penalista* (Barcelona, 1959), p. 306].

¹⁵⁷ *Nueva Recopilación*, VIII, 4, 2 y *Novísima Recopilación*, XII, 5, 2. Se indica que a quien blasfeme de Dios y la Virgen dentro de la Corte o su rastro se le corte la lengua y se le dé públicamente cien azotes. También se le amputa la lengua si lo hace fuera de aquélla. Ya en 1387, Juan I confirmaba las penas de las *Partidas* en la blasfemia (*Nueva Recopilación* VIII, 4, 1 y *Novísima Recopilación*, XII, 5, 1).

¹⁵⁸ *Nueva Recopilación*, VIII, 4, 5 y *Novísima Recopilación*, XII, 5, 4. Se castiga al que

No obstante, Francisco Tomás y Valiente (1932 - 1996) apunta al desuso progresivo de estas sanciones tal vez desde mediados del siglo XVI, siendo sustituidas por la pena de galeras que era más útil para la monarquía¹⁶⁰. En cualquier caso, las penas corporales más frecuentes en los textos legales eran las de azotes. La doctrina coincide en que, en el siglo XVI, el marido alcahuete (que consentía el adulterio) era castigado a ser públicamente azotado por la propia mujer, como “costumbre general de España”¹⁶¹.

Con carácter general, las penas corporales serán abolidas por Carlos I en virtud de una Pragmática de 31 de enero de 1530, así como por las de 16 de mayo de 1534 y 23 de febrero de 1535, y reemplazadas por servicio en las galeras, por tiempo que dependerá del delito y que no será inferior a dos años. Se impone como requisito que “buenamente” pueda haber conmutación, sin perjudicar a la parte demandante y que los delitos no sean especialmente graves y cualificados¹⁶². En 1552, Carlos I sustituye la pena de azotes por la de galeras

blasfema por tercera vez con enclavarle la lengua.

¹⁵⁹ *Nueva Recopilación*, VIII, 4, 7 y *Novísima Recopilación*, XII, 5, 4. Comentan esta disposición y las anteriores TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 361 y GUTIÉRREZ, José Marcos, *Práctica criminal de España*, III, 5ª ed., p. 13.

¹⁶⁰ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 381. Sin embargo, J. Lalinde precisa cómo la mutilación alcanza su mayor apogeo en Francia en el siglo XVI (*Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 825). En Mallorca, también se produce la decadencia de la pena de mutilación en la Edad Moderna, desapareciendo por completo de las disposiciones edictales en el siglo XVII. Así, la última pena de amputación de orejas documentada data de 1551. No obstante, hay diversas sentencias de la segunda mitad del siglo XV que condenan a los que causan heridas en la cara con un cuchillo a la amputación de mano. La misma pena imponen para las heridas diversos edictos de la Edad Moderna [PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999) p. 104 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, pp. 125 - 126 y 165].

¹⁶¹ Francisco Tomás y Valiente lo considera un claro ejemplo de vergüenza pública, radiando ahí la auténtica penalidad. En Partidas, VII, 17, 7 se condenaba al marido que consentía el adulterio o al que cometía lenocinio con su mujer con la misma pena señalada a los adúlteros. El problema radicaba en que a éstos el derecho real castellano no les imponía pena, sino que los entregaba al poder del marido, lo cual no podía aplicarse al marido alcahuete. En el siglo XVII, era usual que el marido se vengara sin esperar a que fueran puestos en su poder los adúlteros en virtud de sentencia judicial, y el siglo XVIII fue abriendo paso a la intervención judicial con la pena de prisión para el adúltero [cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 75 - 76, 386 y 395]. También en Portugal se azotaba a los alcahuetes y se les expulsaba, siendo condenados a pena de muerte en caso de reincidencia (LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 826). Refiere A. Planas Rosselló una condena de 1455 “a un marido a correr la villa con azotes, por consentir el adulterio de su mujer” [*Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 56 (2000), p. 45 y en *El derecho penal histórico de Mallorca*, p. 74].

¹⁶² *Nueva Recopilación*, VIII, 24, 4 y *Novísima Recopilación*, XII, 40, 1. Todo el título 40 de la *Novísima Recopilación* se ocupa de las penas corporales, su conmutación y destino de los reos.

para el hurto que acontecía fuera de la Corte. Pero en caso de segundo hurto, se castigaba al ladrón reincidente con cien azotes y galeras a perpetuidad. Cuando tenía lugar en la Corte, se sancionaba el primer hurto con cien azotes y ocho años de galeras, y el segundo con doscientos azotes y galeras perpetuas¹⁶³. Lo mismo dispundrá Felipe II, en Pragmática de 3 de mayo de 1566, estableciendo la conmutación de las penas corporales por vergüenza pública o servicio en las galeras, por el tiempo que se estime oportuno según la gravedad del delito¹⁶⁴, aunque haya perdón de parte¹⁶⁵. A pesar de estas Pragmáticas, según Tomás y Valiente, la pena de azotes seguía practicándose. A veces, se azotaba a los reos como pena única¹⁶⁶. Normalmente, se imponían los azotes como pena accesoria a la principal de galeras, con lo que en lugar de conmutarse, ambas penas se acumulaban¹⁶⁷.

En el marco de la Inquisición española, entre las penas más frecuentes se encontraba la flagelación¹⁶⁸ que se aplicaba para la bigamia¹⁶⁹ o el falso testimonio¹⁷⁰. Posteriormente, la pena de azotes fue abolida respecto a las mujeres y

¹⁶³ Pragmática de 25 de noviembre de 1552 de Carlos I en Monzón (Nueva Recopilación, VIII, 11, 7). Felipe II agrava las sanciones en 1566 (*Nueva Recopilación*, VIII, 11, 9). Antes, según el *Fuero Real*, el segundo hurto se castigaba con la muerte [TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 252]. En cualquier caso, afirma Juan Sainz Guerra, que es de suponer que la pena que solía imponerse al ladrón era la de azotes, amputación de orejas en caso de reincidencia e incluso la muerte (*Nueva Recopilación* VIII, 23, 1) (*Hurtadores, ladrones, descuidados y robadores*, en SAINZ GUERRA, Juan (ed.), *La aplicación del Derecho de lo largo de la historia. Actas III Jornadas de Historia del Derecho*, p. 114).

¹⁶⁴ Pragmática de Felipe II de 3 de mayo de 1566 (*Nueva Recopilación*, VIII, 24, 6 y *Novísima Recopilación*, XII, 40, 3).

¹⁶⁵ Pragmática de Felipe II de 3 de mayo de 1566 (*Nueva Recopilación*, VIII, 24, 10 y *Novísima Recopilación*, XII, 40, 4).

¹⁶⁶ Refiere el ejemplo de la famosa celestina "Margaritona" a la que fue perdonada la ejecución de los azotes por tener más de 80 años [TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 387].

¹⁶⁷ TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 387.

¹⁶⁸ Indica E. Gacto que "las penas impuestas a los penitenciados variaban según la calidad de las personas y la gravedad y el tipo de delito: por ejemplo, galeras, cárcel perpetua, azotes, destierro, vergüenza pública, multas, etc." (*Sobre la aplicación del Derecho en los Tribunales de la Inquisición española*, en SAINZ GUERRA, Juan (ed.), *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia. Actas III Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén*, p. 20). En cuanto a la aplicación de la pena de flagelación por el Tribunal de la Inquisición en Mallorca, algo apunta PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Las penas en el derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 55 (1999), p. 103 y en *El Derecho penal histórico de Mallorca (siglos XIII - XVIII)*, p. 164.

¹⁶⁹ Sobre la pena de azotes impuesta a los bigamos por el Tribunal de la Inquisición de Mallorca, ver PLANAS ROSSELLÓ, Antonio, *Los delitos contra el matrimonio y la moral sexual en el Derecho histórico de Mallorca*, en *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana* 56 (2000), p. 51 y en *El derecho penal histórico de Mallorca*, pp. 79 - 80.

¹⁷⁰ PÉREZ MARTÍN, Antonio, *La doctrina jurídica y el proceso inquisitorial*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* (Madrid, 1989, 1ª ed., 2ª reimp., 1992), p. 321.

limitada a los bigamos y a los que se fugaban con mujeres. Al declarar el Supremo Consejo que la evasión era un acto de derecho natural, la pena de azotes quedaría totalmente eliminada cuando aún seguía siendo utilizada en la esfera laica¹⁷¹. La Inquisición solía conmutar la pena pecuniaria por la corporal cuando el reo no podía hacer frente a la misma¹⁷². Hacía distinción entre clases sociales y los nobles no recibían, normalmente, penas infamantes o corporales, siendo sustituidas por privación de libertad o sanciones económicas¹⁷³. En cualquier caso, las penas inquisitoriales respondían a la ejemplaridad, utilitarismo, oportunismo, y arbitrariedad o indeterminación¹⁷⁴, siendo infrecuentes las penas corporales aunque se utilizaba el tormento como prueba en el proceso¹⁷⁵. Por otra parte, se cuestionaba la legitimidad de aplicar las penas corporales por los Tribunales eclesiásticos, ya que no podían imponer sanciones que implicasen “efusión de sangre”. La dificultad se salvaría con una interpretación flexible, entendiendo como “penas sangrientas” únicamente la muerte o la mutilación de miembros y aceptándose que pudieran imponer la pena de azotes o galeras, porque “en estos castigos la efusión de sangre no era consecuencia inmediata y principal de su administración, sino incidencia o contingencia y, en todo caso, se trataba de un derramamiento módico”¹⁷⁶.

En febrero de 1734, Felipe V promulga una Pragmática relativa a los hurtos cometidos en la Corte y caminos que conducen a ella, donde imponía al menor de 17 años y mayor de 15 la pena de doscientos azotes y diez años de galeras, y la

¹⁷¹ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español. Edad Moderna. Primera época: las Recopilaciones (siglos XV al XVIII)*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 377.

¹⁷² Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español. Edad Moderna. Primera época: las Recopilaciones (siglos XV al XVIII)*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 379.

¹⁷³ Se ha dicho que, más que un privilegio para los nobles, suponía una concesión a los plebeyos y una muestra del carácter benigno de la ley, porque la gente vil prefiere tener “rotas las carnes a los vestidos” y sufre “con más paciencia en el cuerpo que en los bienes”. Además, como los plebeyos no se mueven por el honor es preciso aplicarles penas corporales “para que aborrezcan el vicio y abracen la virtud”, e incluso se apela a Aristóteles para afirmar que “los malvados del populacho”, “sólo obedecen al palo” (GACTO, Enrique, *Aproximación al Derecho penal de la Inquisición*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, p. 184). En los delitos de magia no constitutivos de herejía, la reincidencia se castigaba de diferente manera según se tratase de persona noble o no. En el primer caso, era encarcelado de por vida o desterrado y en el segundo, azotado públicamente (GARCÍA MARÍN, José María, *Magia e inquisición: Derecho Penal y proceso inquisitorial en el siglo XVII*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, p. 249).

¹⁷⁴ GACTO, Enrique, *Aproximación al Derecho penal de la Inquisición*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, pp. 185 - 193.

¹⁷⁵ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, p. 831 y GACTO, Enrique, *Sobre la aplicación del Derecho en los Tribunales de la Inquisición española*, en SAINZ GUERRA, Juan (ed.), *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia. Actas III Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén*, pp. 23 - 24.

¹⁷⁶ GACTO, Enrique, *Aproximación al Derecho penal de la Inquisición*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española*, p. 184.

misma pena para los encubridores y en los casos de tentativa y frustración. Sin embargo, esta Pragmática no consiguió reducir el número de hurtos y fue suprimida en 1745, entrando de nuevo en vigor en 1764, por decreto de Carlos III, derogado también poco después. Las Ordenanzas Generales del Ejército de 1768 aún contenían penas como atravesar la lengua con un hierro candente, o la mutilación de la mano derecha¹⁷⁷.

Manuel de Lardizábal y Uribe publica en 1782 su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes penales de España para facilitar su reforma* donde recoge el talión¹⁷⁸ como pena, rechazándolo, salvo en el homicidio voluntario y malicioso y en la calumnia y falso testimonio en juicio¹⁷⁹. Entre las penas corporales inclu-

¹⁷⁷ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal español. Edad Moderna. Primera época: las Recopilaciones (siglos XV al XVIII)*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 335.

¹⁷⁸ La Ley del Talión se inspira en los principios del antiguo Derecho judío. Los antecedentes más importantes de su aplicación están en el Código de Hammurabi, en las XII Tablas y en la Ley Mosaica (donde en caso de homicidio era absoluto: vida por vida), consiguiendo su mayor desarrollo y perfección en algunas legislaciones antiguas como la hebrea, la romana o la griega. En el Segundo libro del Pentateuco, el Éxodo XXI, 24, se relata la "terrible" Ley del Talión, por la cual se castigaba al delincuente con pena igual al delito cometido, o sea "vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, bofetada por bofetada". Cuando esta ley fue incorporada al derecho romano, recibió el nombre de ley del talión, derivado del latín *talio esto*. Recoge Giuseppe Maggiore la opinión de P. del Giudice al estudiar el talión, precisando que el término procede de la raíz *tal* que viene a significar pesar, medir y de ahí se deriva la palabra griega *τάλαντον* (balanza, medir) (*Derecho Penal*, II, p. 245, nota 25). Esta ley, que puede resultar chocante para la mentalidad moderna, nacia de un espíritu de justicia y moderación. Se imponía para impedir abusos, como norma necesaria en una cultura primitiva, en la que la venganza parecía no tener límite. Suele considerarse como "mecanismo racionalizador y proporcional de la venganza" en cuanto sentimiento básico impulsor de la acción punitiva, aunque también se descubre un elemento importante de contenido moral (ALVARADO PLANAS, Javier, *El pensamiento jurídico primitivo*, p. 125). Alvarado Planas sigue en este punto a Hans Henting reproduciendo sus palabras en el sentido de que "no es verdad que la venganza, el ojo por ojo de los niños, sea el único ni el principal punto de la evolución penal. La penalidad tiene dos orígenes; el origen secundario, aunque el más aparente, es la venganza; pero el esencial es el castigo doméstico, expresión de una censura moral y traducción de un remordimiento". Por tanto, era un avance ético en momentos de brutalidad y estará presente en nuestra Edad Media y Moderna e incluso en nuestros Códigos Penales de 1822, 1848 y 1870. Consultar CARDASCIA, G., *La place du talion dans l'histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche - Orient ancien*, en *Mélanges offerts à Jean Dauvilliers* (Toulouse, 1979), pp. 169 - 183 y en *Méditerranées. Revue de l'association Méditerranées, Hommage à Guillaume Cardascia* 3 (1995), pp. 181 - 195.

¹⁷⁹ Encuentra el origen de esta pena en el "vehemente deseo de venganza, que con tanta violencia arrastra el corazón del hombre". El Talión trataba de poner límite a dicha venganza, como hemos indicado. Alude Lardizábal a que, en ocasiones, no se entendía en sentido estricto, sino que iba referido a "la multa o pena pecuniaria con que se debía recompensar el daño hecho", aunque no siempre sucedía así y se dejaba a elección del ofendido. Señala cómo en algunos fueros antiguos se concede de forma expresa la facultad de redimir con dinero la pena corporal. En cualquier caso, concluye que "en el talión no se puede observar la verdadera medida de las penas y se falta a uno de los principales fines de ellas, porque, si para escarmen-

ye los azotes y las mutilaciones de miembros¹⁸⁰. La ideología liberal del siglo XVIII se manifestó en contra de las penas corporales y, especialmente, de la de azotes sobre la base de que hay que elegir aquellas sanciones que causen menos daño sobre el cuerpo del culpable¹⁸¹. La pena de azotes era de las más temidas en nuestro país y se utilizaba frecuentemente por su carácter intimidatorio¹⁸², sobre

tar y contener al que hizo el daño, basta hacerle menos mal que el que él causó, no se le debe hacer tanto como hizo; y, por el contrario, si haciendo al delincuente igual mal que el que él causó, no es bastante para escarmentarle, entonces se le debe hacer más, porque de lo contrario se falta al fin de las penas contra el bien de la república. Además de que con la pena del talión, se multiplicarían los males con perjuicio de la sociedad". En delitos como el adulterio no tendría sentido porque se adoptaría "una venganza torpe y contraria a todo derecho divino y humano". Si el único fin del talión fuese resarcir el daño entonces no habría "pena más justa, ni más conforme a la razón y a la naturaleza misma", pero "entendido como regularmente se entiende", causa "más perjuicio que utilidad" y, por consiguiente, "no debe usarse esta pena". Tan solo habría dos supuestos en los que sería "útil y conveniente". Por un lado, en el homicidio voluntario y malicioso, "pues no hay cosa más justa que el que privó injustamente a otro del mayor bien que tenía, y que no le puede recompensar de ningún modo, sea privado igualmente de él, debiéndose verificar a la letra en este caso el *alma por alma* del Éxodo". El otro caso sería la calumnia y testimonio falso en juicio, estimando conveniente la aplicación de la Ley 83 de Toro (*Nueva Recopilación*, VIII, 17, 4) para evitar la frecuencia de los testigos y calumniadores falsos y defender la inocencia. Así, el que no consiga probar la acusación sufrirá la pena que pretendía contra el acusado. La pena del talión contra los calumniadores es muy antigua en España apareciendo, por ejemplo, en los fueros antiguos de Sobrarbe (véase RAMOS LOSCERTALES, José María, *Los fueros de Sobrarbe*, Zaragoza, 1981) y Navarra. Ahora bien, si el calumniador o testigo falso se arrepiente "en el progreso de la causa", entonces "la pena del talión establecida en favor y para seguridad de la inocencia se convertirá en su mayor daño". La razón es que el temor de incurrir en pena tan grave será un obstáculo para la retractación. Este inconveniente podría salvarse aplicando las leyes de manera estricta, "siempre que el calumniador o testigo falso fuesen convencidos de su calumnia o falsedad; pero no si ellos voluntariamente se delataren en tiempo hábil, en cuyo caso deberá moderarse la pena, y no tener lugar la del talión [...]", y "si los calumniadores no quisieren usar del beneficio de la ley, se harán tanto más dignos de su severidad, pues teniendo en su mano el evitarla aun después de cometido el delito, no han querido, lo que prueba una consumada malicia y depravación del ánimo, digna de castigarse con el mayor rigor" (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, ed. con "Introducción" de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, pp. 76 - 80).

¹⁸⁰ Indica que las penas corporales son todas las que se afligen al cuerpo, ya sea causando dolor, o privando de ciertas comodidades o causando incomodidades (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas* ed. con "Introducción" de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, p. 91).

¹⁸¹ Reclamaba Beccaria las penas corporales para el hurto cuando se ejecutaba con violencia, pero las rechazaba en las injurias [BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, trad. cast. de Juan A. de las Casas (3ª ed., Madrid, 1982), pp. 65 - 66]. Sobre la "erosión de la severidad penal en el siglo XVIII a través del humanitarismo de la Ilustración", ver LALINDE ABADÍA, Jesús, *Las culturas represivas de la humanidad*, II, pp. 831 - 833.

¹⁸² Así, MATHEU Y SANZ, LORENZO, señalaba en su *Tractatus de re criminali* (Madrid, 1776), que era más temida que la pena capital y, en ocasiones, permitía evitar esta última por su carácter intimidatorio, al ser utilizada con delitos leves, evitando la comisión de otros mayores. Aludía a cómo el desarrollo de jurisdicciones privilegiadas había hecho caer en desuso esta pena, reclamando su abolición que se conseguiría (en materia criminal y de policía) por Cédula de 6 de octubre de 1768, en Madrid, extendiéndose al resto de las capitales por otra de 13 de agosto de 1769. También la Real Audiencia de Mallorca, en representación que le hizo

todo para las clases inferiores y delitos menores, ya que solía ejecutarse públicamente¹⁸³. Pese a ello, Lardizábal la consideraba ignominiosa, causante de infamia, y estimaba que podía resultar perjudicial para los castigados con la misma, llegando a perderlos, en lugar de corregirlos¹⁸⁴. Afirmaba que la mutilación no solo era una pena inhumana sino también nociva, porque los mutilados suponen una carga para la sociedad por estar imposibilitados para trabajar¹⁸⁵.

a Felipe V, afirmaba la eficacia de la pena de azotes por infundir “más horror” que la de galeras o presidio (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, ed. con “Introducción” de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, pp. 93 - 94 y SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal de la Revolución*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., pp. 410 - 411). Otros como Gutiérrez, partiendo de su utilidad, reclamaban su imposición en el ámbito de la prisión y no por el verdugo, es decir, como tratamiento correccional. Recomendaba una menor frecuencia en su utilización [GUTIÉRREZ, José Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas* en *Práctica criminal de España*, III, 5ª ed., p. 119].

¹⁸³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 368 - 369.

¹⁸⁴ Entiende que solo debería aplicarse para delitos que sean en sí “viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causará un daño mayor, acaso, que el que causó el delito, que es hacer perder la vergüenza al que la sufre y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor en vez de enmendarse. Pero impuesta con prudencia y discreción podrá ser útil y contener con su temor”. Añade que “en una nación honrada y pundonorosa cual es la Española, toda pena de vergüenza usada con prudencia y haciendo distinción en el modo de imponerla, según la distinción de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxima de no imponer jamás pena que pueda ofender el pudor y la decencia, pues esto sería destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas” (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, ed. con “Introducción” de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, p. 94). En los siglos XVII y XVIII se entendía que la pena de destierro y azotes para el ladrón era “torpe y equivocada”, pues podía facilitar su profesionalización (sobre todo por el destierro). Hay quien ha incluido el destierro entre las penas *corporis afflictiva*, aunque la opinión mayoritaria parece ser la que lo excluye de las penas corporales. Normalmente, el destierro acompañaba a los azotes y a la vergüenza pública [TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 261 y 392].

¹⁸⁵ M. de Lardizábal y Uribe reclamaba la absoluta proscripción de las penas de mutilación porque “además de ser crueles por naturaleza, lejos de conseguirse con ellas los saludables fines que deben proponerse las penas no son, sino perniciosas a la república”. Es una pena cruel que sólo consigue hacer deformes a los hombres, en lugar de corregirlos (que es uno de los fines que deben perseguir las penas). Al privarles de los miembros necesarios para ganarse honestamente la vida, les obliga “a vivir ociosos en la sociedad con gravamen de los demás, y tal vez a valerse de medios ilícitos y torpes para subsistir”. Tampoco se consigue el otro fin de las penas (el escarmiento) con las mutilaciones y tan solo sirven “para hacer crueles a los hombres, endurecer los ánimos y ponerlos en disposición de cometer delitos atroces y sangrientos”. Pone como ejemplo la frecuencia de las mutilaciones en China donde, sin embargo, no se ha reducido el número de delitos por los que se imponen. Equipara a las mutilaciones el desollar la frente, imprimir hierros ardiendo en la cara o en otra parte del cuerpo, clavar la lengua o la mano. La razón de aplicar estas penas es que el delincuente sea castigado en la misma parte del cuerpo que le sirvió de instrumento para delinquir (al blasfemo se le corta la lengua, al falsario la mano, el sodomita es castrado [...]); no obstante, así se frustran los fines de la pena que son “corregir al mismo delincuente, impedir el daño de la sociedad, y escarmentar con el ejemplo a los que no han delinquido” (*Discurso sobre las penas*, ed. con “Introducción” de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, pp. 91 - 93). También expone estas ideas ÁLVAREZ POSADILLA en sus *Comentarios a las leyes de Toro*,

Aunque hay quien sostiene que a principios del siglo XVIII las penas estaban ya muy dulcificadas, Pacheco aludía a la crueldad de nuestro sistema penal refiriendo la vigencia de los azotes y de la mutilación y reconviniendo su falta de aplicación a la arbitrariedad judicial¹⁸⁶. No obstante, Quintiliano Saldaña refiere su abolición por Carlos I y Felipe II, quedando tan solo subsistente la pena de marca (también abolida por Felipe II), aplicada únicamente a los gitanos delincuentes. Se les imponía en la espalda como medio de identificación, para que sirviese de prueba del primer delito en caso de reincidencia y nunca en el rostro ni en parte que les pudiera resultar infamante¹⁸⁷.

Tomás y Valiente recoge una relación de penas impuestas por la Sala de Alcaldes correspondiente al año 1802. De los 1939 presos juzgados, sólo uno fue condenado a azotes¹⁸⁸. Apunta como ya a mediados del siglo XVIII los jueces rechazaban, por antiguas y medievales, muchas de las penas que se contenían en las leyes formalmente vigentes. En palabras de Lardizábal no habría un juez que “se atreva a mandar cortar la lengua al blasfemo y la mano al escribano falsario”, aunque éstas eran las penas previstas para dichos delitos en leyes que no habían sido derogadas¹⁸⁹.

La Novísima Recopilación seguía conteniendo durísimas disposiciones contra gitanos y vagos a los que se castigaba con azotes, mutilaciones, galeras e incluso la muerte¹⁹⁰.

De forma solemne sería abolida la pena de azotes por las Cortes de Cádiz en virtud de un Decreto de 17 de agosto de 1813 (en las escuelas y colegios) y de 8 de septiembre de 1813 (en los Tribunales de la monarquía y parroquias de Indias)¹⁹¹.

según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen (4ª reimp., Madrid, 1833) y GUTIÉRREZ, José Marcos, *Discurso sobre los delitos y las penas*, en *Práctica criminal de España*, III, p. 116. Las comenta TOMÁS Y VALIENTE, Francisco en *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 365

¹⁸⁶ Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal de la Revolución*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 419, nota 2.

¹⁸⁷ SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *El Derecho penal de la Revolución*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 422.

¹⁸⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, p. 367. Por el contrario, en la ciudad de México eran muy frecuentes los azotes para castigar el hurto y el robo a finales del siglo XVIII [SANCHEZ - ARCILLA BERNAL, José, *Robo y hurto en la Ciudad de México a fines del siglo XVIII*, en *Cuadernos de Historia del Derecho* 8 (2001), pp. 43 - 109].

¹⁸⁹ Incluso señala que si alguien pretendiese resucitar dichas leyes, los Tribunales superiores revocarían la sentencia y el juez que la impuso sería considerado públicamente como cruel y temerario (DE LARDIZÁBAL Y URIBE, M., *Discurso sobre las penas*, ed. con “Introducción” de I. SERRANO BUTRAGUEÑO, p. 41).

¹⁹⁰ *Novísima Recopilación*, XII, 16. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, I, 4ª ed., p. 748.

¹⁹¹ Cfr. SALDAÑA GARCÍA - RUBIO, Quintiliano, *La ciencia y la legislación penales españolas, anteriores al Código penal. Segunda época: Las codificaciones (siglo XIX)*, adiciones al *Tratado de derecho penal* de VON LISZT, Franz, I, 3ª ed., p. 468.

El Código Penal de 1822 no contempla las penas corporales en el sentido que nos ocupa. Así, incluye entre las mismas la de muerte; trabajos perpetuos; deportación, destierro o extrañamiento perpetuo del territorio español; obras públicas; presidio; reclusión en una casa de trabajo; ver ejecutar la pena de muerte; prisión en una fortaleza; confinamiento en un pueblo o distrito determinado y destierro perpetuo o temporal de un pueblo o distrito determinado¹⁹². Permite su rebaja en la cuarta o tercera parte, mediante el arrepentimiento, tras cumplirse la mitad de la condena¹⁹³; señalando que algunas penas corporales (trabajos perpetuos y muerte por traición) llevarán consigo también la pena de infamia¹⁹⁴ (la cual se considera corporal para todos los efectos civiles)¹⁹⁵. Ya el Código Penal de 1848, en su clasificación de las penas, obvia la categoría de corporales y utiliza la de penas aflictivas, incluyendo aquí la de muerte, diversas categorías de la privación de libertad, extrañamiento e inhabilitación¹⁹⁶.

[Recibido el 8 y aprobado el 30 de mayo de 2005].

¹⁹² *Código Penal* de 1822, art. 28.

¹⁹³ *Código Penal* de 1822, art. 144.

¹⁹⁴ *Código Penal* de 1822, art. 30.

¹⁹⁵ *Código Penal* de 1822, art. 29.

¹⁹⁶ *Código Penal* de 1848, art. 24. Este criterio se mantiene en el *Código Penal* de 1850, art. 24 y en el de 1870, art. 26.