

# **Notas sobre el arbitrio judicial *usque ad mortem* en el Antiguo Régimen**

## **Notes on the judicial discretion *usque ad mortem* in the Ancien Regime**

**Pedro ORTEGO GIL**

Catedrático de Historia del Derecho  
Área de Historia del Derecho  
Universidad de Santiago de Compostela  
dportego@usc.es

Recibido: 12 de enero de 2004

Aceptado: 19 de enero de 2004

### **RESUMEN**

Hasta la Codificación los jueces gozaron de un amplio arbitrio en la determinación de las penas. El trabajo aborda la discusión doctrinal sobre el alcance del arbitrio judicial y la posibilidad de llegar a imponer la pena de muerte mediante su ejercicio, así como los requisitos sustanciales y procesales que se exigían.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitrio judicial, penas arbitrarias, pena de muerte.

### **ABSTRACT**

Until the Codification the judges enjoyed an ample discretion in the determination of the punishments. This work approaches the doctrinal discussion on the reach of the possibility of imposing the capital punishment by means of its exercise, as well as essential requirements and of the procedure which were required.

**KEYWORDS:** Judicial discretion, arbitrary penalties, capital punishment.

### **RÉSUMÉ**

Jusqu'à la codification les juges ont disposé d'un large arbitraire dans la détermination des peines. Ce travail aborde la discussion doctrinale sur l'extension de l'arbitraire judiciaire et de la possibilité d'imposer la peine capitale au travers de son exercice, ainsi que les conditions substantiels et de la procédure qui étaient exigées.

**MOTS CLÉ:** Arbitraire judiciaire, peines arbitraires, peine de mort.

## KURZFASSUNG

Bis zur Kodifikation verfügten die Richter über ein weites Ermessen in der Bestimmung der Strafen. Der Beitrag schneidet die Diskussion in der Lehre über das Ausmaß des richterlichen Ermessens und die Möglichkeit an, die Todesstrafe durch ihre Vollstreckung sowie die materiellen und prozessual erforderlichen Voraussetzungen aufzuerlegen.

**SCHLAGWÖRTER:** Richterliches Ermessen, willkürliche Strafen, Todesstrafe.

La actividad judicial en el ámbito criminal anterior a la Codificación estaba fundamentada en el arbitrio. Una de las cuestiones que plantea su estudio es la determinación del alcance superior en su ejercicio, si la justificación doctrinal tenía su manifestación práctica y si, en caso de admitirse la posibilidad de extender dicho arbitrio hasta la pena capital, correspondía tanto a los jueces inferiores como a los tribunales superiores.

El debate, sobre cuyos orígenes y desarrollo es imprescindible consultar el estudio de Schnapper, se fue forjando a través de la interpretación jurisprudencial de los textos del Derecho romano -leyes *Hodie* (D. 48, 19, 13), *Quid ergo* (D. 3, 2, 13, 7) y *Et si severior* (C 2, 12, 3)- y la afirmación de Inocencio IV de acuerdo con la cual los jueces podían, en la aplicación de las penas, transgredir las leyes<sup>1</sup>. La manifestación extrema de esta cuestión giraba en torno a la posibilidad de imponer el último suplicio al amparo del arbitrio judicial. Es una discusión eminentemente doctrinal, aun cuando tuviera su reflejo práctico.

Se trata de determinar hasta dónde podía llegar el arbitrio de los jueces cuando no hubiere ninguna pena ordinaria expresamente prevista en la ley, en el estatuto o en la costumbre, de un lado; y, también, cuando la norma permitiera la imposición de la pena a través del arbitrio judicial. Aunque otro de los problemas fundamentales era determinar si los jueces, bajo ciertas premisas, podrían sobrepasar o transgredir con causa la punición establecida en las normas. Como resulta casi obvio, existieron juristas propicios a la posibilidad de alcanzar hasta el último suplicio; mientras otros, desde perspectivas y argumentos diferentes se mostraran contrarios a la imposición arbitraria de la muerte natural si no viniera establecida en la norma,

---

<sup>1</sup> Véase Bernard Schnapper, «Les peines arbitraires du XIIIe au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XLII, 1973, pp. 237-277, en concreto pp. 272-276; y su continuación en la misma revista XLII, 1974 pp. 81-112, particularmente pp. 84-86. Además resulta interesante el estudio de Yvonne Bongert, «Le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'Ancien Régime», *Archives de Philosophie du Droit*, XXVII, 1982, pp. 291-347. Asimismo, André Laingui, «Lois, juges et docteurs dans l'Ancien Droit pénal», *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 12 1988, pp. 73-89. Para comprender la configuración del arbitrio es consulta imprescindible Massimo Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1987, en general y concretamente las pp. 217-220 para el tema aquí planteado

entendiendo desde esta postura que a través del arbitrio no debía llegarse, como regla general, a imponer la pena ordinaria<sup>2</sup>. Pero también la mayor parte de los juristas, hasta bien entrado el siglo XVIII, admitieron la posibilidad de imponer penas más graves que las establecidas por Derecho siempre que mediara alguna de las causas, justas causas, que ellos mismos se encargaron de relacionar en sus obras, por lo que la pena corporal establecida para un determinado delito podía llegar a agravarse hasta el último suplicio.

El planteamiento de estas notas girará alrededor de las siguientes cuestiones: posturas en contra y a favor de que el arbitrio judicial pudiera extenderse hasta el último suplicio, lo cual conduce al tema de las excepciones en el primer supuesto y de los requisitos exigidos en el segundo, así como a la aplicación analógica de la pena de muerte tomando como referencia los castigos fijados en otras normas. Respecto de los requisitos trataremos de distinguir entre aquellos que afectan al delito -naturaleza, *iter*, circunstancias y causas de la pena- de aquellos otros que interesan al proceso -plenitud de pruebas, admisibilidad de la apelación y trámite de consulta-, lo cual conducirá a la cuestión de la jerarquía en la administración de justicia a la hora de imponer la pena de muerte. A pesar de la dificultad para deslindar estas características, pues los autores las abordan de forma conjunta, intentaré sistematizarlas en la medida de lo posible.

Castigar a un delincuente con el último suplicio ha debido ser una decisión transcendental en la actividad de cualquier juzgador. Ya P. 7, 1, 26 venía a aleccionar al juez que «la persona de ome es la mas noble cosa del mundo, e por ende dezimos que todo judgador que oviere a conocer de tal pleyto, sobre que pudiesse venir muerte, o perdimiento de miembro, deve poner guarda muy afincadamente, que las pruebas que recibiere sobre tal pleyto que sean leales e verdaderas... de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna». Resulta evidente que ante tan grave decisión era imprescindible que quedara plenamente probada la comisión por el reo del delito enjuiciado mediante pruebas vehementes antes de adoptar tan terrible fallo. De manera que al glosar esta ley, el propio Gregorio López indicaba que cuando se tratara de la vida «iudex multum debet ponderare», pues para evitar daños irreparables debía actuar «cum magna maturitate et deliberatione»<sup>3</sup>. Aunque no dudará en indicar al juez «quod attendi debeat, an qualitas delicti et circumstantia-

<sup>2</sup> Schnapper («Les peines...», p. 272) resumía el problema a través de dos cuestiones: posibilidad de condenar a muerte sin texto o cuando el texto no fijara ninguna pena. Por su parte Laingui («Lois...», pp. 76-77) distinguió tres hipótesis en las que el juez ejercía su poder arbitrario: la pena estaba fijada por una ley escrita, pero el juez la atemperaba según la responsabilidad del culpable y las circunstancias del acto; la ley no fijaba ninguna pena para la infracción cometida, por lo que el juez la determinaba por analogía imponiendo un castigo similar al de un delito semejante; y, en último término, cuando no existiera norma contra un acto que debía ser castigado, si bien este supuesto se presentaba raramente.

<sup>3</sup> Glosa *A muerte* a P. 7, 1, 26. *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el nono nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*, Salamanca, 1555 (ed. fac. Madrid, 1985).

rum sit talis quod de iure communi vel de consuetudine sit poena mortis imponenda et tunc imponi possit, alias non»<sup>4</sup>. La remisión a lo establecido por Derecho común o por la costumbre en la actuación arbitraria del juez la veremos constantemente repetida.

En un ámbito territorial alejado del castellano, la *Consitutio criminalis* de Carlos V estableció en su artículo 104 la prohibición de dictar sentencias de muerte cuando la ley guardara silencio, al disponer que «dans les cas où nois Loix Impériaies n'ordonnent et ne permettent point de condamner à la mort, et pour lesquels notre présente Ordonnance ne prescrit pas non plus aucune sorte de peine capitale, les Loix, dans quelques-uns de ces délits, ne permettront que des punitions corporelles, en sorte que la vie soit conservé aux coupables», añadiendo inmediatamente después que «on observera particulièrement que les Juges ne pourront condamner personne à mort, ou à d'autres peines criminelles, dans les cas pour lesquels notre Ordonnance Impériale ne statue aucune peine capitale, infamante ou corporelle»<sup>5</sup>. Pero a pesar de esta manifestación de defensa legislativa, la posibilidad de que los juzgadores pudieran llegar a disponer la muerte de un delincuente, en uso del arbitrio judicial que tenían reconocido, no sólo tuvo sus repercusiones prácticas sino que fue un debate eminentemente doctrinal a nivel europeo.

Comenzaremos por uno de los autores castellanos de referencia en esta cuestión, partidario, con carácter general, de limitar el arbitrio y en concreto de restringir la posibilidad de llegar hasta su límite superior. Alfonso de Castro sostenía que, cuando las penas se agravaban más lejos de lo que mereciera el delito enjuiciado, tendrían por finalidad no sólo castigar o reprimir sino que servirían de ejemplo al propio delincuente y a los demás<sup>6</sup>. Y entre las causas que provocarían una agravación de las penas se encontraba la frecuencia y la inclinación a cometer los delitos<sup>7</sup>, agregando que del mismo modo «propter similes causas possunt iudices nunc poenas

<sup>4</sup> Gregorio López en la glosa *Escarmentar* a P. 7, 9, 21, ley que permitía al juez fijar el castigo a quien deshonrara a una persona, entendía que la pena era arbitraria y, por tanto, se planteaba la posibilidad de extenderse hasta la muerte. Recoge la opinión de Felino Sandeo, quien «declarat 5 modis, scilicet, et quod requiratur ut possit mortem arbitrari excessus gravis facinoris, et quod procedat in delictis consummatis, non in attentatis, et nisi lex vel statutum committat poenam arbitrio iudicis per verbum moderari vel modificari; et quando datur arbitrium inter poenas a iure concessas, et expressas, non ubi iudici simpliciter datur arbitrium puniendi, vel exagerandi poenas, quia tunc non poterit arbitrari poenas mortis, et nisi limitetur arbitrium, ut non possit mortem arbitrari, vide ibi latius per eum. Vide etiam Decium consil. 100... ubi singulariter intellegit illam glossam in gravi crimine, et quando circumstantiae delicti hoc suadent allegat Baldus... et ibi Ioan de Anania in fin. intellegit etiam quando de tali delicto iam esset solitum arbitrari certam poenam, nam tunc illa est, et non alia, imponenda».

<sup>5</sup> *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé La Caroline, contenant les Loix qui sont suivies dans les Jurisdictions criminelles de l'Empire et à l'usage des Conseils de Guerre des Troupes Suisses*, Maestricht, 1779, pp. 145-146. Véase también el art. 196.

<sup>6</sup> Alfonso de Castro, *De potestate legis poenalis libri duo*, Salamanca, 1550 (ed. fac. Madrid, 1961), f. 46 r.

<sup>7</sup> *Ibidem*, f. 46 r.

ultra delicti mensuram augere, non tamen possunt eas lege perpetua statuere; quia de his, quae raro accidunt, leges non statuuntur»<sup>8</sup>. E inmediatamente plantea el problema del alcance del arbitrio judicial y, por tanto, hasta dónde se podía agravar la pena a través de él. El jurista zamorano parece rechazar esta facultad de imponer la pena capital por el arbitrio judicial, cualquiera que fuera la causa de la agravación penal, salvo para aquellos casos que, de un modo expreso, se desprendieran de las Sagradas Escrituras su permisividad<sup>9</sup>. Incluso, el juez que sentenciara castigando con la pena de muerte estaría pecando contra el quinto mandamiento del Decálogo, «a qua generali prohibitione... solum excipiunt eos, qui auctoritate legis iustae aliquem occiderint»<sup>10</sup>. En su defensa del imperio de la ley rechaza el arbitrio -salvo en supuestos concretos-, puesto que únicamente los legisladores podrían castigar con la pena de muerte aquellos delitos en que por ley natural fuera adecuado<sup>11</sup>.

Aun con todo, en la elección del juez debía pesar lo establecido en la costumbre y con el límite de lo racional, concluyendo que «tunc igitur quando ex arbitrio iudicis pendet punitio, non debet ille rationem excedere, pensatis tamen bene omnibus delicti circumstantiis, praesertim loci, temporis et personae». Mientras que si la determinación de la pena dependiera exclusivamente del juez «possit delinquentem poena capitali punire». A pesar de lo cual, a Alfonso de Castro le agradaba más la opinión negativa, partiendo para fundamentar tal postura de las palabras de Aristóteles de dejar al arbitrio judicial el mínimo posible, y «at mortis supplicium non est inter minima, sed inter maxima computandum. Illud ergo non est iudicis arbitrio reliquendum»<sup>12</sup>.

Para comprender la opinión de Tiraquelo sobre la posibilidad de agravación de la pena es imprescindible acudir a la causa 49 de su conocida obra *De poenis temperandis*. En ella, tras desarrollar los servicios prestados a la república por el acusado o su familia como causa de mitigación de la condena, entra de lleno a desarro-

<sup>8</sup> *Idem*, f. 46r-47.

<sup>9</sup> «Verum hic lectorem admonere decrevi, ut non putet iudicem posse ultra poenam ultra meritum culpae adeo augere, ut morte, quae alias iure non debeatur culpae, possit quacumque etiam causa interviniente, aliquem iuste punire. Quoniam non licet iudici mortis supplicio aliquem punire, nisi in solis illis casibus in quibus ex sacris literis colligi potest, esse illi a Deo concessum. Nam cum solus Deus sit dominus vitae et mortis, solus qui occidere potest et vivificare... Caeteri autem omnes nunquam hoc licite possunt, nisi quando a Deo, qui supremus est dominus, est illis permissum». Incluso califica de tiranos a los príncipes que castigan con la muerte culpas levisimas, en *Idem*, f. 47.

<sup>10</sup> *Idem*, f. 51. Admitía la posibilidad de amenazar con penas graves a quienes cometieran ciertos hechos con la intención tan sólo de atemorizar y no de imponerlas de modo efectivo.

<sup>11</sup> *Idem*, f. 31 r. Afirmará que «in politia mundana nulla lex morte punit aliquem nisi pro gravi principis aut reipublicae offensa, ut est crimen laesae maiestatis, aut crimen haeresis, aut grave furtum, aut homicidium, aut aliquod aliud simile peccatum; ita etiam nulla lex poteri aliquem obligare ad mortem spiritualem, nisi pro re magni momenti, quae scilicet valde Deum aut proximum offendet», *Idem*, f. 36.

<sup>12</sup> *Idem*, ff. 50 r-51.

llar las causas de agravación. Asimismo recoge con matices el principio asentado por Inocencio IV, puesto que según aquel estaba permitido que el juez, en casos excepcionales derivados del horror, atrocidad o gravedad de un crimen, transgredir la ley y, por consiguiente, agravar las penas en ella establecidas. La idea no era nueva, sino que se fue desarrollando desde el Derecho romano como consecuencia de la distinción entre crímenes leves, graves, atroces y atrocísimos y es que, como indica Laingui, a partir de la opinión de Julio Claro, «la gravité relative d'un acte est une question de fait soumise à l'arbitrage du juge: c'est lui qui décidera qu'un homicida, par certains aspects, est devenu crimen atrocissimum, gravissimum, immane, exceptum». La condena debía ser conforme a la mayor gravedad delictiva y, en este supuesto, sería lícito o legítimo -no se trata exactamente de un caso de legalidad- transgredir la ley<sup>13</sup>.

Desde una perspectiva mucho más pragmática, Castillo de Bovadilla elaboró su propia recomendación, al indicar que «no se arroje el juez a condenar a muerte por solo su alvedrio, ampliandole, y no regulandole como deve segun las leyes, pues para estender su alvedrio a imponer pena de muerte, se requiere que el delito sea muy atroz, y se aya consumado, y no de otra manera, segun la comun opinión»<sup>14</sup>. No obstante, Castillo denunciaba que «mediante la dicha clausula, *Sabida la verdad*, se mueven muchos Pesquisidores a traspasar el orden, penas y rigor de las leyes»<sup>15</sup>, puesto que en su opinión esta facultad «se deve entender quanto al sentenciar la causa, y no quanto a sustanciar y justificar el processo, que en esto, aunque el delito sea inorme, no se puede exceder, ni pretermittir el devido orden»<sup>16</sup>. Ante esta posibilidad, manifestaba que los pesquisidores, al ser enviados para proceder «en casos atrozes y dignos de exemplar escarmiento», debían proceder con mucho tiento, justificación, tardos en su imposición y con «freno más que rienda», puesto que lo que estaba en juego era la vida y la honra del hombre, mientras que el delito era del todo irremediable<sup>17</sup>. Acudía para justificar su argumento a dos razones, una legal (P. 7.1.26) y otra filosófica -es mejor dejar de castigar al reo que conde-

<sup>13</sup> Andrea Tiraquelo, *De poenis legum, ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Lyon, 1559, incluida en su *Tractatus varii*, Lugduni, 1581, pp. 421-426 en la edición que manejo. Puede consultarse por *Le «De poenis temperandis» de Tiraqueau (1559)*. Introducción, traducción y notas de André Laingui, París, 1986, la cita en p. 258.

<sup>14</sup> Añadiendo que «no le parezca que la fuga del reo es total injustificacion para condenarle a muerte, conforme a la costumbre general de Italia, y España, y de otras provincias de que hazen mencion Alberico, Antonio Gomez, Claro Cartario, y Farinacio, porque esto, segun la ley Real, se entiende concurriendo demas de la fuga, indicios que basten para tormento», *Política para Corregidores y señores de vassallos*, Amberes, 1750 (ed. facs. Madrid, 1978), tomo I, libro II, cap. 21, n. 190, p. 693.

<sup>15</sup> *Ibidem*, cap. 10, 137, pp. 682, in fine, y 683, agregando que «tambien por una doctrina de Inocencio, comunmente recibida, que en los casos muy atrozes lo permite y aun sin hazer processo, y sin que por la tal transgression pueda el juez ser residenciado».

<sup>16</sup> *Idem*, cap. 21, n. 137, p. 683.

<sup>17</sup> *Idem*, cap. 21, n. 218, p. 699.

nar al inocente-. En su argumentación aparece la excepción: podrían imponer penas de muerte «por la atrocidad del delito y con la decisión de la ley».

Menoquio se mostraba, en principio, contrario a que el arbitrio judicial pudiera extenderse hasta la pena de muerte en caso de duda y regularmente o cuando por Derecho común o por el estatuto no estuviera indicada<sup>18</sup>. Exceptuaba, sin embargo, una serie de supuestos: cuando el delito fuese atroz y consumado<sup>19</sup>, afirmando que la consideración de atroz respecto a un delito vendría determinado por las circunstancias<sup>20</sup>; cuando estuviese otorgado a los magistrados supremos el arbitrio o cuando hubiese sido expresamente concedido<sup>21</sup>; e incluso cuando hubiera sido otorgado expresamente el arbitrio de imponer la pena de muerte, facultad que se podría ejercer o no<sup>22</sup>. A pesar de lo cual también distinguía entre aquellos supuestos en los cuales estuviera detallada por el Derecho común para cierto delito una pena corporal, de aquellos otros en que «a iure communi, statuto vel consuetudine poena non est indicta, et tunc poterit iudex poenam arbitrari, vel ad mortem vel ad aliud genus poenae, secundum qualitatem perpetrati delicti et qualitatem suae personae», lo cual fundamentaba «quia verbum [moderor] hoc casu non significat temperamentum et diminutionem, cum nil praecesserit quod minui possit»<sup>23</sup>.

Uno de los juristas que con más detalle trató la cuestión del alcance del arbitrio judicial fue, sin duda, Farinacio. Al tratar de los delitos y las penas, en el comienzo de su monumental obra, señalaba que «cum causa autem quod iudex possit poenas a legibus inductas non solum minuere, sed etiam pro suo arbitrio augere; et quod hodie omnes poenae iuxta facti et personarum qualitates sint in arbitrio iudicantis»<sup>24</sup>. Y admitido que el juez en uso de su arbitrio puede con causa aumentar y disminuir las penas, surge inmediatamente la duda de si arbitrando puede llegar a

<sup>18</sup> «An iudex iste possit poenam mortis imponere? Et in dubio ac regulariter non posse cum pro delicto a iure communi vel statuto poena mortis non est indicta... iudicem posse usque ad mortem arbitrari, subdit id intelligi in gravi et atroci delicto, quasi intelligat, regulam esse in oppositum», pues la regla básica era que «in dubio mitior poena eligenda est», Jacobo Menoquio, *De arbitrariis iudicium questionibus et causis*, Colonia, 1615, tomo I, quaestio LXXXVI, pp. 96-97, nn. 1-3.

<sup>19</sup> «Ut procedat etiam in crimine atroci, nodum tamen consumatum; nam nec ob illud poenam mortis arbitrari poterit iudex», *Ibidem*, quaestio LXXXVI, p. 97, nn. 4-5.

<sup>20</sup> «Et atrox hoc delictum est iudicandum ex circumstantiis», *Idem*, quaestio LXXXVI, pp. 97-98, n. 20.

<sup>21</sup> «Quando supremo magistratui datum esset arbitrium, nam tunc mortem arbitrarii poterit», *Idem*, quaestio LXXXVI, p. 98, n. 30.

<sup>22</sup> «Quando arbitrium ita datur expresse ut possit, si vult, poenam etiam mortis arbitrari», *Idem*, quaestio LXXXVI, p. 98, n. 31.

<sup>23</sup> *Idem*, quaestio LXXXVI, p. 97, nn. 6-8.

<sup>24</sup> *Praxis et theoriae criminalis. Variarum quaestionum et communium opinionum criminalium*, Venecia, 1603, Partis Primae. Tomus primis, *De delictis et poenis*, quest. 17, n. 7, f. 138 r. Agregando que «regula igitur ex praemissis firma remanet vera et communis, quod in imponendis poenis iudex habet a iure concessum arbitrium illas iuxta delictorum qualitates et circumstantias minuendi, augendi et immutandi», n. 10.

imponer la pena de muerte. Puesto que se muestra favorable a ello, recoge los requisitos exigibles para su aplicación. En el caso de que el delito fuera atroz, «ut ex eius circumstantiis et qualitatibus illud gravantibus», respondía que «hoc enim casu arbitrariam poenam posse usque ad mortem extendi»<sup>25</sup>. Se muestra más explícito al señalar que «volentem poenam arbitrariam posse usque ad mortem extendi praesertim in delicto atrox et qualificato, ut procedat quando tale delictum est perfectum et consumatum; secus si effectus non fuerit sequutus, tunc enim non potest iudex ullo pacto in quocumque etiam atrocissimo crimine poenam mortis arbitrari»<sup>26</sup>.

También Farinacio acudirá al principio de analogía, de manera que «poena arbitraria possit extendi usque ad mortem quando scilicet in simili delicto consuetum est mortis poenam imponi, secus si non sit solitum poenam mortis»; si bien las consecuencias eran diferentes, pues en el primer supuesto lo habitual sería imponer la pena capital, mientras que en el segundo «inique agit et ab eius sententia datur appellatio». Aunque para usar correctamente esta facultad, entendía que «iudicem posse usque ad mortem inclusive poenam arbitrari quando concurrunt qualitates et circumstantiae aggravantes delictum, id sane intelligendum est, ut procedat, quando qualitates et circumstantiae praedictae aggravantes sunt tales ut de iure vel consuetudine pro singulo delicto poenam mortis mereantur, alias secus, ut per praeallegatos Doctores... alias enim dicere quod in arbitrariis pro omni concurrento qualitate aggravante possit mortis poena imponi, esset sine dubio valde absurdum et iniquum»<sup>27</sup>. Tampoco procedería extender el arbitrio hasta el último suplicio cuando por el estatuto o la ley se impidiese al juez infligir la pena de muerte, ni tampoco cuando la norma atribuyese el arbitrio para moderar las penas<sup>28</sup>.

En otra parte de su obra, al tratar los indicios para la tortura, Farinacio sostuvo que «in atrocissimis licitum est iudici iura transgredi, requisitas solemnitates non adhibere et ordo est ordinem non servare», tanto con respecto al castigo como en el procedimiento<sup>29</sup>. Aun cuando entendía que «iudicis arbitrium debet esse non liberum et absolutum, sed iuri et aequitati astrictum» y que el juez «debet arbitrium suum regulare a dispositione legum et a doctrinis approbatis doctorum»<sup>30</sup>. Y más cercano a nosotros, Juan Gutiérrez al tratar sobre la licitud de transgredir el Derecho

<sup>25</sup> *Ibidem*, quest. 17, n. 35, f. 141. Detallando a continuación algún ejemplo sobre injurias reales a oficiales.

<sup>26</sup> *Idem*, quest. 17, n. 48, f. 142.

<sup>27</sup> *Idem*, quest. 17, n. 53, f. 142r.

<sup>28</sup> *Idem*, quest. 17, nn. 55 y 57, ff. 142r y 143.

<sup>29</sup> *Praxis et theoricæ criminalis*, Partis Primæ, Tomus secundus, *De inditiis et tortura*, quest. 37, n. 86, f. 113r.

<sup>30</sup> *Ibidem*, quest. 37, nn. 193 y 199, f. 121 r. Sobre las fuentes jurídicas en materia criminal durante el Antiguo Régimen, Laingui, «Juges...», pp. 80-88. Además, y de acuerdo con la mención de Farinacio, para el historiador francés «la doctrine a construit tout le droit pénal en conférant un caractère systématique et complet aux apports successifs, épars ou informels du droit savant et des ordonnances... La force créatrice de la doctrine est telle qu'elle "s'incorpore" véritablement au droit».

en los delitos atrocísimos concluye, siguiendo la opinión de Inocencio IV, que «in atrocissimus delictis licitum est iura transgredi»<sup>31</sup>.

A pesar tales opiniones, Diego Pérez de Salamanca se manifestaba contrario, con carácter general, a la aplicación de la pena de muerte en el ejercicio del arbitrio judicial, lo que plasmó en una larga glosa al título de los denuestos e injurias, es decir en el título noveno del libro octavo de las Ordenanzas Reales de Castilla. Si para castigar la injuria se impusiera habitualmente una pena, por ella debería optar; mientras que si ni la ley ni la costumbre la establecieran quedaría al arbitrio del juez valorar la injuria proferida, siendo precisamente en este caso cuando surgía la duda sobre el alcance máximo del arbitrio. El juez debería considerar la cualidad y gravedad del delito optando por el criterio de la analogía a través del principio *similibus ad similia* -que no necesariamente debe equipararse al precedente- actuando según lo acostumbrado y «non se ultra extendendo poterit propter atrocitatem criminis seu delicti imponere poenam etiam corporalem et mortis», aun cuando debería tener presente la cualidad del delito y de la causa. Y al contrario, cuando ni por ley ni costumbre fuera habitual imponer la pena de muerte en casos semejantes, «tunc extraordinaria, citra poenam mortis esset imponenda et mitior... nam poena arbitraria seu extraordinaria non debet esse mortis», a pesar de que podría castigarse con ella cuando lo aconsejaran la gravedad del crimen y las circunstancias del delito. En cualquier supuesto quedaban exceptuados de tal limitación normativa el monarca y sus *consilarii supremi*, quienes con causa y por la gravedad del delito podrían agravar la pena establecida por la ley o la costumbre. Si el juez hubiera vulnerado los criterios señalados, quedaría abierta la posibilidad de apelar<sup>32</sup>.

Por tanto, Pérez de Salamanca, con remisiones a otros autores, defendía que era preciso atenerse a lo que fuera habitual cuando la aplicación de la pena se hubiera dejado al arbitrio del juez, debiendo imponerse en este supuesto como regla general penas inferiores a la capital y ateniéndose a la equidad, salvo que concurrieran tales circunstancias en el delito -«tales erant circumstantiae delicti»- que viniera impuesta la pena de muerte por Derecho común o por costumbre, «quia ex gravitate delicti licitum est poenam aggravari». Pero matizando en parte lo que había dejado sentado, en lo arbitrario el juez no sólo debía actuar con equidad sino que «ubi iudex habet arbitrium in poenis imponendis, posset se extendere usque ad finem mortis, de quae supra late sum memor dixisse, sed nunc dic, sententiam illius procedere»<sup>33</sup>. La finalidad buscada era mucho más interesante, pues entendía que las

<sup>31</sup> *Praxis criminalis civilis et canonica in librum octavum novae recopilationis regiae, sive Practicarum quaestionum criminalium, tractio nova*, Lyon, 1660, pp. 361-362, n. 51.

<sup>32</sup> *Commentaria in quator posteriores libros Ordinationum Regni Castellae*, Salamanca, 1609, tomo III, glosa al tit. 9, lib. 8, pp. 217-218: «Et est notandum ad leges, quae dant in causis criminalibus arbitrium procedendi in impositione poenae, ut advertant circumstantis, et atrocitatem delicti, et alia, de quibus supra, ne faciant iniuriam partibus, quae ex tali arbitrio iniquo possunt ad superiorem appellare». El principio romano de analogía en D. 1, 3 12.

penas serían condignas a la calidad del delito cuando «poena est conmesuranda delicto a lege seu ab eius ministro quando lege non invenitur expressa vel si invenitur ex causa manet in iudicis arbitrio poenam modificare vel aggravare». A su juicio, «videtur quod sic hanc legem (OO.RR. 8, 19, 48), cum dicat quod consideratis considerandis iudex imponat poenam condignam secundum qualitatem delicti, ergo usque ad ultimum supplicium si condigna esset», fundamentándolo con ejemplos, aunque reconocía que «si bene ponderetur et amplius quam semel vidi in practica»<sup>34</sup>.

Alonso de Villadiego aconsejaba a los corregidores que en su actuación arbitraría no pusieran la pena ordinaria sino la más leve, salvo cuando se tratara de un asunto grave y atroz. Y, repitiendo lo manifestado por Castillo de Bovadilla respecto al límite del arbitrio judicial, apuntaba que si bien podría llegar hasta la pena capital cuando se tratara de delitos atroces y consumados, lo más conveniente sería otorgar la apelación o consultar al superior: «aunque es verdad que en lo arbitrario se puede estender el alvedrio, hasta imponer pena de muerte, siendo muy atroz el delito, y consumado; pero en este tal caso, lo mas seguro es, otorgar la apelacion: y así se debe hazer». Luego si bien acepta que el arbitrio judicial comprendía hasta la pena de muerte, reduce su aplicación a delitos consumados<sup>35</sup>, atroces y, aun con todo, intentando que se manifestaran los órganos judiciales superiores por la vía de la apelación o mediante el trámite de consulta. Además, como lo que afirma va referido a los corregidores, parece deducirse que estos podían llegar a imponer arbitrariamente la pena capital cuando se cumplieran las condiciones citadas; mientras que los tribunales superiores podrían hacerlo sin mayores requisitos.

Al tratar la cuestión de la pluralidad de delitos, o lo que en los documentos procedentes de la Real Audiencia de Galicia se denomina *delito sobre delito* y en la codificación concurso de delitos, Matheu determina las notas características sobre el alcance del arbitrio<sup>36</sup>. Para él, se había discutido y explicado esta cuestión por numerosos juristas, sin que se hubieran aportado soluciones unívocas, lo que con-

<sup>33</sup> *Ibidem*, 8, 16, 1, glosa *Algun robo*, p. 320: «Greg. Lopez in l. 11, in glos. 3 quem etiam videas in glo. fin. titu. 9, part. 5 ex qua l. partitae habes, quod isti raptores propter dolum sunt puniendi, corporaliter iudicis arbitrio, et intelligas quod isto casu non poterit imponi poena mortis, si non consuetudine recepta quanvis habeat arbitrium a lege, et idem in aliis delictis, quibus est poena arbitraria, probatur ex glo. in l. sacrilegii 2, in princi. versic. considerandum ff. ad l. Iuliam pecula. quae sentit quod poena extraordinaria seu arbitraria, non sit poena mortis et voluit idem Oldarl... quod ubi poena venit imponenda arbitrio iudicis non debet imponi ordinaria, sed mitior et dicit Ioan Andr... quod in his quae sunt commissa arbitrio iudicis debet ipse iudex servare aequitatem».

<sup>34</sup> *Idem*, 8, 19, 48, glosa *Impongan pena condigna a la qualidad del delicto*, p. 395-396.

<sup>35</sup> «En los delitos en que se castiga solo el conato, en lo arbitrario no se dará pena de muerte», *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1720, p. 242, n. 35.

<sup>36</sup> En concreto, Lorenzo Matheu, *Tractatus de re criminali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Madrid, 1776, contr. 24, nn. 2-28, pp. 117-120, al tratar la pluralidad de delitos cometidos por un delincuente incorregible y si por esta causa podría extenderse la facultad del arbitrio del juez hasta la pena capital. Sobre el alcance del arbitrio con relación al *iter criminis*, contr. 13, nn. 4-5, pp. 70-71.

vertía este asunto en un problema arduo<sup>37</sup>. De entre todas ellas destaca, por ejemplo, la que trataba de conciliar las posturas sobre la admisibilidad de llegar hasta la pena capital o no: «prima opinio procedit in criminibus gravioribus; secunda vero in delictis levibus»<sup>38</sup>.

Como ha quedado apuntado, uno de los principales requisitos para llegar a imponer el último suplicio dependía del iter criminal. Una de las afirmaciones más repetidas por parte de los juristas fue la necesidad de que el delito estuviera consumado o fuera perfecto para poder extender el arbitrio hasta el último suplicio. En este sentido, Tiraquelo manifestaba que «in arbitriis mitius punitur, qui attentavit quam qui perfecit, scilicet extra ordinem iudicantis arbitrio», si bien agrega, tomando en consideración la opinión de Baldo, que «voluit iudicem posse extendere arbitrium usque ad poenam mortis, ut videlicet in delictis consumatis, non etiam in attentatis solum»<sup>39</sup>.

Sobre esta cuestión también se expresaría Castillo de Bovadilla, para quien en los delitos en que se castigara el intento y el conato no se impondría la pena capital; aunque en caso de delito consumado muy atroz y calificado no parece que hubiera inconveniente en llegar hasta la muerte<sup>40</sup>. Por su parte, Menoquio matizaba la punición del conato a través del arbitrio judicial puesto que distinguía dos supuestos diferentes: cuando la ley o la costumbre no castigaran el conato, *regulariter* no se castigaba con la pena capital y en este caso no podía arbitrarse hasta ella; mientras que cuando la norma castigara un delito con la pena de muerte se entendía que debía ser consumado, pero en este segundo caso sí que el juez podría sancionar el conato con el último suplicio por Derecho común<sup>41</sup>.

Además, la práctica totalidad de los autores entendió que la capacidad del juez en la delimitación de la gravedad del delito y la fijación de su pena, hasta llegar a imponer el último suplicio, era muy amplia en dos ámbitos delictivos concretos: las injurias, fundamentalmente reales, y los hurtos. Una de las opiniones más respetadas y repetidas fue la de Antonio Gómez, en la que prevalece el criterio de la analogía. En su obra, al tratar la punición de las injurias, admitía que «in hoc delicto iniuriae, vel quolibet alio, in quo poena non est a iure determinata, poteri iudex imponere poenam arbitrariam, ut possit illam extendere usque ad mortem», si bien «iudex in arbitrariis semper se refere ad id quod fieri solet». Además mantenía que

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, contr. 24, nn. 3-4, p. 117.

<sup>38</sup> *Ibidem*, contr. 24, n. 6, p. 118.

<sup>39</sup> *De poenis legum, ac consuetudinum, statutorumque temperandis*, causa 39, n. 2, p. 402; y *Le «De poenis temperandis» de Tiraqueau*, p. 215.

<sup>40</sup> «En los delitos en que se castiga el intento y conato, en lo arbitrario no se da pena de muerte: pero bien puede estenderse el alvedrio hasta imponer pena de muerte, segun Acurso, y la comun opinion, en caso que el delito fuesse muy atroz y calificado, y consumado», en *Política*, libro II, cap. 10, n. 22, pp. 314-315.

<sup>41</sup> *De arbitrariis iudicium...*, tomo I, quaestio LXXXVI, nn. 4-5, p. 97.

existían dos casos en los cuales el juez podría extender su arbitrio hasta la muerte sin duda: «primus est attenta qualitate alicuius gravissimi facti... Secundus est casus, quando pro simili delicto commiso solet dari et imponi in illo loco poena mortis»<sup>42</sup>. A pesar de tal afirmación, del mismo modo reconoce que en el delito de injuria y en otros castigados con pena arbitraria «regulariter imponitur poena relegationis»<sup>43</sup>.

Alfonso de Acevedo, con respecto a la injuria, entendía que podía presentar tan variados grados que la pena debía quedar al arbitrio del juez y, puesto que las opiniones sobre su límite eran contradictorias, creía que sólo en los delitos graves podía llegarse hasta la muerte<sup>44</sup>. En el otro ámbito delictivo, el de los hurtos, los jueces debían poder considerar las calidades de los mismos y valorarlas para fijar la pena condigna al delito, y recogiendo lo manifestado por juristas que le precedieron, aunque con la consabida salvedad a la regla general: «qui tamen asserunt ex qualitate loci, et modo furandi, et aliis circumstantiis arbitrium hoc extendi posse usque ad mortem, et ex lege sequente, id colligitur, quae disponit, quod ubi poterit poena mortis evitari, eviteratur imponendo poena de qua ibi, ubi autem id commune non poterit fieri, non est mutanda poena ordinaria, et l. 4 et 6, titul. 24 isto lib.».

Si bien existían autores que referían «plures casus ubi fures non suspenduntur» y otros que lo mantenían para el hurto simple<sup>45</sup>.

Sobre este ámbito delictivo, Alfonso de Castro, al interpretar las opiniones de otros autores acerca de la punición del hurto, distinguía entre sus diferentes clases, de manera que por el simple y mero hurto, «quod nullam habet circumstantiam notabiliter aggravantem», ninguno debía ser castigado con la muerte; mientras que «magnitudo rei furtivae etsi non mutet speciem furti, illud tamen eo magis aggravat, quo maioris valoris et aestimationis est res furtiva. Idem faciunt furti frequentia, dignitatis etiam loco, in quo commissum est furtum, et magna rei furtivae necessitatis, etsi quae aliae similes circumstantiae furto contingere possunt. Furtum quod aliqua ex his circumstantiis vestitur, non simplex nec solum furtum dicitur, sed furtum cum homicidio, aut cum incorrigibilitate, aut cum contumacia, aut cum con-

<sup>42</sup> Antonio Gómez, *Variae resolutiones Iuris civilis, communis et regii, tomis tribus distinctae, Editio novissima, Cui praeter Annotationes Emanuelis Soares a Ribeira, accesserunt Illustrationes, sive Additiones Joannis de Ayllon Laynez in fine cuiusque Capituli appositae, cum Indice generali*, Madrid, 1794, tomo III, cap. 6, n. 8, pp. 190-191; y, en la *Additio* a este capítulo 6, n. 9, p. 199 realizada por Ayllón, éste defendía que «poenam arbitrariam hoc casu, et similibus posse extendi usque ad mortem, si gravitas delicti hoc petat, et consuetudo loci».

<sup>43</sup> *Ibidem*, cap. 8, n. 1, p. 203.

<sup>44</sup> *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Amberes, 1618, tomo V, lib. 8, glosa al título 10, p. 178, nn. 62-65, manifiesta que debido a los diferentes grados de la injuria «ex arbitrio iudicis pendent, sicut et poena, nam ratione dictarum qualitatum potest poena esse minor, vel maior, sive iniuria sit in facto, vel in verbis... ego credo quod regulariter est arbitraria», recogiendo la opinión de Pérez de Salamanca ya referida.

<sup>45</sup> *Ibidem*, tomo V, p. 209, nn. 78-79.

tenptu et irreverentia loci sive personae. Et propter has circunstancias adiunctas, poterunt poenae augeri usque ad membri abscisionem, imo etiam usque mortem iuxta circumstantiae gravitatem»<sup>46</sup>. Con argumentos similares y exigencias añadidas, Juan Gutiérrez también se declaraba partidario de llegar a imponer la pena capital en los cualificados, «sed nec hoc in ea sententia sufficeret, nisi qualitas aggravans esset expressa in iure pro sufficienti ad poenam mortis furi imponendam »<sup>47</sup>.

Pero no sólo quedaba centrada la cuestión que nos interesa estrictamente en los delitos sino también sobre las penas. Para Castillo de Bovadilla no era lícito, sobre todo a los jueces inferiores, «traspasar las leyes de una especie de pena, a otra, como de la pena civil a la corporal, y de la corporal de cortar la mano, a la capital»<sup>48</sup>. En la misma línea, según Farinacio tampoco procedería extender el arbitrio hasta la pena de muerte cuando por ley o estatuto estuviera impuesta para aquel delito cierta pena pecuniaria, entendiendo que «ista poena iudicis arbitrio remissa non potest se extendi ad mortem, quae est multum dissimilis a poena pecuniaria»<sup>49</sup>. Incluso llega más lejos al distinguir las diferentes modalidades de la pena de muerte, al sostener que cuando estuviera permitido al juez conmutar la pena de muerte ordinaria (léase natural) en otra menor, no podría imponer otra pena de muerte (civil), sino que debería optar por la pecuniaria, el destierro, la cárcel u otras a su arbitrio «dummodo non sit corporis afflictiva»<sup>50</sup>.

En su obra Matheu se muestra partidario de que, interviniendo el arbitrio, el juez no llegara hasta la pena de muerte natural, sino que se acudiera al principio de benignidad y optara por la pena de muerte civil<sup>51</sup>, cuando no se encontrara expresión clara acerca de esta pena<sup>52</sup>. En este sentido manifiesta que la pena capital prevista por los textos romanos «non de poena mortis naturalis, sed de alia mitiori, civili morte nempe, intelligenda est, quia cum in poenalibus mitior interpretatio sumenda sit... dummodo in lege vel statuto non reperiat expressio clara poena ultimi vel accerbissimi supplicii, semper de civili intelligenda sunt iura». Si bien sostuvo que «ex qualitatibus aggravantibus poena etiam exacerbantur usque ad mortem iuxta»<sup>53</sup>.

<sup>46</sup> *De potestate...*, ff. 48r-49.

<sup>47</sup> *Praxis criminalis...*, p. 362, n. 56, siguiendo la opinión de Bernardo Díaz, «qui eam sequitur dicens quod ab hac magis communi et veriori opinione non auderet recedere, nisi ultra magnitudinem rei furatae aliae qualitates crimen aggravantes intervenissent...» E interpretando la ley 8 del título dedicado a los hurtos en la Recopilación, en concreto sobre la conmutación, concluía que «si in furtis qualificatis hoc licet, a fortiori in furto magno non qualificato, licet pro eo esset alias imponenda poena mortis».

<sup>48</sup> *Política...*, libro II, cap. 21, n. 141, p. 684.

<sup>49</sup> *Praxis et theoricarum criminalis, De delictis et poenis*, quest. 17, n. 50, f. 142.

<sup>50</sup> *Ibidem*, quest. 17, n. 72, f. 144.

<sup>51</sup> Partida 4, 18, 2. Véase Antonio Manuel Hespanha, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, p. 225, acerca de las opiniones sobre preferir la muerte civil a la natural en Portugal.

<sup>52</sup> Al tratar sobre las fugas de presos en *Tractatus de re criminali...*, contr. 17, nn. 4-5, p. 81.

<sup>53</sup> *Ibidem*, contr. 17, n. 40, p. 84.

Pero al mismo tiempo planteaba la cuestión desde otro ángulo práctico: si correspondiera a un delito una pena que supusiera la de muerte civil su agravación sólo podría ser el último suplicio<sup>54</sup>. La conclusión en la que desemboca es que si bien el arbitrio podía extenderse hasta la pena capital, «tamen in praxi numquam receptam reperiri, ut testantur Clarus, Grammat et Carrera ab eo relati, ob quod securius esse profitetur ut mitius puniatur»<sup>55</sup>.

Otra cuestión, si se quiere menor, pero también abordada por los juristas castellanos como Castillo de Bovadilla, fue la que incidía sobre su forma de ejecución para facilitar una «mejor muerte»<sup>56</sup>. Para Villadiego, en esta línea, también el arbitrio se extendía también a la gracia de «mejor muerte»<sup>57</sup>.

Debido a la transcendencia y repercusiones que la imposición y ejecución de una pena de muerte conllevaba, se introdujo la posibilidad -con posterioridad, obligación- de que los jueces inferiores establecieran los mecanismos procesales para que la decisión última correspondiera a un órgano colegiado. A este respecto, Castillo de Bovadilla señalaba una recomendación complementaria: elevar la consulta de la resolución al tribunal superior. Trámite que en la segunda mitad del siglo XVI parece que se fue consolidando en diferentes territorios europeos, lo cual permitía al juez inferior poder imponer la pena capital pero indicándole, por la gravedad de la decisión, que facilitara la apelación y, sobre todo, consultar a los magistrados superiores<sup>58</sup>. Dentro de este marco se extiende sobre la templanza que debían tener los

<sup>54</sup> Expone el siguiente ejemplo: «Neque dici poterat arbitrium concessum per dictas leges non loqui de poena capitali. Nam per dict. lege fin. (se refiere a la última ley del título 22 del libro 4 de la Recopilación) imposita poena ignominiosa et trirremium per octo annos reperitur, quae quidem mors civilis est; quare extensio non potest verificari, nisi mors naturalis inferatur», en *Idem*, contr. 24, nn. 10-12, p. 118.

<sup>55</sup> *Idem*, contr. 24, 2-28, pp. 117-120.

<sup>56</sup> Agregando que «si la ley pone pena de horca, no puede el juez condenar a degollar, pero no asignando específico género de muerte, puede arbitrar si ha de ser de horca, o de fuego, o degollar, porque puede hazer gracia, no de la vida, sino de mejor muerto, como le dictare la equidad, segun la dignidad, o edad de la persona, o otras circunstancias del delito», *Política...*, libro II, cap. 10, nn. 30-31, p. 316.

<sup>57</sup> *Instrucción política...*, p. 242, n. 38.

<sup>58</sup> «Pero esto yo no lo aconsejo a los jueces inferiores el día de oy, por lo que traen Carrerio Regio, Menochio, Julio Claro y otros, que llaman mas segura y comun la contraria opinion, y que se deve en este caso otorgar la apelacion; y por no lo hazer assi, he visto muy ruines sucessos a juezes, en especial en estos dias, que los señores del Consejo por esto embiaron a galeras por remero un juez hijodalfo; y assi soy de parecer en lo arbitrario no execute pena de muerte, ni en lo que traspasase el rigor de la ley... y aunque el reo estuviesse convicto y confesso, miraria mucho, y aun dudaria de la tal execucion sin consulta de los superiores», *Política*, libro II, cap. 10, n. 22, p. 314. Debiendo proceder y juzgar, en estos casos no regulados, bien informado, por traza de juicio legal, por equidad y derecho, nunca por su cerebro y antojo, en n. 27, *Ibidem*. Con posterioridad completará esta visión al decir que, «aunque es verdad que de rigor de Derecho el juez inferior puede con causa alterar la ley, usando de prudencia, y de la equidad y epiqueya, de que el legislador usara, y que en quanto a esto, tan ministro de la justicia es el Inferior como el Superior, y aunque veo que esta opinion es mas aprovada de los

jueces en la imposición de la pena capital, ratificando la conveniencia de la apelación, entre otras razones, «para que vista su causa por mas ojos fuese sustanciada por terminos no momentaneos y la execución de la pena mas bien discernida». Es decir, que la imposición de la pena de muerte quedara, en último término, no en el arbitrio del juez sino en la valoración de un órgano colegiado, de un tribunal «con mas votos y deliberacion». Incluso apoyaba esta argumentación en otra razón pragmática: las veces que los jueces fueron castigados por los tribunales como consecuencia de no haber otorgado la apelación, «y de los contrario nunca o poco reprehendidos»<sup>59</sup>.

Próspero Farinacio, también se encargó de agregar a los condicionantes anteriores, la distinción, que también incluirán algunos autores castellanos, entre el arbitrio concedido a los magistrados y tribunales superiores frente a las limitaciones impuestas a los inferiores. En este sentido, «arbitrium intelligatur datum secundum dignitatem eius cui conceditur, ideo iudicem inferiorem non posse isto casu poenam mortis arbitrari, cum nec etiam possit bonorum confiscationem seu aliam corporalem poenam, quod est minus, imponere» y, con citas de otros juristas concluye que esta posibilidad tendría lugar cuando se concediera al juez un libre y absoluto arbitrio, pues en este caso no cabía duda de que podría llegar a imponer la pena capital<sup>60</sup>. Incluso Villadiego era tajante, pues indicaba al juez que «en ninguna manera en lo arbitrario executar pena de muerte, aunque el reo esté convicto, y confieso, a lo menos sin consultar primero al superior»<sup>61</sup>.

Acevedo, recogiendo la doctrina de Inocencio IV también defendería que «ob enormitaten criminis licet iura transgredi... ubi intelligit in iudicibus supremis, secus in ordinariis, qui tenentur leges ad unguem servate»<sup>62</sup>. Asunto del que también se hará eco Matheu al plantear si cualquier juez podía llevar el arbitrio hasta la pena de muerte, admitiendo que la opinión general se decantaba porque los superiores podían alcanzar dicho límite, mientras que los inferiores únicamente si el delito fuera atroz<sup>63</sup>. Esta postura venía completada con las opiniones que él mismo enumeró y, a partir de los hechos que describió, afirmó que «quibus positus dubitabile non videtur, arbitrium extendi posse quoad hunc reum usque ad poenam mortis,

autores destos Reynos, y de fuera dellos, pero por lo que he visto suceder a otros ante los tribunales Superiores, y practicado yo mismo en estos casos, a consejo al Corregidor, y al Pesquisidor, que no se arrojen a traspasar el rigor de las leyes, a lo menos para lo que es executar el caso no decidido por ley, sino arbitrario, aunque el delito les parezca extraordinario, y agravada, y justificada la causa de su motivo para executar, sin que primero lo consulte a los superiores, o otorgue la apelacion al delinquente, aunque estuviese convicto, y confieso», *Idem*, II, cap. 21, nn. 142-146, pp. 684-685.

<sup>59</sup> *Idem*, cap. 21, nn. 219-222, p. 700-701.

<sup>60</sup> *Praxis et theoricae criminalis, De delictis et poenis*, quest. 17, n. 58, f. 143.

<sup>61</sup> *Instrucción política...*, p. 242, n. 35.

<sup>62</sup> *Commentariorum...*, tomo V, p. 374, n. 18

<sup>63</sup> *Tractatus de re criminali...*, contr. 24, nn. 7-9, p. 118: «Quod pariter procedit in supremis iudicibus nomine Principis iudicantibus, quibus datum est arbitrium mortis poenam imponere posse... cum lici-

quia de suprema iurisdictione Aulae in criminalibus dubitari non potest», y muchos menos si los delitos por los que el delincuente hubiera sido juzgado fueran «in quibus leges nostrae arbitrium committunt iudicibus extendi poenam prout qualitates facti expostulant»<sup>64</sup>.

La situación hasta aquí descrita, de predominio del arbitrio judicial frente a la legalidad de la pena de muerte, cambió en el siglo XVIII. En concreto, desde los años centrales de dicha centuria la tendencia de la literatura jurídica se muestra abiertamente contraria a que los jueces inferiores puedan, en el ejercicio de su arbitrio, imponer la pena de muerte si no estuviera expresamente prevista en la legislación real<sup>65</sup>. Aunque no puede desconocerse que, de conformidad con la tradición jurídica precedente y al menos en algunos territorios de la Corona de Castilla, los juzgadores no extendían su arbitrio hasta la pena de muerte natural, pues el principio asentado en la jurisprudencia era la inclinación hacia la mitigación del castigo legal, la moderación del rigor del Derecho, salvo en contadas excepciones. La idea no era nueva, ya la habían defendido muchos juristas en los siglos anteriores, pero ahora se resalta como una exigencia útil de la política criminal que verá su reflejo en obras como las de Beccaria y parcialmente en las disposiciones de los primeros códigos europeos.

Creo que en estos términos de defensa de la legalidad se puede comprender mejor la Pragmática de 12 de marzo de 1771, de la cual interesa un pasaje muy interesante sobre la actividad arbitraria de jueces y tribunales:

«Y para que no se haga un uso perjudicial a las saludables providencias que van tomadas, entendiéndose tal vez que por la subrogacion de la pena de arsenales en lugar de la de galeras pueden continuar los Jueces en el arbitrio de conmutar con aquella otras penas mayores, dexando de aplicar la capital en muchos casos correspondientes, y cortar de raiz todos los principios introducidos, ya sea por una piedad mal entendida, o por una intempestiva y abusiva inteligencia de algunas leyes del Reyno, que ocasionadas sin duda de temporal urgencia, se han traído despues a una perpetua y dañosa practica; mando asimismo a todos los Jueces y Tribunales con el mas serio encargo, que a los reos por cuyos delitos, segun la expresion literal o equivalencia de la razon de las leyes penales del Reyno, corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni de una remision arbitraria: declarando como declaro ser mi Real intencion, que no pueda servir de pretexto, ni traerse a conseqüencia para

tum eis sit ex causa leges transgredi... Secus vero in magistratu ordinario et inferiore, quem usque ad mortem arbitrium extendere non posse... Quia inferior in poenis arbitriis dispositionem iuris omni adhibitio moderamine sequi debet... Nisi delictum ita atrox sit, ut morte dignum videtur, nam tunc consulto Principie poterit poenam mortis imponere, ut est de mente omnium Doctorum. Quod requisitum atrocitatis quoad omnes requiritur».

<sup>64</sup> *Ibidem*, contr. 24, nn. 10-12, p. 118.

<sup>65</sup> Vid. Bongert, «Le juste...», p. 320.

la conmutacion ni minoracion de penas la ley segunda, ni lo prevenido en la ley sexta de este título<sup>66</sup>... y asimismo declaro, que sin embargo de estas leyes y otras correlativas providencias, y de qualquier práctica fundada en ellas, es mi voluntad que se haga cumplimiento de justicia segun la natural calidad de los delitos y casos, sin dar lugar a abusos perjudiciales a la vindicta pública y á la seguridad, que conforme a la nativa institucion de las leyes deben gozar los buenos en sus personas y bienes por el sangriento exemplo y público castigo de los malos»<sup>67</sup>.

Y aunque ya he expuesto mi interpretación sobre este párrafo en otro lugar, me vuelvo a ratificar en lo ya afirmado. Una lectura meditada conduce a sostener que la pena de muerte no se aplicaba con tanto rigor como ha defendido un sector de la historiografía<sup>68</sup>, ya que los jueces y tribunales sólo debían aplicarla con los requisitos detallados por la jurisprudencia doctrinal, pues la falta de alguno de ellos -consumación, atrocidad, incorregibilidad, pruebas vehementes- favorecía que se inclinaran hacia la mitigación, aun cuando esas penas inferiores a la capital tuvieran la consideración de muerte civil, por ejemplo; y al contrario, se impondría cuando fuera conveniente a la política criminal del territorio representar el triunfo del monarca y su Derecho frente al delito y su autor. Ello implica una consecuencia directa e inmediata: el arbitrio judicial había moderado las penas, incluida la de muerte, a través de diversos medios -el texto transcrito menciona algunos, como la interpretación o la permanencia secular de disposiciones dictadas en otras circunstancias, pero favorables al reo- al margen de lo previsto en la legislación y de forma paralela a las propuestas recogidas por la jurisprudencia doctrinal en sus obras. Es el propio rey -*lex animata*- quien denuncia la falta de aplicación de la pena capital como consecuencia o de un hábito generalizado por parte de los juzgadores, o bien de no haberse ejecutado con respecto a algún caso destacado y de gran repercusión. El monarca está declarando el imperio de la ley (lo cual hace plantear matices acerca de la benignidad de las disposiciones penales de Carlos III) y opta abiertamente por que los jueces se limiten a juzgar aplicando la ley. Parece situarnos, por tanto, en la antesala del legalismo constitucional frente al judicialismo del Antiguo Régimen.

---

<sup>66</sup> Se refiere a la conmutación de las penas ordinarias de los delitos por la del servicio de galeras prevista en las Pragmáticas de 25 de noviembre de 1552 y 3 de mayo de 1566; y, a la conmutación de la pena de muerte en servicio de galeras prevista en la Pragmática de 13 de octubre de 1639. Téngase presente también la Real Orden de 18 de octubre de 1749.

<sup>67</sup> Novísima 12, 40, 7. Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, pp. 164-188. Resulta extraño que no explicara cómo era la práctica de los tribunales en este punto, su mayor o menor aplicación, así como los criterios que aplicaba desde su condición de ministro de un alto tribunal del reino, limitándose a exponer juicios teóricos.

<sup>68</sup> Por todos, Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, 1992, pp. 355 y 359, afirmaciones matizadas en p. 360.

De igual manera es de sobra conocida la postura de Manuel de Lardizábal acerca de la necesidad de mantener la pena de muerte. Reservaba su imposición «precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y necesaria»<sup>69</sup>, debiendo imponerse «con mucha circunspección y prudencia», como un remedio ineludible para la sociedad<sup>70</sup> y bien mismo de ella<sup>71</sup>.

En esta línea, Vizcaíno Pérez se oponía a que el arbitrio del juez pudiera llegar a alcanzar hasta la pena de muerte, pues «siendo propio y peculiar de la Magestad Real el derecho y jurisdiccion de vida y muerte con justicia sobre sus vasallos, nunca debe entenderse delegada en los Jueces, ni otra persona alguna por los privilegios, o concesiones generales que el Príncipe conceda, a no hacer especial, e individua mencion de ella». En su argumentación pesaba su rechazo a las opiniones de juristas anteriores que permitían extender el arbitrio en los casos de tercer hurto simple hasta la pena capital: «porque se ha de regular la pena con proporcion a la malicia, ánimo y meditacion, que intervino en la culpa, no por el valor de la cosa hurtada. ¡O quantos habran padecido en el patíbulo por tres o mas hurtos simples por adherirse a los autores, que como el Antonio Gomez llevan la errada opinion de que por el tercer hurto pueden extender los Jueces su arbitrio hasta la pena capital, siendo esta opinion contra la mente e intencion de los Reyes, que establecieron las Leyes, que dexamos citadas sobre los hurtos simples! De aquí pueden inferir los que hayan de juzgar en las causas criminales lo arriesgado que es a la conciencia y a la humanidad del próximo seguir las opiniones de los Autores, y no consultar las Leyes de nuestros Soberanos y ceñirse a su letra y a su espíritu»<sup>72</sup>. De sus argumentos extraía como conclusión que «para imponer a alguno la pena de muerte, es necesario que el acusado haya incurrido y quebrantado la Ley con aquella qualidad o circunstancia que la Ley Real haya señalado para incurrir en tal pena, o que antes la haya establecido y publicado por bando ú orden aquel a quien el Rey haya dado autoridad de hacer Leyes»<sup>73</sup>.

Al intentar realizar una síntesis de lo expuesto por la literatura jurídica de los siglos XVI a XVIII, fundamentalmente castellana, puede comprobarse que se han defendido dos posturas que, en realidad, se pueden reconducir a una: el arbitrio judicial podía extender hasta la imposición de la pena de muerte. Para quienes defendían esta facultad abiertamente los argumentos se centran en la atrocidad o gravedad de los delitos cometidos, la concurrencia de circunstancias, su reiteración y consiguiente incorregibilidad del delincuente y en la propia legislación, que en algunas

---

<sup>69</sup> Sobre la evolución de lo justo a lo útil en el campo penal, Bongert, «Le juste...», ya citado.

<sup>70</sup> *Discurso...*, De la pena capital, § II, 4, p 166.

<sup>71</sup> *Ibidem*, § II, 20, p.185.

<sup>72</sup> Vicente Vizcaíno Pérez, *Código y práctica criminal arreglada a las Leyes de España que para direccion de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales...*, Madrid, 1797, tomo I, pp. 312-316.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 321-322.

ocasiones dejaba abierta la posibilidad de imponer penas más graves de las ordinarias. Pero para quienes no la admitían con carácter general, bien porque entendieran que el derecho de vida y muerte sólo pertenecía al rey, bien por aplicación del principio de imposición de pena más benigna u otros razonamientos similares, se dejaba la puerta abierta en los supuestos excepcionales de una comisión delictiva consumada o perfecta (como exigen la totalidad de los juristas)<sup>74</sup> rodeada de tales circunstancias agravantes que, ante tal hecho, sólo quedara por imponer la pena de muerte. Para los primeros era regla siempre que concurrieran ciertos requisitos, para los segundos era la excepción a la regla<sup>75</sup>. Por una vía o por otra se desembocaba en su admisibilidad más o menos restrictiva.

La siguiente cuestión era tratar de determinar si, admitida la posibilidad de extender el arbitrio hasta la pena de muerte, correspondía a todos los jueces o no. El asunto es transcendental porque suponía atribuir esta facultad a todos los jueces del reino, o por el contrario introducir un criterio restrictivo de manera que tan sólo los tribunales superiores gozarían de esta atribución por delegación del rey. En la práctica procesal se dieron ambas posibilidades, pero acabó por imponerse la segunda. Me explico. Los jueces inferiores decretaron en ocasiones la pena de muerte en sus sentencias para supuestos delictivos graves o atroces, en razón de las circunstancias, para incorregibles o por atenerse estrictamente al rigor y literalidad de las leyes regias, como también lo hicieron las Chancillerías y las Audiencias, además de la Sala de alcaldes de Casa y Corte. Ante esta situación procesal, al menos desde la segunda mitad del siglo XVI se fue asentando de manera paulatina en el procedimiento criminal la obligatoriedad de consultar, por parte de los jueces inferiores, a dichos tribunales -en el caso de la Sala de alcaldes de Casa y Corte al rey- las sentencias que impusieran penas corporales graves. Mediante este sencillo trámite los jueces inferiores perdieron el mero imperio y, por tanto, la decisión final de castigar con el último suplicio no dependió de ellos sino de los alcaldes del crimen<sup>76</sup>. Consecuencia: la facultad de extender el arbitrio judicial hasta la muerte quedó reservada a los tribunales. Lo cual implica, también, una manifestación de la estructura judicial, un instrumento para garantizar la correspondencia de la actividad represiva al proyecto del poder constituido y controlar el terreno estratégico de la pena capital, en palabras de Meccarelli<sup>77</sup>. En este sentido contamos también con

---

<sup>74</sup> Véase, por ejemplo, Schnapper, «Les peines...», 268-270. Meccarelli, *Arbitrium*, pp. 208-210.

<sup>75</sup> Para Meccarelli (*Arbitrium*, p. 217-218) los juristas, en ocasiones, se ven constreñidos a precisar los casos excluidos de la posibilidad de extender el arbitrio hasta una pena extraordinaria de intensidad máxima.

<sup>76</sup> Este fenómeno se difundió por toda Europa, pasando también a las Indias, como pondré de manifiesto en un próximo trabajo. Respecto a Francia, Schnapper («Les peines...», p. 101) afirmó que «l'absolutisme royal et la doctrine alors dominante prétendaient dépouiller les magistrats inférieurs d'une partie de leur liberté d'interprétation. L'arbitraire paraissait de plus en plus un privilège des cours souveraines refusé aus juges de rigueur, les tribunaux inférieurs».

<sup>77</sup> *Arbitrium...*, pp. 96, 133-134 y 219.

datos, aun parciales para las Audiencias de la Monarquía, que permiten observar una indiscutible tendencia a la moderación en la aplicación de la pena de muerte natural -más discutible para la muerte civil- frente a los jueces inferiores. Queda abierta, sin embargo, un tema de más compleja resolución: si los tribunales superiores sólo imponían en último suplicio en supuestos excepcionales, ¿los jueces inferiores siguieron su ejemplo? En la situación actual de la investigación sobre la práctica criminal y procesal-penal no se puede resolver esta cuestión de modo indubitado.

Intentando ahondar en este problema, los juristas, especialmente los del siglo XVI, se decantaban por llegar a imponer la pena de muerte en lo arbitrario cuando se tratara de un delito grave rodeado de tales cualidades y circunstancias que así lo permitiera el Derecho común o la costumbre, o más concretamente la *consuetudo loci*, que no sería sino la existencia de precedentes judiciales anteriores, pudiendo acudir además al principio de analogía. Si investigamos la actividad judicial desarrollada en materia criminal por los altos tribunales de la Monarquía y la cotejamos con la desenvuelta por los jueces, comprobaremos que existe un mayor número de condenas capitales en la instancia inferior que en los grados de vista y revisita. He tenido la oportunidad de resaltar que, a medida que se recurría existe una clara tendencia -que como toda regla presenta sus excepciones- a la mitigación punitiva. Además, si tenemos presente la vinculación entre arbitrio y circunstancias, por un lado, y de causa y ley, por otro; y repasamos algunas de las más conocidas obras de la literatura jurídica desde el siglo XVI al XVIII, no resulta difícil advertir que los juristas se detienen con mayor profusión en las causas de mitigación de la pena -en el caso de que ésta venga determinada en la norma- y/o en las circunstancias que disminuyen la gravedad del delito -cuando su fijación se encomienda al arbitrio judicial- que en las de agravación, signo evidente de que si, por un lado, se reconoce que el arbitrio judicial puede alcanzar hasta la imposición del último suplicio; esta decisión judicial estaba rodeada de tales requisitos sustanciales y procedimentales que tal posibilidad se convertía en algo que situaba dentro de la excepción más que de la regla, por otro<sup>78</sup>. Cabe diferenciar, de igual manera, la imposición de la pena de muerte en las sentencias dictadas por los jueces inferiores de la ejecución de las mismas, sin olvidar que muchos condenados a muerte se hallaban fugitivos y el valor jurídico que se daba a la fuga. Si no distinguimos con claridad dichas cuestiones podemos estar tergiversando la realidad punitiva del Antiguo Régimen.

A mayor abundamiento, en los delitos más graves se fue exigiendo la necesidad de que concurrieran todos los elementos exigidos en la norma y por la literatura jurídica para la imposición del último suplicio, como por ejemplo en los hurtos sacrílegos en los que se requería una doble concurrencia: sagrado de sagrado. En los

---

<sup>78</sup> Como ha manifestado Bongert («Le juste...», p. 315) apoyándose en testimonios de juristas franceses, «cette application des principes généraux du droit aux cas particuliers n'était autre que l'épiqueia aristotélicienne, c'est-à-dire la justice sous sa forme la plus achevée, la plus parfaite».

hechos concretos que se enjuiciaban y en los que faltara o no se hubiera probado la existencia de uno de ellos, la lógica jurídica exigía que no se alcanzara a imponer la pena ordinaria, que en el caso citado sería la muerte natural, sino una menor.

En suma, si consideramos globalmente que la posibilidad de extender el arbitrio judicial hasta el último suplicio quedó reservada a los órganos judiciales colegiados; que se aplicó a hechos delictivos concretos, plenamente probados y rodeados de tales circunstancias que los convertían en atroces; y, concurriera justa causa para agravar las penas<sup>79</sup> o cuando se tratara de delincuentes incorregibles<sup>80</sup>, se podría explicar, al menos en parte, la tendencia a la reducción de penas (muchas de ellas con respecto a la de muerte) a medida que se planteaban recursos ante instancias superiores, así como la imposición de penas capitales en determinados lugares (como la Corte), o para ciertos delitos (hurtos sacrílegos a mediados del siglo XVIII en Galicia, o *pro gravi principis aut reipublicae offensa*)<sup>81</sup> o su exclusión en determinadas épocas (durante situaciones bélicas en las que se necesitan hombres). Sin restar importancia al *timore poenae* que su señalamiento en el texto de la sentencia podía infundir.

De acuerdo con la postura que he venido manteniendo en anteriores trabajos, creo necesario realizar investigaciones centradas no sólo en la legislación real, sino profundizar complementariamente en la literatura jurídica y, desde luego, en el estudio de las causas criminales que se puedan conservar procedentes de altos tribunales de la Monarquía como, siempre que fuera posible, de jueces inferiores. Ello permitirá comparar actuaciones judiciales, apreciar los cambios de talante ante las conductas delictivas de acuerdo con el momento histórico o la peculiar situación de un determinado territorio, así como encontrar los fundamentos jurídicos (no exclusivamente legales) de sus resoluciones. Juzgar en cualquier época histórica ha supuesto un complejo proceso de la conciencia del juez que ha de condenar o absolver, reconocer un derecho o negarlo<sup>82</sup>. Es cierto que han existido supuestos que no encajan en este criterio, pero a veces y, en concreto, desde las obras de los precodifica-

<sup>79</sup> Meccarelli, *Arbitrium...*, pp. 225-235. Para el caso castellano, Pedro Ortego Gil, «El Fiscal de S.M. pide se supla a mayores penas. Defensa de la justicia y arbitrio judicial», *Initium*, 5, 2000, pp. 239-354.

<sup>80</sup> Bongert («Le juste...», p. 332) se refiere a las posturas de los ilustrados acerca de la eliminación del criminal incurable como la expresión más radical de prevención especial de la sociedad. Argumento que se mantendría con posterioridad en numerosos códigos penales.

<sup>81</sup> Esta idea, como muchas otras, fue recogida por Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y las penas*, traducido por J. A. de las Casas, Madrid, 1774 (ed. fac. Madrid, 1993, presentación de F. Tomás y Valiente) § XXVIII, pp. 143-145: «Por sólo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero, quando, aun privado de libertad, tenga tales relaciones, y tal poder, que interese a la seguridad de la Nación; quando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de Gobierno establecida... Segundo motivo, porque se puede creer justa y necesaria la muerte de un ciudadano».

<sup>82</sup> Benjamín González Alonso, «Jueces, justicia, arbitrio judicial (Algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla Moderna)», en Bartolomé Bennisar Perillier et alii,

dores penales del siglo XVIII se ha visto el arbitrio judicial como algo despreciable<sup>83</sup>. En su argumentación se concibe al juez como un personaje no sujeto a la ley, ¿pero es que acaso no estaba sujeto al Derecho? Incluso se le observa como un ser perverso, capaz de imponer las penas más inhumanas para satisfacer la vindicta pública y, quizás, también la personal<sup>84</sup>. Se olvida, sin embargo, que los jueces inferiores para poder ejecutar la pena capital que hubieran decretado en su sentencia necesitaban estar autorizados por los tribunales superiores, y que estos no siempre confirmaban los fallos de aquellos en el trámite de consulta o en la vía de apelación. Como también que su arbitrio estaba sujeto a principios esenciales fundamentados en una larga tradición jurídica, y su actuación se enmarcaba entre la política criminal de la Monarquía y la proyección de la justicia sobre cada hecho delictivo individualmente considerado<sup>85</sup>.

Una reflexión final. Se ha puesto de manifiesto que el tránsito del arbitrio judicial al principio de legalidad fue un triunfo de la Codificación, cuestión innegable. Pero ello no debe hacer olvidar el paso de la búsqueda de la epiqueya a través del juez a la búsqueda prioritaria de lo útil por parte del legislador. Además, los jueces continúan manteniendo un amplio margen de discrecionalidad, absolutamente imprescindible y necesario, o al menos conveniente -con las matizaciones de las que suelen dar cuenta los medios de comunicación-, para adecuar la ley al caso concreto. Para tal menester los códigos enumeraron una serie de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, abrogando la distinción entre circunstancias del delito y causas de atemperación de la pena contenida en la literatura jurídica anterior. Pero, sin entrar en mayores argumentos, resulta que esas circunstancias legales son, en su misma esencia, la práctica totalidad de las que enumeraban los juristas en sus obras hasta el siglo XVIII y de las que se habían servido los juzgadores para su argumentación jurídico-mental. Por tanto, a partir del siglo XIX se legalizó una parte del Derecho que no estaba inserta en las leyes regias: los códigos criminales plasmaron desde un punto de vista racional y sistemático la teoría doctrinal elaborada por la literatura jurídica y empleada por la práctica jurisprudencial durante siglos. Este es

*Vivir el siglo de Oro. Poder, cultura e historia en la Época moderna. Estudios en Homenaje al profesor Ángel Rodríguez Sánchez*, Salamanca, 2003, pp. 225-241. Meccarelli, *Arbitrium...*, pp. 15-22, 71-76 y 101-107.

<sup>83</sup> Como ha manifestado Laingui («Juges...», p. 88), «on conçoit, dès lors, plus clairement, que le pouvoir arbitraire des juges a été singulièrement exagéré par la philosophie des lumières». En parecidos términos se ha expresado Bongert («Le juste...», p. 314) al afirmar que «ce système, dit de “l’arbitraire des peines”, a été très décrié dans les dernières années de l’Ancien Régime et souvent bien mal compris depuis».

<sup>84</sup> Schnapper («Les peines...», p. 101) ha relacionado la consolidación del sentido peyorativo del arbitrio desde finales del siglo XVII, cuando «le combat des philosophes ou des scandales judiciales bien orchestrés fissent effonder le prestige des Parlements pour le principe des peines arbitraires perdit un de ses remparts».

<sup>85</sup> Meccarelli, *Arbitrium...*, *passim* y en particular pp. 43-128.

uno de los cambios. Otros vinieron de las peculiares formas arbitrarias de entender el legislador de cada Estado la criminalidad y su punición -baste el ejemplo del art. 103 del Código penal español de 1822-, como también del triunfo de la discrecionalidad administrativa.