

La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna*

Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona

RESUMEN

Las expresiones «delitos sexuales» («sex crimes») y «sexualidades criminales» («criminal sexualities») no resultan extrañas en la historiografía penal española y europea. Estas expresiones, desconocidas casi por completo en los textos medievales y modernos reflejan, a mi juicio, una aproximación al estudio de la historia desde categorías modernas (en este caso, desde los actuales «delitos contra la libertad sexual»). Esta práctica, además de llevar consigo los perniciosos efectos de la Dogmengeschichte, también dificulta la tarea de distinguir las nociones de delito y pecado en la ciencia jurídica anterior a la codificación decimonónica. Así, por ejemplo, una lectura atenta a las clasificaciones llevadas a cabo por Montesquieu resulta más que suficiente para percatarse que los delitos relacionados con la moral sexual no fueron calificados o etiquetados como «sexualidades criminales» o «delitos sexuales», sino como delitos contra «la moral», «el orden público» o la «seguridad del individuo».

El presente trabajo se divide en tres partes. Tras la introducción (Parte I), en la segunda se hace un balance historiográfico de la relación entre delito y pecado en los siglos bajomedievales y modernos, centrándose en los «delitos contra la moral». Ahí se

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto «Las influencias extranjeras en la Codificación penal española: su concreto alcance en la Parte Especial de los Códigos decimonónicos» (DER 2016-78388-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

presta especial atención las razones y argumentos esgrimidos para la persecución y castigo de algunas conductas relacionadas con la moral sexual, y se muestra hasta qué punto se distinguían ambas categorías. Se aprecia cómo no toda conducta sexual desordenada desde un punto de vista moral debía ser perseguida jurídicamente, sino tan solo aquellas infracciones que afectaban al fundamento de la sociedad humana, esto es, a la paz social en general, y a la estabilidad matrimonial y familiar en particular, habida cuenta de que el matrimonio era considerado como base de la misma sociedad. Que la moral cristiana influyera el Derecho penal de los siglos medievales y modernos, hecho innegable, no significa que los delitos fueran perseguidos por el mero hecho de ser pecados. Incluso las fuentes medievales muestran que algunas prácticas, como la masturbación, la fornicación o la prostitución, por nombrar tan solo algunos ejemplos, no fueron siempre castigados en muchas de las ciudades europeas: tales conductas constituían verdaderos pecados mortales, pero no eran castigados si se entendía que no llegaban a constituir una auténtica amenaza a la «paz social» o a la «estabilidad matrimonial y familiar». En esta segunda parte se sostiene, pues, que los delitos contra la moral fueron perseguidos, no tanto por su carácter pecaminoso (aunque lo fuera), sino por sus consecuencias sobre la paz y estabilidad sociales. Se aborda la distinción entre delito y pecado, reflejo de la separación entre Iglesia y Estado, como elemento constitutivo de la tradición jurídica occidental, a diferencia de otras tradiciones jurídicas como la musulmana). La tercera parte se ocupa de la noción de delito en la tradición europea y anglosajona del siglo XVIII. Se analizan varios autores (Bentham, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Lardizábal, Kant, etc.), prestando especial atención a la relación entre delito y pecado. Para la mayoría de los autores de ese siglo, no existía duda sobre la distinción entre ambas categorías porque ésta ya formaba parte del legado de los siglos XVI y XVII. El artículo termina con un epílogo final.

PALABRAS CLAVE

Derecho penal histórico, Historiografía, Noción de delito, Delitos contra las buenas costumbres, Pecado, Secularización del Derecho penal.

ABSTRACT

The expressions «criminal sexualities» and «sex crimes» often recur in the historiography of criminal law. In my view, this regards historical legal contexts through modern categories (the current «crimes against sexual liberty» paradigm). Apart from being a pernicious outcome of the Dogmengeschichte, it also makes it harder to distinguish the notions of crime and sin in criminal legal science before the 19th century codifications. «Sex crimes» do not appear at all in the medieval sources, for instance. Indeed, if we turn to the classifications of Montesquieu, by means of an illustration, crimes concerning sexuality were not called or referred to as «criminal sexualities», «sexual offences» or «sex crimes», but crimes against «morals», «public tranquility», or «security of the subject».

This paper will have three parts. After the Introduction (Part I), Part II contains a brief exploration of the relationship between crime and sin in the Early Modern Age, focusing on the «crimes against morality». Particular attention is paid to the main purposes behind punishing some sexual behaviors. It shows how selective the approaches were: not all sexual disorders were criminally prosecuted, but only those violations that might affect the foundation of human society (social peace, stability of family/marriage, etc., since matrimony was thought to be the basis for society's existence). It stresses that Chris-

tian morality influenced the criminal law of both Middle Ages and Early Modern Age, but this does not mean that crimes were prosecuted and punished just because they constituted sins. Even medieval legal sources show that some behavior like masturbation, fornication or prostitution, just to give three examples, were not always punished in many European cities: such conduct was a mortal sin but was not necessarily regarded as a violation of the «social peace» and the «stability of family/marriage». In essence, crimes against morals were prosecuted not just because they were sins (although they were), but because of their consequences and impact to the social peace and stability. The paper thus addresses the distinction between crime and sin, which reflects the separation of the church and state (a constitutive feature of the Western legal tradition compared to, for example, the Muslim one), was scientifically developed by the natural lawyers (Grotius, Thomasius, Wolff, Pufendorf, etc.), and this can be seen in looking at their way of reasoning when dealing with the «crimes against morals.» Part III examines the secularization of criminal law in the 18th-century European and Anglo-American legal traditions. In doing so, several authors are explored (Bentham, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Beccaria, Lardizábal, Kant, etc.), looking at the development of the relationship between crime and sin. Authors generally show that in that century there was no doubt about the distinction between these categories because that was part of the legal heritage left by sixteenth and seventeenth-century scholarship. The article finishes with some concluding remarks.

KEYWORDS

History of criminal law, Historiography, Notion of crime, Crimes against good morals, Sin, Secularization of criminal law.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La noción de delito en la tradición penal bajomedieval y moderna. 2.1 Historiografía de la supuesta indistinción entre delito y pecado en España. 2.2 La relación entre delito y pecado en la historiografía europea y anglosajona. 2.3 El caso paradigmático: el delito de sodomía. 2.4 La distinción entre delito y pecado: la multiplicidad de *rationes puniendi*. a) Orden natural y naturaleza. b) Paz pública. c) Orden público y orden social. d) Relación entre orden social, orden natural y naturaleza. e) Razones de índole patrimonial. 3. La noción de delito en el siglo XVIII. 3.1 Contribución de algunos autores ilustrados. a) Montesquieu. b) Beccaria. c) Rousseau. d) Voltaire. e) Kant. f) Blackstone. g) Bentham. h) Lardizábal. 3.2 Rasgos comunes del pensamiento ilustrado. 3.3 El legado del siglo XVII: la contribución de Thomas Hobbes. 4. A modo de epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

Una parte de la historiografía, al estudiar el Derecho penal en la tradición occidental, presenta como indiscutidas e indiscutibles dos ideas que, a mi juicio, necesitan ser revisadas. Admito que puedan ser ciertas en parte, pero solo en parte. Se trata de dos postulados o mitos que requieren de una rigurosa reconsideración.

El primero es la supuesta identificación entre delito y pecado. Tal identificación ha sido objeto de notable aplicación en los delitos relacionados con la

moral y buenas costumbres o, como suele decirse en la actualidad, con los «delitos sexuales», más que en otros delitos como el de blasfemia. Cabría pensar que esa preferencia por la temática sexual se debe a que históricamente se castigaban conductas sexuales que hoy no están tipificadas, pero lo mismo cabría decir de la blasfemia, y no parece que ésta haya suscitado tanto interés a la hora de defender la tesis de una supuesta identificación entre delito y pecado en el Derecho penal anterior a la Codificación decimonónica.

Es innegable que ha existido una conexión entre delito y pecado. Pero esto no es solo un hecho histórico: dicha conexión sigue existiendo en la actualidad, como existe una relación entre delito y conductas que son consideradas como reprochables moralmente por nuestra sociedad. Por lo tanto, aceptando que los delitos estarán siempre más o menos relacionados con la noción de pecado o de una moral social –puesto que Derecho penal y moral no pueden separarse por completo²–, la cuestión a plantearse es si en los siglos medievales y modernos se castigaba alguna conducta por el mero –o exclusivo– hecho de ser pecado, esto es, sin recurrir a más argumentos, razonamientos o motivos que el de su mero carácter pecaminoso. Esto es lo que supone o significa defender la mencionada identificación (o confusión) entre delito y pecado.

Algunos autores –como se verá– han defendido a ultranza la idea de que apenas existió una distinción real entre delito y pecado con anterioridad al siglo XVIII. Al defender esa postura, han prestado una particular atención a la persecución y castigo –o «represión», como algunos prefieren– de los «delitos sexuales», concluyendo con la tesis de que hubo un considerable grado de confusión entre delito y pecado. Desde esta perspectiva, quizá convendría recomendarles, como rezaba el título de una conferencia que impartí hace un tiempo a este respecto, que no se tomaran el sexo o la supuesta «represión sexual» tan en serio, o, en otras palabras, que obsesionarse con el sexo dificulta el riguroso análisis científico o historiográfico que esa cuestión se merece.

El segundo mito consiste en subrayar que la influencia de la teología sobre el Derecho penal finalizó en el siglo XVIII, momento en el que los autores ilustrados llevaron a buen puerto la secularización del Derecho en general, y del penal en particular. Según ese parecer, gracias a autores como Beccaria, Montesquieu, Voltaire y Lardizábal, entre otros, la secularización se hizo realidad. Sin embargo, una parte de la historiografía ha mostrado que el proceso de secularización del Derecho se había iniciado ya en el siglo XVII. Otros estudiosos han defendido que el proceso comenzó incluso un siglo antes. ¿Resulta coherente señalar el comienzo de la secularización del Derecho penal en el siglo XVII cuando en ese periodo, según algunos autores, no existía todavía una distinción clara entre delito y pecado? ¿Qué cabe entender por secularización? ¿Qué prue-

² La relación entre Derecho penal y moral fue objeto de un análisis particular en el famoso *Wolfenden Report*, publicado el 4 de septiembre de 1957, cumpliéndose este año su 60.º aniversario; al respecto, véase *Committee on Homosexual Offences and Prostitution, 1957. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London: Her Majesty's Stationery Office; reimpresso en 1963 con el título *The Wolfenden Report: Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, New York: Stein and Day.

bas aducen las fuentes acerca del proceso de secularización? Como se verá, al ocuparnos de una cuestión tan compleja, analizamos tanto fuentes legales como doctrinales, cuyo contenido es bastante dispar y, en ocasiones, incluso contradictorio. De hecho, resulta evidente que a veces las fuentes legales y las doctrinales siguen cursos distintos.

El objeto del presente artículo consiste en desmentir la falsedad de algunas de estas ideas, llegando a las siguientes conclusiones:

1) A pesar del influjo de la fe y moral cristianas, las tradiciones jurídicas occidentales nunca –o casi nunca– castigaron ciertas conductas por el mero hecho de constituir un pecado contra la moral o la religión, si bien en algunos casos su carácter pecaminoso constituyó un elemento relevante de la conducta delictiva.

2) La doctrina jurídica de los siglos XVI y XVII refleja un evidente proceso de secularización que los autores del siglo XVIII defendieron y desarrollaron de un modo particularmente convincente o persuasivo.

3) Como la moral cristiana no fue la única –ni la principal– razón por la que determinadas conductas sexuales (consideradas como desordenadas) fueron perseguidas y castigadas, la secularización del Derecho no supuso –ni siempre, ni necesariamente– una mayor tolerancia hacia los denominados «delitos sexuales». En este sentido, se ha probado que los delitos sexuales siguieron siendo perseguidos y castigados severamente a lo largo de los siglos XVIII y XIX por diversos motivos (bien ajenos a la moral y religión cristianas).

2. LA NOCIÓN DE DELITO EN LA TRADICIÓN PENAL BAJOMEDIEVAL Y MODERNA

Numerosas razones explican la conveniencia de no tomarse los «delitos sexuales» tan en serio. En esta línea, parte de la historiografía muestra que los resultados de las investigaciones que se han centrado excesivamente en estos comportamientos pueden incurrir en los siguientes errores:

1) Dar por supuesta la existencia de una categoría jurídica o tipo delictivo no vigente en el periodo histórico objeto de la investigación:

Las expresiones «delitos sexuales» («sex crimes») y «sexualidades criminales» («criminal sexualities») no resultan extrañas en la historiografía penal española y europea. Desconocidas casi por completo en los textos medievales y modernos, esas expresiones reflejan, a mi juicio, una aproximación al estudio de la historia desde categorías modernas (en este caso, desde los actuales «delitos contra la libertad sexual»). Esta práctica, además de llevar consigo los perniciosos efectos de la *Dogmengeschichte*, también dificulta la tarea de distinguir las nociones de delito y pecado en la ciencia jurídica anterior a la codificación decimonónica. En efecto, si las fuentes jurídicas no recogen esas expresiones («delitos sexuales» y «sexualidades criminales»), ¿no sería mejor

emplear aquellas que se encuentran en las fuentes, esto es, «delitos contra la moral» o «delitos contra las buenas costumbres»? La terminología propia de la época contribuye así a colocar el discurso jurídico en su propio contexto social, político y filosófico, en vez de quedar tamizado por la ideología del historiador. Si la expresión «delitos sexuales» no aparece en las fuentes medievales³, ¿a qué se debe la insistencia de una corriente historiográfica en una categoría inexistente? Una lectura atenta a las clasificaciones llevadas a cabo por Montesquieu resulta más que suficiente para advertir que los delitos relacionados con la moral sexual no fueron calificados o etiquetados como «sexualidades criminales» o «delitos sexuales», sino como delitos contra «la moral», «el orden público» o la «seguridad del individuo».

2) Sobreestimar (o sobrevalorar) los delitos relacionados con los «delitos sexuales» sin ajustarse a la realidad histórica:

Esto no significa que los llamados «delitos sexuales» fueran irrelevantes. Sin embargo, en ocasiones algunos estudiosos parecen pasar por alto la proporción de estos crímenes en comparación con otros (a saber, aquellos contra la integridad física o la propiedad). Esto es particularmente cierto en relación a los «*crimina contra natura*» o, más específicamente, a los comportamientos homosexuales (o «sodomía»), cuya proporción, incluso comparada con otros «delitos sexuales», era notablemente baja (pese a que los ríos de tinta que han propiciado esta materia pudieran dar a entender lo contrario). Algunos estudiosos han ofrecido datos concretos del alcance real —o numérico— de estos delitos, mostrando los porcentajes de los diferentes tipos delictivos que, tras el oportuno proceso, fueron finalmente castigados. Se ha afirmado, por ejemplo, que «[n]o son abundantes, sino por el contrario muy escasos, los testimonios documentales que han llegado hasta nosotros de relaciones incestuosas de los siglos modernos»⁴. Esto se debería, según el parecer de Álvarez Urcelay, a que estas conductas tendrían lugar más bien en la intimidad, sin que tuvieran publicidad ni produjeran escándalo alguno como para atraer el interés de la justicia⁵. También consigna López Beltrán que esas conductas no serían demasiado habituales, y apenas tendrían transcendencia pública⁶.

³ Véase, al respecto, el estudio de His, R., *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*. 2 Teile, Weimar 1920/35, Neudruck Aalen 1964, p. 144; or HAGEMANN, H. R., *Basler Rechtsleben im Mittelalter*, Helbing & Lichtenhahn, 1987, p. 262: «Ein gemeinsame Bezeichnung für die geschlechtlichen Vergehen hat das deutsche Recht des Mittelalters nicht gekannt»; véase también MASFERRER, A., «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penales de carácter metodológico», *AHDE* 71 (2001), pp. 439-471.

⁴ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J., «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 161-186, p. 164.

⁵ ÁLVAREZ URCELAY, M., *Causando gran escándalo y murmuración. Sexualidad transgresora y su castigo en Guipúzcoa durante los siglos XVI, XVII y XVIII*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2012, p. 390.

⁶ LÓPEZ BELTRÁN, M.^a T., «En los márgenes del matrimonio: transgresiones y estrategia de supervivencia en la sociedad bajomedieval castellana», *Familia en la Edad Media: XI Semana de*

La intensidad y determinación con que algunas conductas sexuales fueron perseguidas y castigadas variaron según el tiempo y el espacio. En esta línea, parece claro que, en la Edad Media, los malos comportamientos o desviaciones sexuales eran más tolerados que en la Edad Moderna. Esto puede explicarse no solo por la Reforma y la Contrarreforma (llevada a cabo en el Concilio de Trento, 13 de diciembre de 1545-4 de diciembre de 1563), sino –y sobre todo– por el surgimiento de monarcas absolutos que emplearon el Derecho penal como instrumento para la promoción y salvaguarda de intereses políticos⁷, incluyendo la unidad en la fe (motivo por el cual se creó la Inquisición española el 1 de noviembre de 1478).

Sin embargo, mientras algunos estudiosos reconocen que las autoridades no podían enfrentarse a una mentalidad social que consideraba algunas desviaciones como normales e, incluso, saludables, otros parecen incapaces de abordar la persecución y el castigo de estas conductas desde otra perspectiva que no sea la «represiva». En este sentido, si para aquéllos las «desviaciones sexuales» serían más toleradas de lo que pudiera parecer, para éstos la «represión» o la «política represora» –siguiendo la doctrina de Sigmund Freud y de Michel Foucault– constituyen el mejor –y, acaso el único– modo de aproximarse al estudio de los «delitos sexuales».

3) Ignorar la variedad de razones por las que los «delitos sexuales» eran perseguidos y castigados:

Una parte de la doctrina sostiene la existencia de dos etapas completamente distintas entre el Derecho penal anterior y el posterior al siglo XVIII. Según esta corriente doctrinal, en el primer periodo, el Derecho penal, bajo la servidumbre intelectual y política de la cristiandad (o teocracia), no mostró tolerancia alguna con los desórdenes morales de índole sexual, y perseguía, en consecuencia, prácticamente todo comportamiento sexual que se desviara de la moral cristiana. De ahí que la línea fronteriza que supuestamente debiera distinguir el delito del pecado –y viceversa, esto es, el pecado del delito– se difuminó por completo (o casi por completo). Siguiendo esta misma tesis, con la secularización del Derecho penal en el Siglo de las Luces, la Iglesia, al perder el control sobre las conductas sexuales, la «represión» cesó notablemente, abriéndose una nueva etapa en la que las nociones de delito y pecado comenzaron a separarse y a distinguirse.

Otros estudiosos describen la realidad histórica de un modo más complejo y menos manido o estereotipado. Explican que la mentalidad social no estaba tan dominada por la moral cristiana, que los delitos relacionados con la moral sexual no eran castigados por el mero hecho de ser pecados, y que en los siglos XVIII y XIX muchas conductas sexuales continuaron siendo castigadas, algunas incluso con mayor dureza que en los siglos medievales y modernos.

Estudios Medievales, Nájera, del 31 de julio al 4 de agosto de 2000, Logroño, Instituto de Estudios Riojanos, 2001, pp. 348-366, p. 352.

⁷ Sobre la instrumentalización del Derecho penal por los monarcas absolutos, véase TOMÁS Y VALIENTE, F., «El Derecho penal como instrumento de gobierno», *Estudis* 22 (Valencia, 1996), pp. 249-262; SBRICCOLI, M., *Crimen Laesae maiestatis. Il problema del reato politico alla soglie della scienza penalistica moderna* (Milano, 1974).

Estas corrientes doctrinales parecen irreconciliables. A mi juicio, la primera no logra abarcar las diversas razones por las que algunas conductas sexuales eran perseguidas y castigadas. Por otra parte, también es cierto que no pocas fuentes legales del siglo XIX reflejan cómo algunas conductas siguieron siendo objeto de una severa represión, análoga a la vigente en los Estados absolutistas de los siglos XVI-XVIII, si bien se debía a razones médicas, de salud o a otras relacionadas con la higiene, además de perseguir el mantenimiento de la salud y la prevención de la enfermedad. En esta línea, la expresión «perversión sexual» (o «aberración sexual» o «*aberrationes*») fue acuñada al final del siglo XIX, y por razones bien ajenas, por tanto, a la religión o moral cristiana⁸.

4) La identificación entre delito y pecado:

Una excesiva polarización en el estudio de los delitos sexuales ha llevado a algunos estudiosos a concluir con el principio de identificación (o indistinción) entre delito y pecado. ¿Es esta tesis históricamente consistente? Aunque son varios los autores que se han referido a esta cuestión, menos son quienes la han estudiado como se merece.

Los trabajos clásicos sobre las nociones de delito y paz en la tradición medieval de Orlandis,⁹ García de Valdeavellano,¹⁰ Gibert,¹¹ López-Amo¹² y Otero Varela,¹³ entre otros¹⁴, nada dicen acerca de la relación entre delito y pecado, probablemente porque las fuentes utilizadas nada decían al respecto.

2.1 HISTORIOGRAFÍA DE LA SUPUESTA INDISTINCIÓN ENTRE DELITO Y PECADO EN ESPAÑA

En España, Francisco Tomás y Valiente fue el primero en ocuparse de este tema en su estudio *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, donde intenta

⁸ MAGNAN, V., *Des Anomalies, des aberrations et des Perversions Sexuelles*, París, 1885; KAAAN, H., *Psychopatia Sexualis* (Leipzig, 1844) (fuentes citadas por VÁZQUEZ GARCÍA, F. & MORENO MENGÍBAR, A., *Sexo y razón. Una genealogía de la moral sexual en España (siglos XVI-XX)*, Madrid, 1997, p. 223, nota al pie n. 70.

⁹ ORLANDIS, J., «Sobre el concepto de delito en el Derecho de la Alta Edad Media», *AHDE* 16 (1945), pp. 112-192; «Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media», *AHDE* 18 (1947), pp. 61-165; «La paz de la casa en el derecho español de la Alta Edad Media», *AHDE* 15 (1944).

¹⁰ GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., «*Domus disrupta*. La protección jurídica del domicilio en los Derechos locales portugueses de la Alta Edad Media», *Anales de la Universidad de Barcelona*, 1943, pp. 65-72.

¹¹ GIBERT, R., «La paz del camino en el derecho medieval español», *AHDE* 27-28 (1957-58), pp. 831-852.

¹² LÓPEZ-AMO MARÍN, A., «El Derecho penal español de la Baja Edad Media», *AHDE* 26 (1956), pp. 337-367.

¹³ OTERO VARELA, A., «El riepto en el Derecho castellano-leonés», *Dos estudios Histórico-jurídicos*. Roma-Madrid, 1955; «El riepto en la fueros municipales», *AHDE* 29 (1959).

¹⁴ Salvador Minguijón, en su *Historia del Derecho español. Derecho penal* (Zaragoza, 1926), afirmó que la influencia del Derecho canónico sobre el Derecho penal no trajo consigo la identificación entre Derecho y moral ni entre delito y pecado (pp. 55-56).

definir la noción de delito¹⁵. Otros historiadores del Derecho han optado por no abordar esta cuestión, probablemente porque las fuentes tampoco recogen nada al respecto, por lo menos hasta la Codificación.

Tomás y Valiente afirmó que la noción de delito en la Edad Moderna estuvo compuesta por tres elementos: 1) el moral o religioso (cabría explicar, desde esta perspectiva, su conexión con la noción de pecado); 2) el social (especialmente en aquellos delitos que producían un daño común en general); y 3) el privado (refiriéndose a aquellos que producían un daño a una persona en concreto)¹⁶.

No termino de compartir esa definición o descripción del delito desde la perspectiva de sus elementos constitutivos. Sostengo que el delito era considerado más bien como una infracción pública en tanto que, quebrantando el orden y la paz sociales, producía tal daño (social) que justificaba o legitimaba una «respuesta pública» (o «*vindicta* pública») del Estado, monarquía o poder político.

De hecho, Tomás y Valiente, después de distinguir los tres elementos del delito, afirmó que «en aquellos siglos, cualquier delito implicaba una infracción cumulativa respecto de Dios [elemento moral o religioso], hacia la República [elemento social] y a la víctima [factor privado o personal]»¹⁷. Además, no parece demasiado congruente sostener que los delitos contra la vida y la propiedad conciernen más al ámbito del «interés social» que al del «interés individual»¹⁸, para después afirmar que todos los delitos que no constituían directamente una ofensa hacia Dios o hacia el rey atentaban contra el «interés individual»¹⁹. Creo que la definición de Tomás y Valiente del delito, y en particular, lo que denominó la tríada de elementos integrantes de todo delito –pecado, daño común, ofensa a la víctima–²⁰, no resulta del todo consistente.

En un intento de desarrollar ulteriormente la definición de delito, Tomás y Valiente defendió que las nociones de delito y pecado fueron «correlativas» desde el siglo XVI hasta el XVIII. Aunque reconoció que nunca hubo una completa identificación entre ambas categorías –porque había muchos pecados que nunca fueron castigados como delitos–, el hecho de que algunos teólogos argumentaran que «cualquier delito constituía un pecado» condujo a una cierta confusión entre los conceptos.

Así mismo, afirmó que algunas fuentes legales medievales –como las *Siete Partidas*– también parecían confirmar la estrecha relación entre delito y pecado. Según Tomás y Valiente, la correlación fue particularmente importante cuando las leyes seculares apoyaban y reforzaban algunas leyes divinas. La coincidencia entre las leyes seculares y las divinas explicaría, según su parecer, por qué algu-

¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid 1969.

¹⁶ Sobre esta materia, véase TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 219-243, en particular pp. 235-236.

¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 236.

¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 236.

¹⁹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 242-243.

²⁰ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 242.

nos delitos como el adulterio, el incesto, la violación, la bigamia y la sodomía eran castigados. Además, el apoyo o protección que los monarcas dispensaron a la fe constituyó un factor que permite explicar por qué la herejía, la blasfemia y el perjurio eran conductas perseguidas por los poderes políticos seculares²¹.

De este modo, tras analizar la doctrina de Alfonso de Castro y de Diego de Covarrubias en relación con la obligación moral de cumplir las leyes penales – un tema que concernía a los teólogos de aquel tiempo–, Tomás y Valiente señaló de nuevo que el delito y el pecado eran realidades convergentes. De ahí que la gravedad de ambas categorías fueran también convergente y, además, interrelacionada. En este sentido –señaló nuestro autor–, los delitos de herejía, adulterio e incesto eran castigados duramente porque constituían delitos graves y, más concretamente, porque eran «pecados mortales»²².

También reconoció que la estrecha convergencia entre delito y pecado fue menos notoria en las fuentes legales y en la conciencia moral social. Detectó, sin embargo, unos pocos preceptos legales que contenían referencias explícitas al pecado, relativas en general –aunque no exclusivamente– a conductas sexuales, siendo la sodomía el más grave de ellos (*peccatus nefandus*)²³. Para Tomás y Valiente, solo estos delitos eran calificados de «pecados», mientras que otros, como el homicidio, apenas lo eran, probablemente porque, en ese caso la ley moral y la secular no siempre coincidían: bajo ciertas circunstancias, un homicidio podía no ser considerado moral y legalmente ilícito (por ejemplo, en defensa propia); en otros casos, podía ser un pecado pero no un delito (así, cuando un marido mataba a su esposa y a su amante, al ser descubiertos en adulterio in fraganti)²⁴.

Tomás y Valiente esgrimió el argumento de que algunos de los juristas modernos utilizaban la expresión «pecado» para referirse a los delitos de sodomía y herejía, especialmente al describir el «auto de fe». Incluso en el siglo XVIII algunos juristas continuaron empleando la expresión «pecado» para denominar algunos delitos (como la herejía y la blasfemia), aunque reconocía que para otros –también relacionados con la religión o la moral sexual– jamás se empleó esta expresión²⁵.

Llegado a este punto, Tomás y Valiente sostuvo que los delitos contra la fe –la herejía– y la moral sexual eran los únicos considerados como pecados según las fuentes legales. Según su parecer, esto implicaba un reconocimiento tácito de que esas conductas fueran castigadas por constituir más bien una ofensa a Dios que a la sociedad o a cualquiera de sus individuos. Por el contrario, otros delitos como el homicidio o el robo producían un daño fundamentalmente a la sociedad y, aunque fueran pecados –e incluso graves–, eran considerados solo secundariamente; de ahí que las fuentes legales nunca se refirieron a ellos como pecados²⁶.

²¹ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 219-220.

²² TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 221.

²³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 222-231.

²⁴ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 231-232.

²⁵ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 233-234.

²⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 233.

Como puede comprobarse, Tomás y Valiente, aplicando su tríada de elementos integrantes de todo delito –pecado, daño común, ofensa a la víctima–²⁷, entendió que las conductas criminales contra la fe y la moral sexual eran castigadas por ser, primera y principalmente, una ofensa a Dios. A su juicio, los delitos podían distinguirse según causaran una ofensa directa a Dios, y a los hombres (ya comunes, ya el rey)²⁸. Sin embargo, esas distinciones no siempre casaban o encajaban en ese contexto histórico. El crimen de traición, por ejemplo, comprendía la *laese maiestatis* divina y humana, la primera referida a Dios y la segunda al rey, identificación que constituía una construcción doctrinal del *ius commune*²⁹. Todo delito que dañase al rey correspondía a la categoría del *crimen laese maiestatis*, noción cuyo origen se remonta al Derecho romano. No obstante, esto no significa –como Tomás y Valiente tuvo finalmente que reconocer– que la traición solo ofendiera al rey, puesto que las *Siete Partidas* dejaban claro que aquellos que cometían traición erraban contra Dios, su Señor natural y contra la sociedad («yerra contra Dios e contra su Señor natural e contra todos los omes faziendo lo que no deue fazer»)³⁰.

Pienso que, aunque la tríada de elementos integrantes de todo delito –pecado, daño común, ofensa a la víctima– de Tomás y Valiente pueda resultar útil hasta cierto punto, debería de aplicarse con las debidas cautelas y cierta flexibilidad. Además, dejando aparte que todo delito contenía de algún modo los tres elementos, ello no prueba en modo alguno –más bien, apunta su contrario– que algunas conductas fueran consideradas delictivas por el mero hecho de ser consideradas como pecados. Y esto pese a que en algunos pocos preceptos legales puedan encontrarse referencias a los mismos. Estas referencias bien podrían reflejar la mentalidad de aquella sociedad medieval y moderna, pero no prueban en absoluto que los delitos contra la fe y la moral sexual fueran castigados por el mero hecho de constituir ofensas a Dios. Si ese fuera el caso, debería explicarse por qué otras conductas sexuales, como la masturbación, la fornicación y la prostitución, entre otras, no fueron generalmente perseguidas ni reputadas como delitos. Sostengo que, incluso en los «delitos sexuales», en los que la moral y religión cristianas jugarían sin duda un papel importante en su penalización, siempre hubo otras razones –no estrictamente religiosas– que motivaron o justificaron su criminalización.

Por otra parte, conviene añadir que, en ocasiones, el punto de vista de Tomás y Valiente resulta un tanto ambiguo. Así, por ejemplo, tras afirmar que algunos delitos contra la fe y la moral sexual eran castigados, principalmente, por constituir pecados³¹, y acentuar que en estos casos la gravedad de los delitos provenía de la gravedad de los pecados³², reconoció explícitamente –contra

²⁷ Véase la nota al pie n. 19.

²⁸ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 238.

²⁹ GHISALBERTI, C., «Sulla teoria dei delitti di lesa maestà nel diritto commune», *Archivio giuridico* CXLIX (1955), pp. 100-179, en particular pp. 160-165; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 239.

³⁰ P. VII, 2, 1; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 242.

³¹ Véase la nota al pie n. 25.

³² Véanse las notas al pie nn. 21-22.

el parecer de Lardizábal— que en los siglos XVI y XVII nunca hubo una confusión teórica entre ambas categorías³³.

Unos años más tarde volvió de nuevo a este punto. En su trabajo «El crimen y pecado contra natura»³⁴ insistió en la idea de que algunos pecados relacionados con la moral sexual se castigaban solo por ser pecados³⁵, y que la gravedad de los delitos era un fiel reflejo de su gravedad como pecados, y no del daño social producido³⁶. Tomás y Valiente reiteró ahí que en los siglos XVI y XVII se dio una identificación entre Derecho y moral, entre delito y pecado. Según él, tan solo los presupuestos o fundamentos teológicos podían explicar cómo la experiencia del placer sexual resultaba suficiente para legitimar la condena de alguien a la pena de muerte. Desde esta perspectiva, fue la protección de la fe y la ofensa a Dios lo que condujo —según su parecer— a la imposición de la pena de muerte³⁷.

Su ambigüedad con respecto a la identificación entre delito y pecado en los siglos XVI y XVII nos parece notable. Aunque en su *Derecho penal de la Monarquía absoluta* llegó a reconocer —como se dijo— que nunca hubo una confusión teórica entre ambas categorías³⁸, al centrarse en algunos delitos como la herejía, la blasfemia y, especialmente, aquellos relacionados con la conducta sexual, se inclinó a sostener esa confusión teórica, que no solo práctica. Al estudiar el delito de sodomía, por ejemplo, llegó a la conclusión —como se ha visto— de que la conducta era castigada por el simple hecho de constituir un pecado³⁹. En realidad, en algún momento ratificó que en el siglo XVII «delito y pecado eran lo mismo»⁴⁰.

Sin embargo, resulta sorprendente que al analizar el delito de sodomía dio por válidas otras razones por las que esta conducta era perseguida y castigada, a saber, porque se creía que esa conducta atentaba contra la naturaleza («*contra natura*») y contra un orden natural cuya salvaguarda y protección caía bajo la responsabilidad de los monarcas, o por lo menos así lo percibían ellos. Aunque uno pudiera pensar que ir *contra natura* era, al fin y al cabo, reputado como

³³ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 235.

³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F., «El crimen y pecado contra natura», F. Tomás y Valiente, B. Clavero, A. M. Hespanha, J. L. Bermejo, E. Gacto and C. Alvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid: Alianza Universidad, 1990, pp. 33-55.

³⁵ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 49.

³⁶ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 42.

³⁷ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 51.

³⁸ Véase la nota al pie n. 32.

³⁹ Véase la nota al pie n. 36.

⁴⁰ «La relación entre el delito y el pecado es ya historia», *El País*, 1 de agosto 1987. Y después añadió, «Ahora, el delito y el pecado van cada uno por su lado». No sé si habría mantenido esa opinión si hubiese vivido en los años 2009 y 2010, cuando surgió en España la encendida controversia con motivo de la reforma de la ley del aborto; a este respecto, véase Enrique Gimbernat, «La secularización del Derecho y el aborto», *El Mundo*, 6 de octubre de 2008; Juan G. Bedoya, «Tranquilos: el pecado no es delito», *El País*, abril 24, 2009; José Ignacio Munlla Aguirre, «Delito y pecado» (disponible en <http://www.enticonfio.org/joseignacionmunilla159.htm>); Javier de Miguel, «Revolución, delito y pecado» (disponible en <http://contralanuevaera.blogspot.com.es/2009/06/revolucion-delito-y-pecado-i.html>); Aniceto Masferrer, «La deshumanización del Derecho y el aborto», *ABC*, 26 de julio de 2011.

delito por resultar ofensivo a Dios, algunas fuentes reflejan una preocupación creciente por respetar el orden natural o por evitar su destrucción⁴¹, algo que hoy en día quizá podría traerse a colación, de algún modo (por ejemplo, en relación a la cuestión ecológica) en el debate público o parlamentario previo a la aprobación de las leyes.

Bartolomé Clavero, siguiendo los pasos de Tomás y Valiente, llegó a la misma conclusión: «En teoría, diferencia [entre delito y pecado] efectivamente no la hay»⁴². Según él, el punto de partida podría resumirse afirmando que «delito es pecado y pecado es delito»⁴³. En otras palabras, «no había distinción de fondo». Para él, las distinciones solo servían para corroborar esa indistinción primaria⁴⁴.

El impacto de Tomás y Valiente y Clavero en la doctrina española y latinoamericana fue notable. Álvarez Cora⁴⁵, Vassallo⁴⁶, Testón Núñez⁴⁷, Pérez Muñoz⁴⁸, Rodríguez Sánchez⁴⁹, Vela Correa⁵⁰, Motis Dolader⁵¹, Madrid

⁴¹ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 42, donde se pueden encontrar referencias a la conveniencia de «proteger el orden natural» y «promulgar leyes con la intención de prevenir la corrupción del orden natural».

⁴² CLAVERO, B., «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», F. Tomás y Valiente, B. Clavero, A. M. Hespanha, J. L. Bermejo, E. Gacto and C. Alvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (Madrid, Alianza Universidad, 1990), p. 62.

⁴³ CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», p. 63.

⁴⁴ CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», p. 64.

⁴⁵ ÁLVAREZ CORA, E., «Derecho sexual visigótico», *Historia. Instituciones. Documentos* 24 (1997), pp. 1-51.

⁴⁶ VASSALLO, J., «Delinquentes y pecadoras en la Córdoba tardo colonial», *Anuario de Estudios Americanos* 62 (2): 97-116, quien sigue de un modo acrítico el estudio de Bartolomé Clavero («Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. Alianza Universidad. Madrid, 1990, pp. 57-89).

⁴⁷ TESTÓN NÚÑEZ, I., «El pecado y la carne durante el periodo moderno», José Jiménez Lozano, José Luis Martín, Santiago Sebastián, Isabel Testón Núñez & Amelia Valcárcel, *Pecado, poder y sociedad en la historia*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992, p. 116.

⁴⁸ PÉREZ MUÑOZ, I., *Pecar, delinquir y castigar: el tribunal eclesiástico de Coria en los siglos XVI y XVII*. Salamanca, 1992.

⁴⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Á., «La soga y el fuego: La pena de muerte en España en los siglos XVI y XVII», *Cuadernos de Historia Moderna* 15 (1994), pp. 13-40; aborda la persecución de la sodomía, hablando indistintamente de delito y pecado en todo su estudio. La influencia de Tomás y Valiente y Clavero es clara, y así aparece en la nota al pie 34.

⁵⁰ VELA CORREA, A. M., *De las instituciones penales y los juicios criminales en la Colonia Neogranadina (1718-1810)*. Tesis doctoral defendida en la Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, 2000 (disponible en www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis36.pdf); en el apartado «Del delito y del pecado» sigue a pies juntillas el estudio de Bartolomé Clavero «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (Alianza Editorial S. A. Madrid, 1990), sin análisis crítico alguno; en la p. 32 se afirma, siguiendo a Tomás y Valiente (*El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 353-405) –pero sin aportar fuente primaria ni secundaria alguna–, que «sobre la proporcionalidad se erigen dos tesis: La primera, de Alfonso de Castro, tasa la pena de acuerdo a la gravedad del pecado que todo delito entraña; la otra, de Lardizábal, la computa de conformidad al daño social ocasionado».

⁵¹ MOTIS DOLADER, M.Á., *Pecado y sociedad en Aragón ss. XV-XVI*, Zaragoza: Gobierno de Aragón, Departamento de Cultura y Turismo, 2002, pp. 78-82.

Cruz⁵², Morín⁵³, Juliano⁵⁴, Montero Cartelle⁵⁵, Chamocho Cantudo⁵⁶, Collantes de Terán de la Hera⁵⁷, y Gómez de Maya⁵⁸, entre otros, asumieron –frecuentemente con total ausencia de espíritu crítico y sin recurrir, salvo honrosas excepciones, a las fuentes primarias– la idea de una completa identificación entre delito y pecado en la Baja Edad Media y Alta Edad Moderna.

Otros, reconociendo la ausencia de definiciones de delito y de pecado, y admitiendo que, en algunos casos concretos, la línea divisoria entre ambas categorías no fue completamente clara, llegaron a conclusiones distintas al estudiar algunos delitos en particular.

Hace ya algunos años, las fuentes que empleé al analizar el delito de adulterio en el Derecho medieval catalán me llevaron a concluir que esta conducta delictiva no se castigaba tan solo –ni fundamentalmente– por su carácter pecaminoso. De lo contrario, muchas de las conductas sexuales «irregulares» debe-

⁵² MADRID CRUZ, M. D., «El arte de la seducción engañosa: Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el Tribunal del Bureo. Siglo XVIII», *Cuadernos de Historia del Derecho* 9 (2002), pp. 121-159, en particular p. 150: «Asimismo, no podemos olvidar que en estos siglos el crimen es considerado como blasfemia, pecado. Se produce un paralelismo entre delito y pecado que, como afirma Tomás y Valiente se da con mayor frecuencia en aquellos sectores «en que la ley secular no hacía más que respaldar con su fuerza en el fuero externo preceptos de la ley divina positiva» y continúa diciendo que «la misma coincidencia se da entre ambas leyes, la humana y la divina, en delitos como el adulterio, incesto, estupro, bigamia o sodomía» [TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 200]».

⁵³ Alejandro Morín ha trabajado de un modo exhaustivo los delitos relacionados con la moral sexual: MORÍN, A., «Matar a la adúltera: El homicidio de la adúltera en la legislación castellana medieval», *Cahiers de linguistique et de civilisation hispaniques médiévales* 24, 2001, pp. 353-377, Lyon; «Muertos y pecados en *Primera Partida*: la noción de pecado criminal en Alfonso X», *Anuario del Centro de Estudios Históricos «Prof. Carlos S. A. Segreti»* 7, 2007, pp. 371-390; «La penalización de la *sola cogitatio* en el derecho bajomedieval a partir de un comentario de Jacobo Butrigrario», M. MADERO & E. CONTE, *Procesos, inquisiciones, pruebas. Homenaje a Mario Sbriccoli (1941-2005)*, Buenos Aires: Ediciones Manantial, 2009, pp. 205-223; «Pecado e individuo en el marco de una antropología cristiana medieval», *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre | BUCEMA* [En ligne], Hors-série n.º 2 | 2008, mis en ligne le 16 janvier 2009, consulté le 03 février 2013. URL: <http://cem.revues.org/955>; DOI: 10.4000/cem.9552; *Pecado y delito en la Edad Media: estudio de una relación a partir de la obra jurídica de Alfonso El Sabio*, Córdoba: Ediciones del copista, 2009.

⁵⁴ JULIANO, D., «Delito y pecado. La transgresión en femenino», *Política y Sociedad* 46.1-2 (2009), pp. 79-95, en particular pp. 80-81.

⁵⁵ MONTERO CARTELLE, E., «La sexualidad medieval en sus manifestaciones lingüísticas: pecado, delito y algo más», *Clio & Crimen* 7 (2010), pp. 41-56, en particular pp. 49, 53 and 55.

⁵⁶ CHAMOCHO CANTUDO, M. A., *Sodomía. El crimen o pecado contra natura o historia de una intolerancia*, Madrid: Dykinson, 2012.

⁵⁷ COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, M. J., *El delito de estupro en el Derecho castellano de la baja Edad Media*, Madrid, Dykinson, 2012; *El amancebamiento. Una visión histórico-jurídica en la Castilla moderna*, Madrid, Dykinson, 2014; «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 161-186.

⁵⁸ GÓMEZ DE MAYA, J., «El codificador ante el crimen nefando», *AHDE* 83 (2013), pp. 139-184.

rían haber sido también penalizadas y no lo fueron (en particular, la fornicación y la prostitución)⁵⁹.

Villalba Pérez, en su trabajo *¿Pecadoras o delincuentes?*, admitió que la identificación –aparentemente clara– entre delito y pecado fallaba al analizar determinadas conductas como la prostitución⁶⁰.

Juan Miguel de Mendoza, quien, en 1993, había publicado un trabajo recogiendo el legado de Tomás y Valiente y de Clavero⁶¹, cambió de parecer en un estudio relativamente reciente sobre la Castilla medieval⁶².

Más recientemente, Álvarez Cora se ha ocupado de la relación entre delito y pecado en unos términos bien distintos a su estudio sobre el Derecho sexual visigótico. En efecto, al tratar –en su obra *La tipicidad de los delitos en la España moderna*– el apartado titulado «Delitos o pecados»⁶³, lleva a cabo un riguroso replanteamiento –aunque él no emplee esa expresión, quizá por fina modestia– de la relación entre delito y pecado. Tan solo una lectura superficial de estas páginas podría corroborar o confirmar al lector el lugar común de la «identificación», «indistinción» o «confusión» entre delito y pecado en la tradición penal anterior al periodo codificador.

Partiendo del modelo de Tomás y Valiente recogido en *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, señala –y con notable acierto– que «produce una cierta extrañeza el hecho de que Valiente atribuya las mismas características de las regulaciones legales a los tipos delictivos elaborados por la doctrina, porque me parece que en ésta –tanto jurídica como teológica– el grado de plenitud y el repunte de abstracción que alcanzan las figuras delictivas es muy alto, y desde luego incomparablemente superior al que la legislación manifiesta»⁶⁴. En otras palabras, carece de sentido llegar a conclusiones generalizadoras sobre la tradición penal en general, así como de concretos aspectos de la misma en particular, en base a la información proporcionada por las fuentes legales –siempre escasa y fragmentaria–, sin un análisis mínimamente exhaustivo de la doctrina. Identificar la tradición penal con la legislación penal ha constituido un error de

⁵⁹ MASFERRER, A., «La dimensión ejemplarizante del Derecho penal municipal catalán en el marco de la tradición jurídica europea. Algunas reflexiones iushistórico-penales de carácter metodológico», *AHDE* 71 (2001), pp. 439-471.

⁶⁰ VILLALBA PÉREZ, E., *¿Pecadoras o delincuentes? Delito y Género en la Corte 1580-1630*, Madrid: Calambur Biblioteca litterae, 2004, pp. 22-23.

⁶¹ MENDOZA GARRIDO, J. M., «La delincuencia a fines de la Edad Media. Un balance historiográfico», *Historia. Instituciones. Documentos* 20 (1993), pp. 233-261; señalaba, siguiendo el parecer de Tomás y Valiente y de Clavero, que «resultaba difícil distinguir entre delito y pecado» (p. 234). También se apoyó en SHARPE, J. A., *Crime in Early Modern England 1550-1750*, London, Longman, 1984, p. 5; y en BEATTIE, J. M., «The Patters of Crime in England, 1660-1800», *Past and Present* 70 (1974), p. 47, al señalar que en la Edad Moderna resultaba difícil distinguir entre delito e inmoralidad. Sin embargo, entiendo yo que la distinción entre delito e inmoralidad no es del todo posible.

⁶² MENDOZA GARRIDO, J. M., «Mujeres adúlteras en la Castilla medieval. Delincuentes y víctimas», *Clio & Crimen* 5 (2008), pp. 151-186.

⁶³ ÁLVAREZ CORA, E., *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, Dykinson, 2012, capítulo 1, pp. 16-22, publicado por vez primera en su estudio «Recordando a Tomás y Valiente: la noción de delito en la España moderna», *Rechtsgeschichte* 17 (2010), pp. 92-125.

⁶⁴ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 15.

graves consecuencias en la historiografía penal, y explica la existencia de tópicos y lugares comunes difíciles de erradicar.⁶⁵ En este sentido, la «identificación», «indistinción» o «confusión» entre delito y pecado es una de ellas, y se sigue sosteniendo a día de hoy, recurriendo muchas veces a la expresa mención del término «pecado» recogido en el texto de las Siete Partidas⁶⁶.

Según Álvarez Cora, Tomás y Valiente encontró en el pecado el fundamento que le permitió distinguir entre el delito (crimen, malfetría) y la contravención (caso), consumando «la comunión entre delito o crimen y pecado (...), pero a través de una articulación –no del todo plena (...)– de especies»⁶⁷. Más en concreto, al tratar de la relación entre el delito y pecado, se pregunta Álvarez Cora qué significa «que todo delito es un pecado», y distingue la «función sustantiva» del pecado de la «función descriptiva» (o técnica) del pecado. Y añade: «Curiosamente, Tomás y Valiente prefiere la función sustantiva –la necesita para distinguir con un fundamento claro delitos y contravenciones– y no la función descriptiva, que me parece mucho más acorde con la noción descriptiva y fragmentaria del tipo delictivo que él mismo ha trazado»⁶⁸.

Decantarse –como desgraciadamente hizo Tomás y Valiente– por la denominada «función sustantiva» del pecado supone constreñir –o limitar– la esfera de autonomía del poder civil «que no admitiría ni la legislación ni la doctrina. ¿El Derecho penal civil es una mera atribución de fuerza legal al Derecho penal canónico o el resultado de su orientación? No, evidentemente». Y añade: «De hecho, la ley penal crece por el mundo de los casos o contravenciones porque no se limita a sancionar conductas pecaminosas, de la misma forma que no sanciona todos los pecados»⁶⁹.

A diferencia de Tomás y Valiente, Álvarez Cora se inclina más bien por la «función descriptiva» del pecado, en virtud de la cual «la ley penal se limita a

⁶⁵ De este respecto me ocupé hace ya unos años en mi estudio *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, Jaén, Universidad de Jaén, 2003, pp. 31-66, en particular pp. 47-62, 99-109; sobre el *ius commune* en la historiografía penal, véase MASFERRER, A., «El *ius commune* en la historiografía penal española. Una apuesta metodológica de apertura hacia lo supranacional y europeo», O. Condorelli, E. Montanos-Ferrin, K. Pennington, Hgg., *Studi in Onore di Manlio Bellomo*, Roma, 2004, t. III, pp. 563-587.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, el caso reciente de COLLANTES DE TERÁN, «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», p. 168; de la mención expresa del término «pecado» en el texto de Partidas al referirse a ciertas conductas («yerros» de lujuria, simonía, usura, perjurio, adulterio, incesto, estupro, sodomía y suicidio), Collantes de Terán llega a la conclusión que «durante la baja Edad Media y también en los siglos modernos eran también calificados indistintamente de pecados o delitos no solo las acciones como la herejía, apostasía, actos de brujería y demás incluidas bajo la jurisdicción del Santo Oficio de la Inquisición, sino también aquellas otras que offendían directamente a Dios (perjurio, blasfemia, falso testimonio...), o que atentaban contra el sacramento del matrimonio, como la bigamia o el adulterio, o la moral sexual tanto en sus más graves preceptos –pecados de incesto y sodomía– como en otras formas que la mentalidad de la época estimaba mucho más livianas –amancebamientos, «pecados de sensualidad», «pecados y escándalos públicos». Es decir, aquellos «malos fechos que son contra los Mandamientos de Dios», como declara el Proemio de la Séptima Partida» (p. 168).

⁶⁷ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 16.

⁶⁸ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 19.

⁶⁹ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 19.

sancionar, y algunas conductas sancionadas serán pecado, en tanto otras no». Y añade:

«La función descriptiva del pecado opera desde el exterior (ámbito teológico) y no prejuzga sustantivamente la legislación penal, luego tampoco obliga a una catalogación sustantiva de delitos (pecados) y contravenciones (no pecados)»⁷⁰.

El mismo autor reconoce que esta visión supone «una deconstrucción de la catalogación establecida por Tomás y Valiente mediante la noción de pecado»⁷¹, si bien sí admite una mera «función descriptiva» del pecado, que «tiene sus virtudes en el campo de la reflexión jurídica civil»⁷². Su conclusión es diáfana:

«La conexión entre delito y pecado debe ser entendida, a mi modo de ver, como una orientación técnica del pecado que sirve a la categorización del delito. Sin duda, hay que construir modernamente la noción de delito a partir de una moralidad católica, luego la dogmática de esa moralidad tiene que ofrecer su técnica. (Y esto, de nuevo, no significa que las esencias sean intercambiables). Por eso, la doctrina civil está preocupada, no por la congruencia pecaminosa de las conductas que sanciona, sino por poner de relieve en qué puntos aquella orientación técnica es aprovechable y en qué puntos no»⁷³.

Comparto completamente el parecer de Álvarez Cora a este respecto. No fue ese, en absoluto, el planteamiento de Tomás y Valiente o el de Clavero. Ni tampoco ha sido esa, en consecuencia, la línea seguida por una parte importante de la historiografía penal en torno a la relación entre delito y pecado, que ha optado por seguir la tesis de Tomás y Valiente. Éste no se percató de esa función meramente descriptiva del pecado, y generalmente dio a entender —en ocasiones, de un modo explícito— la función sustantiva del pecado, en virtud de la cual algunas conductas eran perseguidas y castigadas por la ley penal por el mero hecho —o por la sencilla razón— de ser pecado. Este planteamiento es, sencillamente, inadmisibile. Y las fuentes doctrinales lo muestran de un modo claro. A este respecto mi tesis coincide con la de Álvarez Cora, y hace justicia a las valiosas aportaciones de la doctrina jurídica (siglos XVI y XVII), que en España fue ignorada —y, en algún caso, denostada— por los penalistas de los siglos XVIII y XIX⁷⁴. Esa triste ignorancia permitió que pudiera presentarse la empresa codi-

⁷⁰ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 19.

⁷¹ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 19.

⁷² ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 20; y añade con modestia y delicadeza encomiables: «Estas virtudes son las que vuelven a hacer enormemente útiles las intuiciones y criterios de Valiente. Porque, sin duda, la doctrina civil encuentra en la doctrina teológica del pecado la cirugía necesaria para someter a análisis el concepto de delito. Esto es lo que cimenta la identificación entre delito y pecado, más cáscara que nuez».

⁷³ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 20.

⁷⁴ Sobre la definición de delito en el periodo codificador, véase el estudio de MASFERRER, A. & RAMOS VÁZQUEZ, I., «Noción y clasificación del delito en la Codificación española: una aproximación comparada con la Codificación francesa y alemana», *La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Parte General* (Aniceto Masferrer, ed.), Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2017, pp. 167-218; para una panorámica de la doctrina penal decimonónica, véanse RAMOS VÁZQUEZ, I. & CAÑIZARES-NAVARRO, J. B.,

ficadora como una ruptura con el pasado, como hiciera Joaquín Francisco Pacheco en su comentario al Código penal de 1848⁷⁵.

Del hecho de que algunos autores –no la mayoría, como se verá– del siglo XIX se refieran a la separación entre delito y pecado, y defiendan la autonomía de la ciencia jurídica frente a la teológica, no cabe inferir que fue en ese siglo cuando se consagró ese principio⁷⁶. Esa separación no fue una contribución del siglo XIX. Con acierto afirma Álvarez Cora que esa separación ya se había defendido en el siglo XVIII, pero no «de una forma inopinada y sorpresiva, sino como fruto de una secular precisión de diversas naturalezas: terminada la transfusión técnica del pecado, el delito se desacordona y desumbilica»⁷⁷. En realidad, el siglo determinante en el que la ciencia jurídica adquiere una autonomía e independencia frente a la teología fue el XVII, si bien en el XVI se da ya una marcada tendencia hacia esa dirección. En este sentido, conviene extremar la prudencia para no atribuir a autores del siglo XVIII méritos por supuestas aportaciones originales que no les corresponden⁷⁸.

«La influencia francesa en la primera Codificación española: el Código penal francés de 1810 y el Código penal español de 1822», *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Aniceto Masferrer, ed.), Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 153-212; MASFERRER, A. & SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. M., «Tradicón e influencias extranjeras en el Código penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico», *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras, y a la francesa en particular* (Aniceto Masferrer, ed.), Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, pp. 271-349.

⁷⁵ PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*. Madrid, 1848 (manejamos la última edición: Madrid, Edisofer, 2000), p. 82: «... una normativa en la que nada era digno de respeto, nada era digno de conservación, ninguna parte se podía reservar para la regla de la sociedad futura. Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla (...). El carro de la destrucción y de la reforma debía pasar por el edificio ruinoso, porque no había en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse (...). En España, y tratándose de las leyes criminales, el sistema de la codificación, el sistema del cambio absoluto, era el único legítimo y el único posible»; al respecto, véase MASFERRER, *Tradicón y reformismo en la Codificación penal española*, Jaén, Universidad de Jaén, 2003, pp. 31-32.

⁷⁶ También existe en la actualidad una corriente doctrinal anglosajona que sostiene que no habrá auténtica separación entre delito y pecado mientras no se legalice –o despenalice– por completo la prostitución, la venta y consumo de drogas, así como el incesto, la poligamia (poliginia y poliandria), la clonación reproductiva, la investigación con células madre embrionarias, etc. Esto va a suceder siempre, porque el Derecho penal no puede desentenderse de la moral ni de la axiología. Siempre habrá quien afirme que «se confunde (...) el delito con el vicio», como hiciera el magistrado Isidoro Ramírez y Burgaleta al criticar el Código penal de 1848 (RAMÍREZ Y BURGALETA, Isidoro, *Código penal de España reformado, nuevo procedimiento criminal, y organización general de los tribunales. Obra presentada al Gobierno de S. M. la Reina el 28 de marzo de 1859*, Madrid, Manuel Rivadeneyra, 1859, p. X; recogido por GÓMEZ DE MAYA, J., «La Venus Ática: el delito de sodomía en el pensamiento ilustrado y liberal», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 285, quien señala, a esta respecto, que «[d]e cierto, la confusión entre delito y vicio o pecado se mantuvo en vigor, pero no tanto en la letra de la ley como en algunas de sus interpretaciones»).

⁷⁷ ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, pp. 21-22.

⁷⁸ En este sentido, entiendo que la tesis de José Marcos Gutiérrez, según la cual la mera voluntad o ánimo o deseo de delinquir no es delito, sino tan solo un pecado, no es una aportación original suya ni del siglo XVIII (como parece dar a entender ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 22), ni tampoco la de José María Álvarez, según la cual «el peca-

2.2 LA RELACIÓN ENTRE DELITO Y PECADO EN LA HISTORIOGRAFÍA EUROPEA Y ANGLOSAJONA

En otras tradiciones jurídicas occidentales, a los estudiosos no les ha pasado por alto la conexión entre delito y pecado, especialmente al analizar conductas delictivas relacionadas con las buenas costumbres o la moral sexual⁷⁹.

La mayoría de autores ha reconocido la relación entre ambas categorías y la complejidad de tal correspondencia. Tras la Constitución *Cunctos Populos* (28 de febrero de 380), sancionada por el emperador Teodosio I, en la que se declaró la fe cristiana como religión oficial del Imperio Romano, la moral cristiana empezó a ejercer una influencia gradual y progresiva sobre el poder político oriental y occidental:

«No era fácil llevar a cabo y realizar concretamente la famosa distinción entre las espadas papal e imperial, entre la jurisdicción religiosa y la secular, formulada por el papa Gelasio I en el siglo v. De hecho, la mayor *auctoritas* papal y la menor *potestas* imperial estaban unidas por el derecho del papa de intervenir en asuntos políticos, *ratione peccati*, esto es, cuando un pecado se había cometido públicamente y no había sido reprimido por las autoridades civiles. Esta reivindicación de la superioridad moral del papa sobre el emperador pasó por bastantes vicisitudes y acompañó las relaciones entre ambas autoridades, que seguían una suerte de movimiento pendular, ya a favor del emperador, ya a favor del papa»⁸⁰.

do es la acción interna o externa que vulnera la ley divina, mientras el delito requiere la afección a la tranquilidad pública o a la seguridad de los particulares» (ÁLVAREZ CORA, *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, p. 22). Si bien es cierto que estas ideas «marcan distancia entre pecado y delito» (*ibid.*), esas «distancias» ya venían siendo recogidas y defendidas por la doctrina penal de los siglos medievales y modernos.

⁷⁹ Véase, por ejemplo, ROLAND, G., «Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte», Bockelmann Paul/Gallas Wilhelm (Hg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt* (Göttingen, 1961), pp. 333-342; PENNINGTON, K., «Pro peccatis patrum puniri: a Moral and Legal Problem of the Inquisition», *Church History* 47 (1978), pp. 137-154; BRUNDAGE, J. A., *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe* (Chicago, 1987); BRUNDAGE, J. A., «Sex and the Canon Law: A Statistical Analysis of Samples of Canon and Civil Law», *Sexual Practices and the Medieval Church* (Vern L. Bullough & James Brundage, eds.) (Buffalo, New York, 1982), pp. 89-101; SCHILLING, H., «History of Crime? Or History of Sin? Some Reflections on the Social History of Early Modern Church Discipline», en E I Kouri and T Scott (eds), *Politics and Society in Reformation Europe*, Macmillan Press, 1987, pp. 289 ss.; DAVIDSON, N., «Theology, nature and the law: sexual sin and sexual crime in Italy from the fourteenth to the seventeenth century», *Crime, society and the Law in Renaissance Italy* (T. Dean / K. J. Lowe, eds.) (Cambridge, 1994), pp. 74-98; MARTIN, G., «Recht und Moral am Beispiel der Sittlichkeitsdelikte seit dem Mittelalter», Jerouschek Günter/Rüping Hinrich (Hg.), »*Auss liebe der gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn*«. *Historische Beiträge zur Strafverfolgung* (Rothenburger Gespräche zur Strafrechtsgeschichte, 1), Tübingen, 2000, pp. 113-134.

⁸⁰ FERRARI, A., «The Catholic Church and Political Power: a Long and Complex Relationship», *In the Name of God*, Tehran, 2010, p. 14: «It was not easy to make the famous distinction between the imperial and papal swords, the distinction between the secular and religious jurisdictions, described by Pope Gelasius I in the V Century, a concrete reality. In fact, papal major *auctoritas* and imperial minor *potestas* were linked by the right of the pope to intervene in political matters, *ratione peccati*, that is when a sin was publicly committed and not repressed by the

Se ha afirmado que, tras la mencionada constitución, «el derecho secular y el canónico, aunque distintos en teoría, estaban íntimamente relacionados en la práctica. Los delitos sexuales se fueron tomando cada vez más en serio»⁸¹.

Por su parte, Harold Berman hizo un notable esfuerzo para esclarecer esta compleja cuestión⁸². Nunca llegó a negar la existencia de esta conexión: aceptando la posible falta de separación entre delito y pecado antes de la «Revolución papal»⁸³, demostró que estas nociones se distinguían –aunque permanecieran interrelacionadas– no solo en el Derecho penal secular, sino, ante todo, en el canónico, donde la distinción entre pecado (que debía ser oído y perdonado en el sacramento de la penitencia) y «delito-pecado» o «delito» (enjuiciado por los Tribunales Eclesiásticos) resultaba nítida. La gravedad, el carácter externo (es decir, con efectos hacia afuera) y la naturaleza «escandalosa» eran los tres requisitos para que un pecado fuera reputado como delito eclesiástico⁸⁴. Pese a la variedad de relaciones entre delito y pecado, siendo una de las más importantes el requisito de la culpa –o de la negligencia, por lo menos– para la existencia de un delito (idea que provenía de la noción de delito), Berman nunca afirmó que el delito, incluso el eclesiástico, fuera perseguido y castigado por el mero hecho de ser un pecado, ni siquiera grave o mortal.

Algunos autores han simplificado excesivamente esta relación al distinguir entre antes y después del siglo XVIII. Esta visión no se ajusta completamente a la realidad. Dejando aparte el hecho de que la secularización del Derecho fue un proceso largo y gradual, cuyo origen es anterior a la Ilustración y finalizó en las postrimerías del siglo XIX, no puede obviarse que la amplia influencia de la moral cristiana fue mayor en la Alta Edad Moderna –cuando la Iglesia estaba respaldada por los Estados, es decir, por los monarcas– que en la Edad Media,

civil authority. This claim for the moral superiority of the pope over the emperor had different vicissitudes and accompanied the relationships between these two authorities which followed a sort of pendular movement, where the balance was now in favour of the emperor and now of the pope».

⁸¹ WIESNER-HANKS, M. E., *Christianity and Sexuality in the Early Modern World. Regulating Desire Reforming Practice*, London-New York: Routledge, 2000, p. 32.

⁸² BERMAN, H. J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983, pp. 185-195.

⁸³ En este sentido, ver BRUNDAGE, J. A., «Playing by the rules: Sexual Behavior and Legal Norms in Medieval Europe», Jacqueline Murray & Konrad Eisenbichler (Eds.), *Desire and Discipline. Sex and Sexuality in the Premodern West* (Toronto: University of Toronto Press, 1996, pp. 24-26: «The procedural changes involved in dealing with sex offences largely concerned the law of evidence. Not all deviations from the Church's norms for sexual behavior constituted crimes justiciable before the courts. While all sex offences were sins, a great number of them – such as entertaining lascivious fantasies, masturbation, wet dreams, and the like – were solely matters of conscience, for which the “internal forum” of the confessional was the appropriate venue for private adjudication by the confessor, who was empowered to impose punishment in the form of an appropriate penance and impart sacramental absolution of guilt. Twelfth-century jurists only gradually drew a distinction between sexual crimes in the rigorous sense of the term and other types of sexual sins and offences. When they did so, they relied, as canonists and theologians so often did, on the ideas of Saint Augustine. Gratian's definition of “crime” in his *Decretum* (completed ca 1140), for example, is entirely Augustinian: “A crime, however, is a serious sin, eminently deserving of accusation and condemnation”».

⁸⁴ BERMAN, *Law and Revolution*, pp. 187-188.

periodo en el que tanto la Iglesia como los poderes políticos no eran particularmente fuertes ni estaban completamente asentados⁸⁵.

En efecto, en la Edad Media las enseñanzas de la Iglesia no siempre llegaban a los creyentes y, en su caso, cabe pensar que generalmente no resultaban bien acogidas o aceptadas. En esta línea, la doctrina demuestra que la mayoría de los fieles prestaban escasa atención a las objeciones morales con respecto a la fornicación y al adulterio⁸⁶. En consecuencia, las normas sobre la conducta sexual eran desacatadas en muchos territorios europeos. Así, Francia⁸⁷ y Portugal⁸⁸, por nombrar algunos países, constituyen claros ejemplos de esta tendencia, y no encuentro razones para pensar que estos territorios fueran singulares a este respecto⁸⁹.

Desde un punto de vista teórico, Tomás de Aquino, siguiendo la doctrina de San Agustín, según la cual «aunque todo delito es pecado, no todo pecado es

⁸⁵ CHOZA, J., «Pequeña historia cultural de la moral sexual cristiana», *Themata. Revista de Filosofía* 36 (2006), p. 84: «La moral sexual más estricta y abarcante empieza a hacerse valer en la modernidad, pero en el medievo ni la iglesia ni los estados tienen todavía una estructura administrativa tan fuerte como para generar un poder coercitivo y un control social con la intensidad de la edad moderna. Había que elaborar científicamente la concepción del sexo, de la castidad y del pecado sexual, y había que expresar esas valoraciones en términos práctico-administrativos, y eso precisaba una ciencia teológica universalmente aceptada y una administración eclesiástica de vigencia también universal, todo lo cual requería mucho trabajo y, obviamente, mucho tiempo».

⁸⁶ BRUNDAGE, J. A., «Playing by the rules: Sexual Behavior and Legal Norms in Medieval Europe», Jacqueline Murray & Konrad Eisenbichler (Eds.), *Desire and Discipline. Sex and Sexuality in the Premodern West*, Toronto: University of Toronto Press, 1996, p. 24: «Similarly the rules that prohibited fornication between unmarried partners and adultery between married persons and third parties were so widely disregarded that ordinary people could, and frequently did, treat these high-flown theories of the clerks as having scant relationship to daily life. People generally found it hard to believe that such everyday and natural behavior could be sinful at all, much less mortally so, and the opinion that fornication was no sin appears among the heretical propositions condemned at Paris in 1277».

⁸⁷ ROSSIAUD, J., *La prostitución en el Medievo* (Barcelona: Ariel, 1986), pp. 133 ss.

⁸⁸ ELBL, I., «Men without Wives: Sexual Arrangements in the Early Portuguese Expansion in West Africa», Jacqueline Murray & Konrad Eisenbichler (Eds.), *Desire and Discipline. Sex and Sexuality in the Premodern West* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), p. 62: «Extramartial relations were extremely common, as reflected by the seemingly endless streams of petitions to legitimize children born out of wedlock to both lay and ecclesiastical parents. In 1466, the members of a Bohemian embassy commented in wonderment on the fact that many members of the Portuguese clergy seemed to be lawfully married, that is, lived openly with their common-law wives. On a darker note, the royal chanceries reveal that many criminal and civil cases in which royal intervention was sought had a sexual context, whether it was seduction, adultery, or various types of sexual assault. Concubinage and prostitution were regarded with great complacency both by the authorities and by the public. As a matter of fact, long standing concubinage was hardly distinguishable from common-law marriage (*casamento da pública fama*) and a simple exchange of vows was an accepted form of marriage ceremony, although in the fifteenth century it became increasingly common to seek nuptial blessing (*casamento de beçao*), as pressure to have marriages solemnized by the Church increased. Both the popular and the Court culture were preoccupied with the pleasures of love and sex».

⁸⁹ Incluso en la temprana Edad Moderna en España, de acuerdo con Villalba Pérez, en su *¿Pecadoras o delincuentes? Delito y género en la Corte (1580-1630)*, p. 201, había menos presión ejercida de los moralistas de lo que se piensa.

delito»⁹⁰, certificó –al menos, teóricamente– la distinción entre ambas categorías, llegando a afirmar que el Derecho no debe tener por objeto la perfección moral de sus ciudadanos (ni, mucho menos, su salvación eterna), sino garantizar la paz y estabilidad del conjunto de la sociedad⁹¹. Soslayar frívolamente la distinción entre delito y pecado implicaría «caricaturizar las intrincadas meditaciones teológicas sobre delito, pecado y gobierno que caracterizan a las grandes mentes de la tradición cristiana»⁹².

En la Alta Edad Moderna, la Reforma protestante y la Contrarreforma católica (con el Concilio de Trento, 1545-1563), el surgimiento del Estado moderno, la Guerra de los Treinta Años (1618-1648) y el Tratado de Westfalia (1648) constituyeron momentos y factores muy relevantes que transformaron radicalmente el contexto político, social y moral europeo. Una de sus principales consecuencias fue el papel del Estado como guardián o protector de la ortodoxia religiosa, que comprendía tanto la moral como las verdades de fe (o dogmas). Este nuevo contexto no trajo consigo la persecución y castigo de todos los pecados, sino solo de aquellos que los monarcas creían –a veces bajo la notoria influencia de los teólogos– que podían constituir una amenaza al orden social, el cual comprendía un orden natural diseñado y creado por Dios a través de las leyes naturales.

Además, generalmente los monarcas no respaldaron la fe por mero entusiasmo religioso o por un sincero amor a Dios, sino como medio o instrumento para el impulso y la promoción de la unidad política, en línea con el principio «*cuius regio illius religio*». Por ello, los monarcas veían cualquier desviación moral o dogmática como una amenaza contra el Estado, debiendo ser, en consecuencia, perseguida y castigada. En este sentido, mientras algunas conductas sexuales (como el adulterio, el incesto, la violación, la bigamia y la sodomía, entre otras) eran castigadas por atentar contra de las leyes naturales (cuya salvaguarda se entendía que constituía una *conditio sine qua non* para lograr la paz y el orden social), otras conductas como la herejía o la blasfemia se castigaban criminalmente porque constituían una amenaza para el poder político, cuya uni-

⁹⁰ SAN AGUSTÍN, *The Enchiridion on Faith, Hope, and Love*, para. 64, reimpresso en 1 *The Augustine Catechism* 88 (John E. Rotelle ed., Bruce Herbert trans., 1999).

⁹¹ ST. THOMAS AQUINAS, *Summa Theologica*, Pt. II.1, Q. 96, Art. 2: «Now human law is framed for a number of human beings, the majority of whom are not perfect in virtue. Wherefore human laws do not forbid all vices, from which the virtuous abstain, but only the more grievous vices, from which it is possible for the majority to abstain; and chiefly those that are to the hurt of others, without the prohibition of which human society could not be maintained: thus human law prohibits murder, theft and such like.» Tomás de Aquino dejó también claro, en su Respuesta a la Tercera Objeción, que las leyes humanas no deberían prohibir todo lo que está prohibido por Derecho Natural: «The natural law is a participation in use of the eternal law: while human law falls short of the eternal law. Now Augustine says (De Lib. Arb. i, 5): «The law which is framed for the government of states, allows and leaves unpunished many things that are punished by Divine providence. Nor, if this law does not attempt to do everything, is this a reason why it should be blamed for what it does.» Wherefore, too, human law does not prohibit everything that is forbidden by the natural law».

⁹² BALLOR, J. J., «To Reform or to Abolish? Christian Perspectives on Punishment, Prison, and Restorative Justice», 6 *Ave Maria Law Review* 481, 502-503 (2008) (donde se recoge el pensamiento de la tradición cristiana en torno a relación entre delito y pecado).

dad y cohesión se basaba fundamentalmente –aunque no, exclusivamente– en la fe cristiana⁹³.

Los intereses comunes de la Iglesia y del Estado –unidad política basada en la ortodoxia religiosa, tanto doctrinal como moral– llevaron a las autoridades seculares a ser a veces más estrictas que las eclesiásticas. Esta tendencia, que hundía sus raíces en la Baja Edad Media⁹⁴, fue acentuándose notablemente en la Alta Edad Moderna, a medida que los Estados fueron creciendo en extensión y consolidando su poder. Así, las fuentes revelan que cuanto más absoluto devenía el poder político, más se estrechaba la relación entre delito y pecado. Esto llevó a alguno a hablar de la «sacralización de la sociedad»⁹⁵.

Por lo que respecta a Francia, por ejemplo, se ha dicho que «la ética marital comprendida en la legislación real entre 1579 y 1730 refleja la efectiva concomitancia entre las ideologías religiosas, políticas y sociales»⁹⁶.

Algunos estudiosos han subrayado que el proceso de «disciplina social», que comenzó antes de la Reforma, «se expandió y se acentuó», llevando a un proceso «generalmente denominado de *confesionalización*»⁹⁷.

En España, Felipe II decretó la introducción de las disposiciones del Concilio de Trento en la monarquía española a través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564. Algunos meses más tarde (7 de enero de 1565), el Consejo de Castilla decidió celebrar varios consejos provinciales con el propósito de estudiar las disposiciones de Trento y estudiar el modo de introducirlas⁹⁸.

Es cierto que algunos monarcas absolutos, preocupados por la salvación de sus súbditos –y, en ocasiones, incluso animados por las autoridades ecle-

⁹³ Esta es otra forma de explicar las razones por las que estos delitos fueron castigados, que difiere de la visión de Tomás y Valiente en su *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 219; TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura,» p. 46.

⁹⁴ WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 47: «By the late Middle Ages, secular authorities were generally no less concerned than church leaders with trying to make people's sexual and marital lives follow a prescribed pattern. In fact, they could be even more rigorous».

⁹⁵ FARR, J. R., *Authority and Sexuality in Early Modern Burgundy (1550-1730)*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 158: «Between 1550 and 1700, the church and state worked to achieve the *sacralization of society*. The first deep cracks in the new order appeared in the early eighteenth century» (la letra cursiva es mía).

⁹⁶ FARR, *Authority and Sexuality in Early Modern Burgundy (1550-1730)*, p. 90.

⁹⁷ RUBLACK, Ulinka (Ed.), *Gender in Early Modern German History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 157: «Oestreich and others point out that almost all religious authorities in the early modern period, whether Catholic, Lutheran, or Calvinist, were engaged in a process of social disciplining, by which they mean working with secular political authorities in an attempt to get people to live a proper, godly life. This process began before the Reformation especially in cities, when political leaders regulated prostitution, made sodomy a capital crime, and increased the consequences of illegitimacy. After the Reformation, religious and political leaders of all denominations expanded and sharpened their efforts, usually accompanying these with increased attention to teaching people the basics of their particular version of Christianity, in a related process generally termed *confessionalization*».

⁹⁸ SANTOS DÍEZ, J. L., *Política Conciliar Postridentina en España*, Roma: Instituto Español de Historia Eclesiástica, 1969, p. 7 (citado por FRANCISCO VÁZQUEZ GARCÍA y ANDRÉS MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón. Una genealogía de la moral sexual en España ss. XVI-XX*, Madrid: Akal Universitaria, 1997, p. 70, nota al pie n. 44).

siásticas que calificaban sus leyes como insuficientes para mantener el orden social⁹⁹–, dieron un paso más allá y decidieron imponer castigos a aquellos creyentes que no cumplían con sus obligaciones religiosas¹⁰⁰. Sin embargo, conviene resaltar que tales medidas fueron realmente excepcionales, poco comunes, y que, generalmente, la monarquía española no penalizó a los creyentes por el incumplimiento de obligaciones estrictamente religiosas o eclesiásticas.

El surgimiento de los poderes políticos absolutistas, al buscar la unidad política y cohesión social en base a la moral y la ortodoxia religiosa, trajo consigo la aparición de los Estados confesionales, en los que la separación entre Iglesia y Estado se difuminó. En consecuencia, Iglesia y Estado, aunque estuvieran teóricamente separados¹⁰¹, se apoyaban mutuamente para la consecución de algunos fines comunes¹⁰².

Las fuentes reflejan el papel determinante de los poderes absolutistas en el acercamiento de las –teóricamente distintas– categorías de delito y pecado. Esto explica por qué algunos comportamientos sexuales tolerados en la Edad Media fueron perseguidos y castigados en los siglos modernos. Por ejemplo, en Castilla, mientras las *Siete Partidas* (P. IV, 14) toleraban la cohabitación, las Leyes de Toro de principios del siglo XVI, previas a la Reforma y a Trento, comenzaron a perseguirla y castigarla. Si el poder político castellano no hubiese sido absoluto, probablemente esta conducta jamás hubiera sido penalizada¹⁰³.

⁹⁹ ROSSIAUD, *La prostitución en el Medievo*, p. 178: «Pero a los frailes reformadores les faltaba confianza en el poder disciplinario de una Iglesia «corrompida», y las leyes eclesiásticas se revelaban incapaces de restablecer el orden; por ello incitaban a las autoridades civiles a intervenir. Sabemos que la respuesta fue vacilante y voluble. A pesar de ello, en 1509, el tribunal supremo de Orange expuso a los que vivían en concubinato a terribles penas pecuniarias. Algo más tarde, la municipalidad de Dijon reprimía pública y rigurosamente –a pesar de la actitud tolerante del vecindario– a los prometidos que hacían vida conyugal. En 1546, el consejo de Avignon intentó oponerse al matrimonio desordenado, y al poco tiempo intervino el propio rey de Francia».

¹⁰⁰ En Castilla, por ejemplo, se imponía castigos pecuniarios a los católicos que no iban a confesarse y a recibir la santa comunión cuando estaban cerca de la muerte (NR 1, 1, 5), o a los médicos que no recomendaban a sus clientes en el lecho de muerte la conveniencia de confesarse (NR 3, 16, 3). Tomás y Valiente mencionó estas disposiciones como prueba de la identificación o proximidad de delito y pecado (*El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 231, nota al pie n. 69), pero sin referirse a su carácter excepcional ni a su conexión con los poderes políticos absolutistas.

¹⁰¹ RHONHEIMER, M., «Cristianesimo e laicità: storia ed attualità di un rapporto complesso», *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, ed. Pierpaolo Donati, Bologna: Il Mulino, 2008, pp. 27-138; *Christentum und säkularer Staat. Geschichte–Gegenwart–Zukunft*. Mit einem Vorwort von Ernst-Wolfgang Böckenförde (Freiburg i. Br.: Herder, 2012); una versión inglesa –ampliada– puede verse en «Christianity and Secularity: Past and Present of a Complex Relationship», M. Rhonheimer, *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching*, Washington D. C.: The Catholic University of America Press, 2013, pp. 342-428.

¹⁰² TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, pp. 221-222: «Es la época en que la Iglesia se sirve del brazo secular y en que el poder político se compromete a cumplir fines estrictamente religiosos».

¹⁰³ VÁZQUEZ GARCÍA & MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón*, p. 287: «Si por parte de la nueva Monarquía Autoritaria se quería instrumentalizar la institución familiar como colaboradora en el

Este factor también explica el diverso grado de tolerancia hacia algunas conductas, así como la benignidad con que fueron castigadas en algunos territorios en comparación con otros. En este punto, Tomás y Valiente parece soslayar esta realidad al analizar algunas disposiciones de Derecho penal valenciano, cuya benignidad –en comparación con las de Castilla– no se debía tanto al contexto cronológico, como al sistema político valenciano, el pactismo, bien alejado del absolutismo castellano¹⁰⁴.

Además, los Estados absolutistas hicieron un uso claramente instrumental del Derecho penal, poniéndolo al servicio de los intereses políticos (o del Estado), más o menos coyunturales, pero con una progresiva tendencia omnicomprensiva y totalizadora, afectando también a la moral y la religión¹⁰⁵. En este sentido, conviene no olvidar, junto al papel de los poderes políticos absolutistas en la gradual expansión de la criminalización y castigo de algunas conductas supuestamente inmorales e irreligiosas, la existencia de algunos gobernantes cuya obsesión por estas cuestiones (morales y religiosas) fue notoria¹⁰⁶.

Pese a todo, conviene resaltar que la protección que el Estado dispensó a la fe cristiana jamás condujo a una coincidencia entre las leyes divinas y las humanas, ni a una plena identificación entre delito y pecado, en contra de lo que algunos estudiosos han defendido –erróneamente, a mi juicio– de un modo más o menos explícito¹⁰⁷. Pienso que sería erróneo sostener que la protección de la fe cristiana por parte de los poderes políticos de los Estados absolutos trajo consigo una completa identificación entre las leyes humanas y divinas, y una concomitancia absoluta entre delito y pecado¹⁰⁸. Caer en ese error supondría reducir o simplificar una realidad que fue mucho más compleja, tal como reflejan las fuentes.

ejercicio del *ius puniendi* y como cooperante en el mantenimiento del orden social, se hizo imprescindible someter a dicha institución a la definición y protección legal a través de la prohibición de las barraganías».

¹⁰⁴ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», pp. 53-55.

¹⁰⁵ VILLALBA PÉREZ, *¿Pecadores o delincuentes? Delito y Género en la Corte 1580-1630*, pp. 21-22: «... las penas impuestas (...), además de ser «tas arbitrarias y completamente modificables según las conveniencias del momento –caso de los forzados a galeras o a las minas–, eran, en realidad, armas de gobierno en manos de la monarquía absoluta, igual que los perdones e indultos. Por tanto, esa perspectiva no penetra en la actitud del transgresor y las circunstancias del delito, sino en el daño causado a la sociedad –según interesada interpretación del Estado, en la que se entreveraban numerosos argumentos, incluso los de índole religiosa».

¹⁰⁶ WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 73: «The personal circumstances of rulers also played a role, as did the aims of individual judges or reformers who were sometimes obsessed with certain issues, such as sodomy, witchcraft, or illegitimate births».

¹⁰⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 235 (véanse las notas al pie nn. 30, 31, 32, y sus correspondientes textos principales); TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», pp. 42, 49, 51 (véanse las notas al pie nn. 33, 34, 35, y sus correspondientes textos principales); CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», p. 63 (véase la nota al pie n. 41 y su correspondiente texto principal).

¹⁰⁸ Véase TESTÓN NÚÑEZ, «El pecado y la carne durante el periodo moderno», p. 116: «El segundo proceso que acrecentó el valor cuantitativo del pecado tuvo su origen en la protección que el Estado Absoluto brindó a la fe cristiana, haciendo suya la persecución de quienes atentaban contra ella. Fruto de tal actitud se llegó no solo a una perfecta coincidencia entre leyes divinas y humanas, sino también a una absoluta identificación entre *delito* y *pecado*, tal como ha puesto de

Sin embargo, algunos autores prefieren recurrir al tópico o lugar común de la identificación entre delito y pecado como presupuesto, punto de partida o tesis fundamental a la hora de reconstruir la tradición penal occidental de los siglos modernos (XVI-XVIII). En esta línea se ha afirmado que, «como muchos de los reformadores protestantes, Calvino no distinguió entre «delito» y «pecado»»¹⁰⁹. Esto no es completamente cierto. Sabemos que los reformadores protestantes, como Calvino, también habían aceptado la distinción entre la ley divina, la natural y la humana¹¹⁰. Conviene tener en cuenta que Calvino, como la mayoría de los reformadores protestantes y *complementaristas* modernos, no solo establecieron distinciones entre la categoría más particular de delito y la más general de pecado, sino que también entendieron que la aplicación de tal distinción resultaba necesaria en el modo en el que el Derecho debía cumplir su función de refrenamiento (o de contención) en una sociedad humana caída (o corrompida)¹¹¹. Además, «... la común distinción del uso del Derecho como freno para el pecado presupone una distinción entre hombres pecaminosos y empedernidos, y la comisión de delitos públicos»¹¹².

En Escocia, críticas similares se han hecho en relación a la Reforma anglicana¹¹³. En Estados Unidos, desde las colonias, especialmente los puritanos, se vino aseverando que delito y pecado no diferían, de suerte que sus leyes penales prohibían diversas conductas contra la moral sexual y la religión, incluyendo otras como «la mentira y la ociosidad»¹¹⁴. Según el parecer de Friedman, solo a partir del siglo XVIII los códigos penales norteamericanos «cambiaron su foco de atención... de los delitos sin víctimas [contra la moral] a los más convencionales, particularmente contra la propiedad»¹¹⁵.

manifiesto F. Tomás y Valiente. Identificación que no implica confusión, sino complementariedad; es decir, mutuo apoyo».

¹⁰⁹ GRIFFITH, L., *The Fall of Prison: Biblical Perspectives on Prison Abolition*, Grand Rapids: Wm B. Eerdmans, 1993, p. 153.

¹¹⁰ JOHN CALVIN, *Institutes of the Christian Religion*, Bk. IV, Ch. XII, para. 17 (1559), reprinted in *21 The Library of Christian Classics* (John T. McNeill ed., Ford Lewis Battles trans., 1960), 1231-32, 1504-05.

¹¹¹ BALLOR, J. J., «To Reform or to Abolish? Christian Perspectives on Punishment, Prison, and Restorative Justice», *6 Ave Maria Law Review* 481, 503 (2008): «Calvin, as do most other Protestant reformers and modern complementarian reformists, not only draws distinctions between the more particular category of crime and the more general category of sin, but also finds that the application of such a distinction in the form of the restraining function of the law is a necessary feature of fallen human society».

¹¹² *Ibid.*: «... the common distinction of the use of the law as a bridle on sin presupposes a distinction between sinful and unregenerate men and the commission of public crimes».

¹¹³ KENNEDY, C., «Criminal Law and Religion in Post-Reformation Scotland», *The Edinburgh Law Review* 16.2 (2012), pp. 178-197.

¹¹⁴ FRIEDMAN, L. M., *Crime and Punishment in American History*, New York: Basic Books, 1993, p. 34.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 54: «... shifted focus... from victimless crimes [against morality] to more conventional crimes-in particular, crimes against property»; véase también FRIEDMAN, L. M., *A History of American Law* (1973), p. 258: «If crime was a sin... before the Revolution, it gradually shifted to concern for protection of private property» (citado por Zekai Dağışan, *Von der Sünde zur Straftat. Strafrechtstheorie in der türkischen Rezeptions- und Kodifikationsgeschichte*, estudio disponible online).

Algunos autores, intentando usar las explícitas referencias a la expresión «pecado» recogidas en las fuentes legales a fin de probar la identificación entre delito y pecado, finalmente han tenido que reconocer que la legislación no muestra tal cercanía entre ambas categorías¹¹⁶.

2.3 EL CASO PARADIGMÁTICO: EL DELITO DE SODOMÍA

El delito de sodomía ha sido la conducta delictiva preferida por los estudiosos para probar la supuesta identificación entre delito y pecado en los siglos medievales y modernos. Resulta sorprendente –y, al mismo tiempo, sintomático– constatar el número de trabajos sobre este concreto tipo delictivo, que supera con creces el de otros delitos mucho más frecuentes y cuya condena afectó, por tanto, a muchas más personas. Resulta patente la falta de proporción entre la investigación sobre este delito llevada a cabo en las dos últimas décadas y el porcentaje de condenas, en comparación con otros delitos a que dio lugar, incluyendo los delitos contra las buenas costumbres o la moral sexual¹¹⁷.

La sodomía empezó a ser particularmente condenada por la Iglesia en el siglo XIII¹¹⁸, pero su persecución se incrementó en la Edad Moderna. Al contrario de lo que sucedió con otros delitos relacionados con la moral sexual, cuya definición nunca fue clara, la sodomía se describía como «un delito contra natura», expresión que resulta sin duda ajena a la mentalidad actual¹¹⁹. En el pasado, esta conducta era bien conocida por teólogos y confesores¹²⁰, pero no por el pueblo llano de muchos territorios¹²¹.

¹¹⁶ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 222: «Esta misma proximidad entre delito y pecado se da, aunque mitigada, en los textos legales»; al respecto, véanse pp. 222-231.

¹¹⁷ Véanse, por ejemplo, los porcentajes mostrados por VILLALBA PÉREZ, *¿Pecadoras o delincuentes? Delito y género en la Corte (1580-1630)*, pp. 250 y 307; señala la escasa importancia porcentual del delito de pecado nefando, en comparación con otros delitos de aquel submundo que camina al margen de la moralidad católica, y constata que entre 1581 y 1621 se contabilizaron 35 procesos incoados por pecado nefando, de los cuales 33 procesados eran varones, y solo 2 eran mujeres.

¹¹⁸ BULLOUGH, V. L., «The Sin against Nature and Homosexuality», *Sexual Practices and the Medieval Church* (Vern L. Bullough & James Brundage, eds.), Buffalo, New York, 1982, pp. 55-71; véase también BURGWINKLE, W. E., *Sodomy, Masculinity, and Law in Medieval Literature: France and England, 1050-1230*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

¹¹⁹ HEHENBERGER, S., *Unkeusch wider the Natur. Sodomieprozesse im frühneuzeitlichen Österreich*, Wien: Erhard Löcker GesmbH, 2006, p. 10: «So vage auch die theologische Definition der Sodomie bis ins Mittelalter blieb, in einem Punkt unterschied sie sich klar von anderen sexuellen Sünden: Sodomie war eine »widernatürliche« Sünde (*peccatum contra naturam*). Natürlich/widernatürlich entspricht aber nicht dem modernen Gegensatzpaar heterosexuell/homosexuell, da das Verständnis des naturgemäßen und gegen die Natur gerichteten Verhaltens über die persönliche sexuelle Orientierung hinausging».

¹²⁰ HEHENBERGER, *Unkeusch wider the Natur. Sodomieprozesse im frühneuzeitlichen Österreich*, p. 10: «Die Abhandlung der »widernatürlichen Sünden« blieb nicht auf den gelehrten theologischen Diskurs beschränkt, diese wurden auch in den praxisorientierten Handbüchern für Beichtväter und in Bußbüchern thematisiert (Lutterbach 1999)».

¹²¹ PUFF, H., «Nature on Trial: Acts» Against Nature «in the Law Courts of Early Modern Germany and Switzerland», Lorraine Daston/Fernando Vidal (ed.): *The Moral Authority of Natu-*

Desde una perspectiva teológica o moral, la sodomía no era el único comportamiento calificado como «acto contra natura», sino que también lo era la «bestialidad». Otras conductas como la masturbación¹²², considerada siempre como ilícita por la moral cristiana, no fue generalmente penalizada, y, cuando excepcionalmente lo estuvo, las fuentes reflejan que se tendió a tolerarla y las leyes que criminalizaban esa conducta no se aplicaban en la práctica.

Es bien conocido que los Estados modernos sí castigaron la sodomía, y los estudiosos han mostrado cómo se persiguió esta conducta en muchos territorios europeos: Austria¹²³, Alemania y Suiza¹²⁴, Holanda¹²⁵, Dinamarca¹²⁶, Francia¹²⁷, Inglaterra¹²⁸, Portugal¹²⁹, España¹³⁰, etc.

Algunos autores, entendiendo que esta conducta atentaba tan solo a la naturaleza («contra natura» y, por tanto, carente de víctima), y que la única persona ofendida era Dios (de ahí su denominación como «*peccatus nefandus*»), llegaron a la conclusión de que la sodomía se penalizó exclusivamente por constituir una ofensa a Dios, es decir, por tratarse de un pecado grave. De este modo la sodomía se ha convertido, según estos autores, en el ejemplo más paradigmático de la tesis que defiende la identificación entre delito y pecado en el Derecho penal medieval y moderno. Según Tomás y Valiente, la sodomía se castigó

re, Chicago/London, 2004, pp. 232-253 (citado por HEHENBERGER, *Unkeusch wider the Natur. Sodomieprozesse im frühneuzeitlichen Österreich*, p. 10).

¹²² HURTEAU, Ph., «Catholic Moral Discourse on Male Sodomy and Masturbation in the Seventeenth and Eighteenth Centuries», *Journal of the History of Sexuality* 4, 1, 1993, pp. 1-26.

¹²³ HEHENBERGER, S., *Unkeusch wider the Natur. Sodomieprozesse im frühneuzeitlichen Österreich*, Wien: Erhard Löcker GesmbH, 2006; BARBARA, D. M., *Sodomie in der österreichischen und europäischen Rechtsgeschichte von der Antike bis zur Gegenwart*. Unveröffentlichte Diplomarbeit, Graz, 2001.

¹²⁴ PUFF, H., *Sodomy in Reformation Germany and Switzerland, 1400-1600*, University of Chicago Press, 2003.

¹²⁵ HUUSSEN, A. H., «Sodomy in the Dutch Republic during the Eighteenth Century», MacCubbin Robert Purks (ed.), *Tis Nature's Fault. Unauthorized Sexuality during the Enlightenment*, Cambridge/New York, 1985, pp. 169-178.

¹²⁶ WILHELM, L. von R., «Sodomy in Early Modern Denmark: A Crime Without Victim», Gerard Kent/Hekma Gert (ed.), *The Pursuit of Sodomy. Male Homosexuality in Renaissance and Enlightenment Europe*, New York/London, 1989, pp. 177-204.

¹²⁷ Véase, por ejemplo, el estudio de GUNTHER, S., *The Elastic Closet: A History of Homosexuality in France, 1942-present*, New York and Houndmills: Palgrave Macmillan, 2009, en concreto, el primer capítulo.

¹²⁸ BRAY, A., *Homosexuality in Renaissance England*, London, 1982.

¹²⁹ MOTT, L., «Love's Labor Lost»: Five Letters from a Seventeenth-Century Portuguese Sodomite», Kent Gerard & Gert Hekma (eds.), *The Pursuit of Sodomy*, London, 1989.

¹³⁰ El trabajo más completo y reciente es el de CHAMOCHO CANTUDO, M.Á., *Sodomía. El crimen o pecado contra natura o historia de una intolerancia*, Madrid: Dykinson, 2012; véase también el –ya clásico– de TOMÁS Y VALIENTE, F., «El crimen y pecado contra natura», F. Tomás y Valiente, B. Clavero, A. M. Hespanha, J. L. Bermejo, E. Gacto and C. Alvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid: Alianza Universidad, 1990, pp. 33-55; otros trabajos abordan casos singulares; a este respecto, véase NÚÑEZ ROLDÁN, F., *El pecado nefando del obispo de Salamina. Un hombre sin concierto en la Corte de Felipe II*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002.

penalmente, no porque produjera daño individual o social alguno, sino por constituir una ofensa grave a Dios, de modo que, en ese caso, coincidían la ley divina, la natural y la humana.

Si admitiéramos incluso que, en el caso de la sodomía, las leyes humana, divina y natural coincidieran, cabría preguntarse por qué otras conductas sexuales, consideradas como pecados graves y también calificadas como «contra natura», no fueron perseguidas y castigadas por las leyes humanas (penales). No parece que el carácter pecaminoso de esa conducta termine de explicar por qué la sodomía fue castigada por las leyes seculares. La cuestión –insisto– es mucho más compleja. De lo contrario, la sodomía hubiera sido fácilmente despenalizada en los siglos XVIII y XIX¹³¹, cuando la moral cristiana ya no ejerció un influjo tan importante en los ordenamientos penales occidentales: bien sabemos de la existencia de otras razones (médicas, antropológicas y culturales) con las que se motivó la criminalización de la sodomía desde el siglo XVIII hasta el siglo XX¹³².

Como es sabido, en el siglo XIX existía diversidad de opiniones sobre la conveniencia de penalizar la conducta sodomítica. En España, mientras Joaquín Francisco Pacheco señala que la ley moderna no puede confundir el delito con el pecado, y que esa conducta no debería ser castigada por la ley civil¹³³, García Goyena y José Marcos Gutiérrez sostenían la opinión contraria¹³⁴.

Un exhaustivo y riguroso estudio sobre el delito de sodomía en el pensamiento ilustrado y liberal muestra cómo esa conducta no fue objeto de despenalización a lo largo de los siglos XVIII y XIX¹³⁵. Muchos autores aconsejaban moderar su castigo, pero veían con buenos ojos –salvo contadas excepciones– su castigo. Ese fue el parecer mayoritario de la doctrina en varios países europeos (Francia, Alemania, Italia, España, Inglaterra). En este sentido –como se verá–, la tesis de Jeremy Bentham y la opción reguladora del Código penal francés (1810) no representaron –ni mucho menos– la postura más generalizada de esa época. A la postre, la principal razón que podía justificar la punición de esa conducta era el escándalo o su «aspecto escandaloso», «ofensivo no solo a Dios o la naturaleza, también contra una sociedad que puede mostrarse más o menos sensible al ponderar publicidad y escándalo»¹³⁶. La penalización de esa

¹³¹ Para el siglo XVIII, véase ROUSSEAU, G. S., «The Pursuit of Homosexuality in the Eighteenth Century: “utterly confused category” and/or rich repository?», R. P. Maccubin (ed.), *«lis Nature's Fault»*. *Unauthorized Sexuality during the Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, pp. 132-168.

¹³² Véanse las notas al pie nn. 187, 188 y sus correspondientes textos principales.

¹³³ *El Código penal concordado y comentado*, 5.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1881, III, pp. 103, 137 (recogido en COLLANTES DE TERÁN, «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», p. 170).

¹³⁴ COLLANTES DE TERÁN, «Incesto. Teoría y práctica en Castilla en los siglos XVIII y XIX», p. 170.

¹³⁵ GÓMEZ DE MAYA, J., «La Venus Ática: el delito de sodomía en el pensamiento ilustrado y liberal», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 259-291; al respecto, véase también GÓMEZ DE MAYA, J., «El codificador ante el crimen nefando», *AHDE* 83 (2013), pp. 139-184.

¹³⁶ GÓMEZ DE MAYA, «La Venus Ática: el delito de sodomía en el pensamiento ilustrado y liberal», p. 289 y, más en general, pp. 285-291.

conducta por ese triple atentado (a Dios, a la naturaleza y a la sociedad) no constituía, en modo alguno, una novedad de los siglos XVIII y XIX¹³⁷.

Que a lo largo del siglo XIX el Codificador dejara de prestar atención a la ofensa a Dios para centrarse en la naturaleza y el daño irrogado a la sociedad no significa –como afirmara Seijas Lozano– que, en los siglos anteriores, «no se buscaba nunca el verdadero origen de los delitos para establecer las leyes, no; delito era pecado. Estas eran las ideas dominantes»¹³⁸. Esto es, sin duda, una burda simplificación, y denota un escaso conocimiento de la doctrina jurídico-penal española.

Es innegable que en los siglos XVI-XVIII la sodomía era considerada, según el parecer de teólogos y moralistas, como un «pecado grave», tal vez el más aborrecido, y que convenía ser completamente extirpado de la sociedad. No es menos cierto que algunas normas penales que castigaban esa conducta contenían referencias explícitas a las nociones de «pecado» o «*peccadus nefandus*». Eso no significa, sin embargo, que la única –ni la primordial– razón por la que esta conducta estuviera castigada fuera por su naturaleza pecaminosa, es decir, por constituir un pecado grave. La razón estribaba más bien en la concepción –según la mentalidad de la época– de que tal conducta atentaba contra el «orden natural» (diseñado por Dios) sobre el que se fundaba –o debía fundarse– el «orden social»¹³⁹. Si tal conducta no constituía solo un delito o un vicio, sino que atentaba contra el «orden natural», sin el cual no podía garantizarse el «orden social», resulta «comprensible» (lo cual no significa que estemos «de acuerdo») que tales conductas debían ser perseguidas y castigadas a fin de lograr su erradicación de la sociedad¹⁴⁰.

Cabría pensar que no existe tanta diferencia entre afirmar que la sodomía se castigaba por ser un pecado o por contravenir el «orden natural» diseñado por Dios, habida cuenta de que la consecuencia práctica es la misma. Ahí discrepamos por completo: no es lo mismo. Sin ánimo –pues no existe por mi parte– de querer justificar la penalización de la sodomía, conviene advertir sobre la

¹³⁷ En este sentido, resulta particularmente sugerente el estudio de SALDOVAL PARRA, V., «El crimen de suicidio según la literatura jurídica y teológica del siglo XVI», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 321-359, en el que la autora, siguiendo la doctrina jurídica, muestra cómo el suicidio era castigado por entenderse que suponía una injuria a Dios o al Derecho divino (pp. 324-326), al Derecho natural (pp. 326-330), y a la República o Derecho positivo (pp. 330-332).

¹³⁸ *DSCCD 1847-1848*, t. III, n. 79, ses. 10-III-1848, p. 1718 (recogido en Gómez de Maya, «El codificador ante el crimen nefando», p. 164, nota al pie n. 135).

¹³⁹ CHAMOCHO CANTUDO, M. A., «El delito de sodomía femenina en la obra del Padre franciscano Sinistrati D'Ameno, De Sodomia Tractatus», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia del Pensamiento Jurídico] XXX (Valparaíso, Chile, 2008), pp. 387-424; explorando la doctrina de un teólogo español, Camocho explica: «Y en esta lógica, la sodomía se había convertido, desde la regulación propuesta por Partidas, en el pecado por excelencia, el más abominable, el que es necesario extirpar de la República Cristiana –como afirma Sinistrati en el § 25– por ser contra natura, por ofender al orden natural establecido por Dios» (p. 410).

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 412: «Sinistrati seguiría la defensa de la ortodoxia reinante entre las monarquías europeas, para quienes los sodomitas son una lacra social que solo a través de una fuerte represión puede conseguir extirparse. Y para ello, nada mejor que la vinculación de la sodomía a la categoría jurídica de *crimen atrox*, *crimen atrocissimum*, *delicta atrocísima* o *delicta atrociora*, para su fuerte represión».

importancia de una correcta comprensión de las razones de ese modo de proceder en nuestra tradición penal. Es un error pensar que esa conducta se criminalizó por constituir un «pecado grave», ni aún en el caso de que fuera considerado como el más grave de todos. Ésta no era la razón. La razón radicaba más bien en el convencimiento –mejor o peor fundado, teológica o filosóficamente– de que la proliferación de esta práctica, al atentar contra del «orden natural», socavaría el único «orden social» que conocían y querían.

La sociedad pre-moderna desconocía el pensamiento individualista. Es cierto que un factor determinante para la despenalización de la sodomía en el contexto de la Revolución francesa fue la convicción de que la esfera privada de los individuos debía ser protegida de toda intrusión estatal. Pero esta concepción resultaba notablemente ajena a la cultura pre-moderna: ésta llegaría más tarde. Sostenere que se castigaba la sodomía por el mero hecho de ser pecado, por tratarse de una grave ofensa a Dios, pese a no producir daño alguno a esa sociedad y a sus individuos –siendo así un delito «sin víctimas», según el parecer de algunas figuras ilustradas–, resulta falso y anacrónico. Muestra, además, una notable falta de conocimiento de la mentalidad pre-moderna y constituye un ejemplo de lo que los historiadores debieran evitar en cualquier caso, a saber, juzgar el pasado con la mentalidad actual, reconstruir la historia con categorías ajenas –y, en consecuencia, también extrañas– al periodo estudiado.

A mi juicio, este anacronismo explicaría por qué algunos historiadores fueron demasiado lejos al sostener la identificación entre delito y pecado en la tradición penal anterior al siglo XIX, y por qué se tomaron demasiado en serio algunos delitos sexuales, especialmente aquellos que resultan particularmente ajenos a la mentalidad contemporánea.

2.4 LA DISTINCIÓN ENTRE DELITO Y PECADO: LA MULTIPLICIDAD DE *RATIONES PUNIENDI*

Sería erróneo afirmar que no existía apenas relación entre delito y pecado (como también lo sería decir que no existe hoy ninguna conexión entre Derecho penal y moral. Esto es, simplemente, imposible). Sin embargo, también lo sería defender lo contrario, esto es, sostener una plena identificación entre ambas categorías hasta el punto de afirmar que, en los siglos bajomedievales y modernos, algunas conductas eran castigadas por el mero hecho de ser pecados. El carácter gravemente pecaminoso de una conducta (si no quedaba reservado en la esfera estrictamente privada) podía tener cierta relevancia, pero siempre había otras razones –tanto o más importantes– con las que se justificaba la penalización de ciertas conductas, incluidas las sexuales, como han probado sobradamente algunos autores al estudiar esa materia.

La doctrina, al tratar de los delitos del Derecho canónico enjuiciados por tribunales eclesiásticos, ha mostrado que los canonistas distinguían entre delitos y pecados¹⁴¹. Que algunos delitos seculares, como el adulterio, la violación

¹⁴¹ Véase la nota al pie n. 83.

y los delitos «contra natura» (considerados delitos *mixti-fori*) pudieran ser enjuiciados por tribunales eclesiásticos, no se debía tanto a su carácter pecaminoso como a la convicción de que tales conductas atentaban contra el orden social¹⁴². Uno puede estar en completo desacuerdo con aquel (histórico) «orden social» o con las razones esgrimidas para justificar que tales conductas podrían resultar lesivas o perjudiciales al mismo –yo, entre ellos–, pero conviene no ignorarlas, y menos aún adoptar una postura reduccionista, propia de quien analiza realidades históricas de un modo anacrónico o con esquemas mentales ajenos al periodo objeto de estudio. A mi juicio, este es el caso de quien sostuviera que era el carácter pecaminoso de algunas conductas la razón por la que éstas fueron castigadas por las leyes penales canónicas, y enjuiciadas por los tribunales eclesiásticos a quienes incurrían en ellas. Si así fuera, ¿qué diferencia existiría entre estos tribunales penales eclesiásticos y el tribunal de la penitencia al que podían acudir quienes buscaban el perdón de sus culpas y pecados?

a) **Orden natural**

Algunos estudiosos han mostrado que la idea de «orden natural», «orden social», «orden público» y «paz pública» constituían las principales razones por las que tales conductas, incluyendo las relacionadas con la moral sexual y la fe cristiana, fueron criminalizadas. No debería sorprender que algunos autores, tras haber sostenido la identificación entre delito y pecado, finalmente hayan reconocido que el «orden público» (y no la naturaleza pecaminosa de algunas conductas) permite distinguir el delito del pecado¹⁴³.

El mismo Tomás y Valiente, cuyos trabajos han contribuido notablemente –como se ha visto– a extender la idea de la supuesta identificación entre delito y pecado, al tratar el delito de sodomía o «delito contra natura», reconoció que esta conducta era castigada porque contravenía el «orden natural»¹⁴⁴. De hecho, en la *Pragmática* promulgada por los Reyes Católicos en la que se castigó la sodomía (22 de julio de 1497), la expresión «orden natural» aparece dos veces, al señalarse que aquellos que incurrieran en aquel delito «destruían el orden natural» y «corrompían la naturaleza»¹⁴⁵. Como señala Wiesner, en el siglo XIII «la Iglesia y las autoridades seculares definían las prácticas homosexuales como «crímenes contra natura» [...] porque no ocurrían en ningún otro lugar de la creación»¹⁴⁶.

¹⁴² MOTIS DOLADER, *Pecado y sociedad en Aragón ss. xv-xvi*, p. 79.

¹⁴³ MOTIS DOLADER, en su *Pecado y sociedad en Aragón ss. xv-xvi*, después de afirmar que había una unidad radical entre delito y pecado, porque según él, «crime is sin and sin is crime» (p. 80), después reconoció que «a sin will be a crime only if it affects “public order”» (pp. 81-82), como ha mostrado LAINGUI, A. & LEGIBRE, A., *Histoire du Droit Pénal. II. La procédure criminelle*, París: Cujas, 1979, p. 47.

¹⁴⁴ TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 37: «Es el orden natural el que se perturba».

¹⁴⁵ Véase el texto en TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 42.

¹⁴⁶ WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 39.

b) Paz pública y social

La noción de «paz pública» también constituyó otra razón determinante para castigar algunas conductas relacionadas con la moral sexual. Como es sabido, los orígenes del Derecho penal están estrechamente relacionados con la salvaguarda de la paz, y los historiadores del Derecho han demostrado que en la Alta Edad Media la noción de paz era la piedra angular del ordenamiento penal¹⁴⁷. De hecho, en este periodo todos los delitos tenían como elemento común la supuesta amenaza a la paz social o pública, comenzando por el delito de traición, considerado como el más grave de todos¹⁴⁸. Algunas categorías, como la de los «delitos atroces»¹⁴⁹, servían para poder introducir en su seno, cuando fuera necesario, algunas conductas reputadas como más graves, como fue el caso de los que se oponían a las buenas costumbres y a la moral¹⁵⁰. Se ha afirmado, y con acierto, que en la Edad Media, el adulterio, además de reflejar una conducta lujuriosa, también afectaba a la justicia y quebraba la paz social¹⁵¹. Con similar preocupación se veía la práctica de la prostitución, sobre la que se procuraba tener un cierto control, y tan solo era perseguida y castigada cuando se entendía que resultaba necesario para salvaguardar la paz social¹⁵².

Debería resaltarse, pues, que las razones por las que algunas conductas se castigaban penalmente fueron, por lo general, diversas, y jamás tuvieron un

¹⁴⁷ Como es bien sabido, la paz era la noción alrededor del cual giró el Derecho penal de la Edad Media. Para España, véanse, por ejemplo, los trabajos de José ORLANDIS, Rafael GIBERT y Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO (ya citados en las notas al pie nn. 8, 9 y 10); más recientemente, PINO ABAD, M., «La pérdida general de la paz durante la Alta Edad Media», *Revista Aequitas* 4 (2014), pp. 51-81; MASFERRER, A., «La contribución canónica a la salvaguarda de la paz en la Edad Media: El IV Concilio de Letrán (1215)», *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra de Investigación Conjunta Inocencio III* 3 (2016), pp. 47-83; MASFERRER, A., «Peace and Liberty in the Catalan Medieval Legal Tradition. A Contribution to the Interaction between Religious Law and Secular Law in the European Middle Ages», *Constitutionalism in Europe before 1789. Constitutional arrangements from the High middle Ages to the French Revolution*, Oslo: Pax Forlag A/S, 2014, pp. 28-48.

¹⁴⁸ Sobre el crimen de traición, véase, por ejemplo, MASFERRER, A., «The Crime of *infidencia* in the Cortes of Cádiz: An Approach to the Crime of Treason during the Early Spanish Constitutionalism (1808-1814)», *Revoltien und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse / Revolts and Political Crime between the 12th and 19th Century. Legal Responses and Juridical-political Discourses* (hrsg. von Angela De Benedictis und Karl Härter) (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 285), Frankfurt am Main: Klostermann 2013, pp. 447-473.

¹⁴⁹ Al respecto, véase RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, «La represión de los delitos atroces en el Derecho Castellano de la Edad Moderna», *Rev. estud. hist.-juríd.* n. 26 Valparaíso 2004.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ-CASANOVA, R. J., «Gender Models in Alfonso X's Siete Partidas: The Sexual Politics of «Nature» and «Society», Gender Models: Religious Tradition, Political Authority, and Social Order», Jacqueline Murray & Konrad Eisenbichler (Eds.), *Desire and Discipline. Sex and Sexuality in the Premodern West*, Toronto: University of Toronto Press, 1996, pp. 44-45: «... the Seventh comes to identify sexual sins with natural appetites and social vices that threaten disorder for the community as well as destruction for the individual» (la letra cursiva es mía).

¹⁵¹ ROSSIAUD, *La prostitución en el Medievo*, p. 98: «Es adúltero el que desea a la mujer de otro, rompe la paz pública y añade la injusticia a la lujuria».

¹⁵² VÁZQUEZ GARCÍA & MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón*, p. 283.

carácter único o exclusivo¹⁵³. Esto significa que, al castigarse determinadas conductas, algunas razones podrían converger con otras. Desde esta perspectiva, sostener que determinados actos eran castigados penalmente por el mero hecho de ser pecado, constituye un burdo reduccionismo, que pretende simplificar una realidad tan rica como compleja. A este respecto, se ha afirmado lo siguiente:

«Los londinenses que mantenían relaciones sexuales fuera del matrimonio parecían plantear una seria amenaza a la paz, la armonía social y el buen orden de la *City*. Como se ha explicado, en la pesquisa judicial llevada a cabo por el distrito de Farringdon Without, los adúlteros y los fornicadores causaban “un gran desagrado a Dios Todopoderoso, la gran ofensa de sus vecinos, el mal ejemplo de todos los malhechores en el caso tratado y va en contra la paz de nuestra soberana Señora, la Reina”»¹⁵⁴.

En el siglo XVIII no resultaba demasiado común esa referencia al «gran desagrado a Dios Todopoderoso», pero, junto a ésta, las principales preocupaciones de las autoridades respecto a la prostitución eran dispares, entre las cuales se encontraban –según el parecer del jurista Edward Coke– poner en peligro la paz social, así como la posible corrupción de ambos sexos¹⁵⁵. Estas preocupaciones apenas se alejaban de las de los gobernantes de la época moderna¹⁵⁶.

c) Orden público y orden social

El «orden público» y el «orden social» también constituían razones relevantes para castigar penalmente algunas conductas relacionadas con la sexuali-

¹⁵³ Véase, en este sentido, el estudio de PINO ABAD, M., «El tránsito de la penalización a la reglamentación de los juegos de azar en España», *Liber Amicorum. Estudios histórico-jurídicos en Homenaje a Enrique Gacto Fernández*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 293-320, en particular p. 294, donde se recoge un elenco de diez razones por las cuales, a juicio de Francisco de Alcocer (*Tratado del juego*, Salamanca, 1559, II, p. 5-13), convenía penalizar determinados juegos.

¹⁵⁴ KAZMIERCZAK MANZIONE, C., «Sex in Tudor London: Abusing Their Bodies with Each Other», Jacqueline Murray & Konrad Eisenbichler (Eds.), *Desire and Discipline. Sex and Sexuality in the Premodern West*, Toronto: University of Toronto Press, 1996, p. 90: «Londoners who engaged in sex outside of marriage were perceived to pose a substantial threat to the peace, social harmony, and good order of the City. As explained in the wardmote inquest of Farringdon Without, adulterers and fornicators caused “the high displeasure of Almighty God, the great offence of the neighbors, the evil example of all other malefactors in the like case offending, and against the peace of our said sovereign Lady, the Queen”».

¹⁵⁵ BULLOUGH, V. L., «Prostitution and Reform in Eighteenth-Century England», Robert Purks Maccubbin (Ed.), *'Tis Nature's Fault. Unauthorized Sexuality during the Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 66: «Though prostitution itself could not be outlawed, some of its abuses could be controlled, particularly if they infringed on the prerogatives of the ruling class. This was done through the use of such terms as “vagrancy” or “public nuisance.” Sir Edward Coke had written that a “brothel or common bawdy-house is a form of disorderly house, the keeping whereof is a public nuisance not only in respect of its endangering the public peace by drawing together dissolute and debauched persons; but also in respect of its apparent tendency to corrupt the manners of both sexes”».

¹⁵⁶ BULLOUGH, V. L., «The Prostitute in the Early Middle Ages», *Sexual Practices and the Medieval Church* (Vern L. Bullough & James Brundage, eds.) (Buffalo, New York, 1982), pp. 34-42.

dad. En la Antigüedad, el orden público se encontraba estrechamente relacionado con las conductas sexuales. Los estoicos vieron las relaciones sexuales como «una importante área de preocupación gubernativa», y para los legisladores romanos «las transgresiones más serias eran aquellas que pudieran alterar el orden social»¹⁵⁷.

Se sabe que ya desde la etapa medieval no todos los comportamientos sexuales irregulares eran perseguidos y castigados. Además, las autoridades eclesiásticas dejaron sin aplicar normas que castigaban el concubinato de los clérigos y la fornicación¹⁵⁸, especialmente si tales conductas no alteraban realmente el orden público o, en otras palabras, si no producían «escándalo público»¹⁵⁹. La preocupación por el «escándalo público» o la «decencia pública» es recurrente a lo largo de los siglos medievales y modernos. El siglo XVIII da buena prueba de ello¹⁶⁰.

A este respecto resulta esclarecedor el parecer de Córdoba de la Llave, quien sostiene que, desde la baja Edad Media hasta mediados del siglo XIX, las relaciones incestuosas no solo resultaban repudiables desde un punto de vista moral o religioso, sino que eran consideradas como un auténtico delito desde una perspectiva estrictamente jurídica. Es más, el castigo de tal conducta se debía, a su juicio, más a razones de orden público que religiosas¹⁶¹.

¹⁵⁷ WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 26: «Stoic philosophy, agreed with Plato that sexual passion was disruptive. Stoics viewed sexual relationship as an important area of government concern; they believed that government should oversee the family, which they considered the basis of the social order, as well as other types of sexual activities, in order to promote public order and civic harmony. Stoic opinion on sexual matters was widely held, and Roman lawmakers frequently enacted statutes dealing with sexual offenses. The most serious transgressions were those which might upset the social order: adultery; sexual relationship involving young upper-class unmarried women; marriages which crossed social boundaries; and rape or abduction of girls or boys. Most Romans considered marriage a positive good, viewing procreation and the education of children as part of their duty to the state; in fact, Roman law required a man to have children by a legal wife if he wanted to inherit property».

¹⁵⁸ No cabe pensar que la situación descrita respecto a la Edad Media (véase la nota al pie n. 85 ss.) cambiara demasiado a lo largo de la Alta Edad Moderna, máxime cuando las enseñanzas de la Iglesia no llegaban a todo el mundo, o la gente no terminaba de comprender –o de aceptar– completamente ese magisterio; respecto a la fornicación, véase, por ejemplo, WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 46: «While fornication between unmarried persons was officially prohibited, actual prosecutions are very rare, and confessors reported that most of their parishioners did not consider fornication a sin worthy of penance, much less a crime».

¹⁵⁹ WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 46.

¹⁶⁰ TRUMBACH, R., «Sodomitical Subcultures, Sodomitical Rules, and the Gender Revolution of the Eighteenth Century: The Recent Historiography», Robert Purks Maccubbin (Ed.), *'Tis Nature's Fault. Unauthorized Sexuality during the Enlightenment*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 111: «Similarly, from the 1740s police ceased to question individuals about the sin of sodomy. Instead, they were concerned that public decency not be violated by sexual acts in public places, that sexual relations between social classes be limited, especially as it was being recognized that sodomy was not only an aristocratic vice, and finally, that adolescent males be protected from corruption by adult pederasts».

¹⁶¹ CÓRDOBA DE LA LLAVE, R., «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval», *Anuario de Estudios Medievales* 16 (1986), pp. 571-629, p. 599.

El «orden social» que procuraban salvaguardar tanto el poder secular como el eclesiástico hundía sus raíces en el orden natural y, más en concreto, en la institución del matrimonio, que era vista como «la piedra angular de la sociedad, la institución sobre la cual se fundaban todas las demás»¹⁶². Quizá esto podría explicar por qué los pocos casos de incesto recogidos documentalmente conciernen más a personas casadas, dentro del matrimonio o en situación de adulterio, que entre personas solteras o familiares directos¹⁶³.

d) **Relación entre orden social, orden natural y naturaleza**

Se ha afirmado que fue precisamente el fundamento religioso de este orden social lo que propició la criminalización de algunas conductas relacionadas con la moral sexual¹⁶⁴. Esto no es del todo cierto, habida cuenta de que tal orden social no se fundaba tanto en la religión como en una concepción filosófica que concedía suma importancia a la «naturaleza» y al «orden natural». Ese «orden social» no hundía sus raíces en la fe, sino en la razón; no solo en la Teología, sino –y sobre todo– en la Filosofía. Desde esta perspectiva, no es completamente correcto afirmar que el fundamento religioso del orden social trajo consigo la criminalización de unas conductas que no producían daño social alguno¹⁶⁵. Y pienso que esto podría deberse a dos razones. En primer lugar, porque –como ya se ha señalado– no era la religión lo que fundamentaba la penalización de algunas conductas. Y en segundo lugar, porque la sociedad medieval y moderna solo castigó aquellas conductas que eran consideradas como dañosas para la sociedad, incluso aquellas que –de acuerdo con nuestra mentalidad– pudieran parecer ofensivas a Dios o a quienes procuraban vivir según la moral cristiana. Teólogos, filósofos, juristas y otros pensadores medievales y modernos distinguían entre religión, moral y filosofía natural, pese a sus conexiones y relaciones entre sí.

Si la sociedad medieval y moderna creía que la naturaleza había sido creada por Dios, y que el matrimonio era tal vez la institución más importante de Derecho natural y base de todo el orden social, no parece congruente sostener que la criminalización de algunas conductas relacionadas con la sexualidad se debiera fundamentalmente a su carácter pecaminoso y no tanto al daño social producido. Resulta claro que sí les preocupaba el daño social que podía producir cualquier conducta que pudiese minar el matrimonio y la familia, y de hecho, era precisamente ese posible daño a la sociedad lo que movió a las autoridades

¹⁶² WIESNER-HANKS, *Christianity and Sexuality in the Early Modern World*, p. 64: «... as the cornerstone of the society, the institution on which all other institutions were based».

¹⁶³ CÓRDOBA DE LA LLAVE, «Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajo-medieval», p. 581.

¹⁶⁴ CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», p. 68: «Todavía el orden social contaba con unas bases religiosas cuya defensa naturalmente pasaba por la tipificación de delitos tales y por su consideración de importancia».

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 68: «Que la religión informase el orden ya había llevado a consecuencias tan extremas como la de penalización de conductas sin entidad fuera del propio terreno o sin resultado en sí de lesividad social, conductas que ahora pueden tenerse justamente por ilusorias, como la magia o la brujería».

seculares y eclesiásticas a aprobar leyes penales encaminadas a castigar determinadas conductas. Puedo no compartir esa mentalidad de los siglos medievales y modernos, pero, como historiador del Derecho, no puedo pretender entenderla con la mentalidad actual, pues tal pretensión me impediría, sugestionado por mis propios prejuicios, una comprensión cabal de la mentalidad de la época. Y al incurrir en ese peligro, podría obsesionarme con la represión de las conductas sexuales y los pecados, incluso en mayor medida que aquellos que vivieron en aquellos siglos, como parece haberle sucedido a una parte de la historiografía penal española y europea.

Algunos estudiosos han resaltado la conexión entre el matrimonio y el orden social, señalando que algunas conductas irregulares eran consideradas como una amenaza contra el matrimonio y la familia, la cual –según su concepción– «constituía la base del orden político y social»¹⁶⁶. En este sentido, la ética marital no era solo un asunto meramente –ni primordialmente– religioso, sino que también concernía a los ámbitos social, político y filosófico, para los cuales apenas resultaba relevante el carácter pecaminoso de algunas conductas sexuales. De ahí que «los jueces trataron de apoyar la honestidad del matrimonio, pues vieron en él el valor sobre el que podía reposar [...], en última instancia, el orden social»¹⁶⁷.

Esto explica también por qué en algunos territorios –como en Alemania–, «los tribunales seculares y eclesiásticos se preocuparon [...] por regular el comportamiento sexual que podía quebrantar las relaciones sociales, en especial las heterosexuales, como el adulterio o la fornicación, que interferían en el matrimonio. Los delitos *contra natura* afloraban ocasionalmente, pero nunca fueron el foco principal de atención ni de la legislación ni de su efectiva aplicación»¹⁶⁸.

¹⁶⁶ KAZMIERCZAK MANZIONE, «Sex in Tudor London: Abusing Their Bodies with Each Other», p. 93: «As shown above sexual licentiousness and the prostitution, crime, and general disruption of community peace that seemed to result from unrestricted sexuality caused great concern, as they served to weaken the family the core of the state. It is almost goes without saying but none the less bears repeating that the family was seen as an embodiment and metaphor for the state: «The family was not only the fundamental economic unit of society; it also provided the basis for political and social order. It is well known that in this period the family served as a metaphor for the state; in conventional political thought the king was a father to his people, the father king in his household».

¹⁶⁷ FARR, *Authority and Sexuality in Early Modern Burgundy (1550-1730)*, pp. 122-123: «During the early modern period, a marital ethic that combined religious, political, and social ideologies was embodied in royal legislation, designed to control social reality by ideological regulation. This was only partly successful, undercut by how the law was used by litigants and judges alike. Judges, for their part, sought to support honorable marriage, for they saw it as the bedrock of patriarchy and, ultimately, to social order, but they came to realize that a rigorous application of unbending royal legislation was counterproductive to their goal».

¹⁶⁸ WIESNER, M. E., «Disembodied theory? Discourses of sex in early modern Germany», Ulinka Rublack (Ed.), *Gender in Early Modern German History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 159: «... clerical and secular courts were most concerned (...) to regulate sexual behavior that also disrupted social relations, particularly heterosexual relations such as adultery and fornication that interfered with marriage. Crimes against nature emerged occasionally, but are never a primary focus of either legislation or its enforcement».

Se ha afirmado que «la noción de una comunidad creyente reposaba sobre un orden matrimonial, la ausencia de adulterio y la falta de niños ilegítimos nacidos de tales uniones»¹⁶⁹. La sociedad occidental medieval y moderna defendió un orden político y social basado en un orden natural cuya piedra angular era el matrimonio, penalizando toda conducta que pudiera amenazar o minar esta institución natural. Sabían que los pecados, sin más, no debían ser perseguidos ni castigados. Pero la cuestión era qué prácticas irregulares (o moralmente reprochables) resultaban lo suficientemente nocivas para la sociedad como para justificar su persecución y castigo. Esto explica por qué el adulterio se castigó siempre y en todos los ordenamientos, mientras que la penalización de otras conductas varió según el contexto geográfico y cronológico, y en función de diversos factores de índole político, social, religioso, personal, etc. En algunos territorios y periodos, la sodomía apenas se persiguió, y en otros sí. Lo mismo cabe decir de otras conductas como la bestialidad, el incesto, la fornicación, la prostitución y cualquier otro comportamiento que pudiera ser visto como una amenaza a la institución matrimonial y familiar¹⁷⁰.

Algunos historiadores han reconocido, tras un cuidadoso examen jurisprudencial (con numerosas sentencias penales), que los tribunales parecían más preocupados por el mantenimiento del orden público que por cuestiones de orden estrictamente moral¹⁷¹.

e) Razones de índole patrimonial

Por otra parte, no conviene ignorar las razones de índole patrimonial o económica por las que se castigaban determinadas conductas relacionadas con la moral sexual. Kazmierczak Manzione, tras señalar que las conductas sexuales irregulares eran castigadas para salvaguardar el matrimonio y la familia –considerada como la base del orden social y político¹⁷²–, añadió:

«Sin embargo, la consecuencia más grave de la sexualidad fuera del matrimonio, y que tenía el efecto más perjudicial, eran los niños ilegítimos. Éstos estaban, por definición, fuera de la familia y, por ende, no tenían un verdadero lugar en la sociedad. Además de la protección de la santidad de la familia, había un interés práctico y financiero en las políticas relativas a los hijos ilegítimos: la caridad pública era cara»¹⁷³.

¹⁶⁹ RUBLACK, U., «State-formation, gender and the experience of governance in early modern Württemberg», Ulinka Rublack (Ed.), *Gender in Early Modern German History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 213: «the notion of a godly community rested on matrimonial order, on the absence of adultery and on the absence of illegitimate children born out of such unions».

¹⁷⁰ VÁZQUEZ GARCÍA & MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón*, pp. 224 ss., 285 ss.

¹⁷¹ VILLALBA PÉREZ, *¿Pecadores o delincuentes? Delito y Género en la Corte 1580-1630*, pp. 263-264.

¹⁷² Véase la nota al pie n. 165.

¹⁷³ KAZMIERCZAK MANZIONE, «Sex in Tudor London: Abusing Their Bodies with Each Other», p. 93: «However, the most serious consequence of sexuality outside of marriage, and that having the most disruptive effect, was illegitimate children. These children were, by definition, outside of a family, and therefore had no real place in society. In addition to protecting the sanctity

También se ha sostenido que el descubrimiento de hijos ilegítimos, como consecuencia del adulterio, producía malestar e inquietud en la vida familiar, controversias y venganzas sin fin¹⁷⁴, lo que constituía ya de por sí razón más que suficiente para castigar esta conducta sexual en mayor medida que la fornicación o la prostitución. Desde el punto de vista patrimonial, las consecuencias de la infidelidad de las mujeres eran mucho más serias que las de los hombres.

En cualquier caso, las fuentes muestran que el carácter pecaminoso de algunas conductas sexuales («irregulares», según la moral cristiana) no era el único factor, ni el más determinante en su penalización por las leyes penales seculares. Puede afirmarse la existencia de una relación entre delito y pecado en los siglos medievales y modernos, pero no su «indistinción», «identificación» o «confusión», como ha defendido una parte de la historiografía, quizá un tanto obcecada por la «represión sexual» o la «imposición religiosa», por no compartir una mentalidad cuya comprensión cabal resulta imprescindible para quien quiera reconstruir la tradición penal. Podemos no compartirla, nos puede resultar ajena o extraña, pero no podemos ignorarla, ni estudiarla con prejuicios ideológicos que lleven a una reconstrucción reduccionista o excesivamente simplista de la realidad. De lo contrario, cabría el peligro de confundir el principio general con la excepción, y ese principio general es, como se ha probado a lo largo de este estudio, la distinción entre las nociones de delito y pecado en la tradición penal occidental. A partir de ahí, siempre pudo haber excepciones, como las hubo, pero fueron eso, excepciones, y no la regla general.

3. LA NOCIÓN DE DELITO EN EL SIGLO XVIII

Resulta innegable que, en el siglo XVIII, la ciencia jurídico-penal había alcanzado un notable grado de secularización. Sin embargo, carecería de sentido afirmar que la secularización del Derecho en general, y del Derecho penal en particular, se inició con la Ilustración¹⁷⁵. La secularización fue un proceso complejo que empezó mucho antes. Ya en los siglos XVI y XVII pueden atisbarse claros indicios de secularización¹⁷⁶. Ésta no tuvo su origen, como defiende una parte de la doctrina –más penal que iushistórica–, en autores como Beccaria,

of the family, there was a very practical and financial interest in policing illegitimacy; public charity was expensive.»

¹⁷⁴ VÁZQUEZ GARCÍA & MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón*, p. 289: «... la existencia de hijos ilegítimos enturbiaba las transmisiones de herencias y patrimonios, o las familias se enzarzaban en interminables ciclos de venganza tras venganza, sobre todo cuando el delito inicial había sido la seducción o el rapto».

¹⁷⁵ MASFERRER, A., «Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A Comparative Legal History Approach», *Journal of Comparative Law* Vol. 4, no. 1 (2009), pp. 96-139.

¹⁷⁶ SELLERT, W., «Die Krise des Straf- und Strafprozeßrechts und ihre Überwindung im 16. Jahrhundert durch Rezeption und Säkularisation», *Säkulare Aspekte der Reformationszeit*. München-Wien, 1983, pp. 27-48; véase también MASFERRER, «Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A Comparative Legal History Approach», pp. 136-138.

Montesquieu, Voltaire o Lardizábal, entre otros. Según esta corriente, con el pensamiento ilustrado no solo cambió el enfoque intelectual o teórico del delito –separándose éste ya, por fin, de la religión y el pecado–, sino que la legislación despenalizó todas aquellas conductas que, relacionadas con la sexualidad y buenas costumbres, venían castigándose por razones religiosas o teológicas. Esta visión resulta un tanto reduccionista o simplista, y apenas se ajusta a la realidad jurídica e histórica, mucho más compleja y rica.

Para un sector de la doctrina, si el Derecho penal de los siglos XVI y XVII se caracterizaba por la no distinción («*indistinctio*») entre Derecho y religión, Derecho y moral, y delito y pecado, el siglo XVIII trajo consigo la aparición de diferencias que mentes anteriores habrían sido incapaces de imaginar, salvo honrosas excepciones¹⁷⁷.

Otros autores han sintetizado la secularización en el siglo XVIII, centrándose –o limitándose– a un cambio de actitud del Estado con respecto a las conductas relacionadas con la moral sexual, según el cual el poder político optó por no interferir en el ámbito de la sexualidad privada, siendo Francia –a diferencia de Inglaterra¹⁷⁸– el primer Estado en implementar esta política¹⁷⁹. Lo mismo se ha afirmado respecto de Alemania¹⁸⁰, si bien conviene señalar que los autores que mantienen esta postura analizan un proceso que abarca desde principios de siglo XVIII hasta finales del XIX.

¹⁷⁷ CLAVERO, «Delito y pecado. Noción y escala de trasgresiones», p. 66: «Durante la época que se dirá de la Ilustración, entrándose en el siglo XVIII, será todavía algún sector limitado el que comenzara a hacer las distinciones. Aún se tratará tan solo de una escuela más, pero a nosotros nos bastará con que aparezca; para antes, que antes resulta la España del Barroco, resaltará el dato de que la sugerencia ni existía. No habría entrado todavía en un horizonte ni siquiera mental.» Más adelante, añade: «Son esfuerzos pioneros éstos como el de Thomasius, que otros como Beccaria divulgarían. Hasta ahora, hasta este momento, ni siquiera ha estado planteada en la materia la distinción, manteniéndose de diversa forma, con todas las teorías, una comunicación de fondo entre religión y derecho en este orden de la incriminación y penalización» (p. 67).

¹⁷⁸ Inglaterra mantuvo la pena de muerte para los reos de sodomía hasta 1861, año en que este castigo, impuesto por Enrique VIII (a través de la Buggery Act de 1533), fue sustituido por la pena de prisión y trabajos forzados.

¹⁷⁹ NYE, R. A., *Masculinity and male codes of honor in France*, California: University of California Press, 1998, p. 107: «As a general rule, however, the state seldom used the criminal law as its entering wedge into the domain of private sexuality. Unlike the regulation of sexuality in the Anglo-Saxon legal tradition, French law respected distinction between private and public sexual behavior, for the most part confining its efforts at law enforcement to the latter domain».

¹⁸⁰ RUBLACK, «State-formation, gender and the experience of governance in early modern Württemberg», pp. 213-214: «Eventually, late-eighteenth- and nineteenth-century reform initiatives redefined sexual conduct to a much greater extent as a citizen's private concern. These shifts resulted from the dilemmas of implementing policy, which this article has sketched. As Isabel Hull shows for Baden and Bavaria, state officials now generally began to use lighter and lighter punishments for sexual offences and governments finally lost the drive to reprimand such sinners or to insist on the full rigour of the law. Liberal arguments slowly made sense to rulers as they became aware of the insurmountable gap between law codes and practice, the tremendous attention which officials had to devote to sexual misconduct among a population which did not progressively become more moralized; or alternatively of bribes, duplicities and resulting charges of officials» partiality and low credibility if they were willing to be lenient in regard to their own and others» sexual lives».

Respecto a Alemania, por ejemplo, se ha sostenido que el proceso de formación del Estado en la Época moderna, que hizo de la moral sexual piedra angular de la moralidad pública, abandonó su determinación por mantener tal tensión entre funcionarios y súbditos, relajando de este modo, a finales del siglo XVIII, tales «exigencias legales» («regulatory demands») ¹⁸¹. Siguiendo a Rublack, pues, la relajación de tales «exigencias legales» tendría lugar a finales del siglo XVIII, y no antes.

Desde una perspectiva estrictamente legislativa, las fuentes muestran que la penalización de determinadas conductas sexuales no cesó ¹⁸². Es más, se ha demostrado que algunas, como la sodomía, fueron perseguidas con mayor empeño que nunca, si bien es cierto que muchas de estas leyes represivas apenas tuvieron –afortunadamente– vigencia efectiva, esto es, no se aplicaron en la práctica ¹⁸³. También se ha demostrado que cuando Jeremy Betham publicó su obra *Offences Against One's Self* (1785), a favor de la despenalización de la sodomía ¹⁸⁴, ésta estaba siendo perseguida y castigada muy severamente en las principales ciudades europeas (Londres, Ámsterdam, París, etc.) ¹⁸⁵, lo que contribuiría sin duda a su práctica en secreto ¹⁸⁶.

La penalización de la sodomía no fue, sin embargo, una excepción. Otras conductas contra la moral fueron castigadas con particular severidad en el siglo XVIII. De ahí que, a finales del mencionado siglo y a principios del XIX, muchas conductas sexuales seguían tipificadas en los Códigos penales. La excepción a la regla general es Francia. En efecto, los Códigos penales franceses de 1791 y 1810, que solo castigaban la violación, se erigieron como única excepción en Europa ¹⁸⁷. Francia fue el primer Estado en despenalizar la sodomía. La Asamblea Constituyente de 1789-1791 logró suprimir algunas leyes –escasamente aplicadas, en la práctica– contra la pederastia y la sodomía, esfuerzo de modernización que culminó con la promulgación del Código penal

¹⁸¹ RUBLACK, «State-formation, gender and the experience of governance in early modern Württemberg», p. 200: «Finally, this case-study allows us to assess some of the impact of that early modern process of state-formation, which had made sexual morality a corner-stone of public morality. I argue that the pressures that intensified sexual and moral legislation imposed on subjects and officeholders caused such tension that they help to explain the subsequent relaxation of regulatory demands *during the late eighteenth century*» (la letra cursiva es mía).

¹⁸² Otras conductas que habían sido toleradas en la Alta Edad Moderna continuaban siéndolo, y la prostitución es claro ejemplo de ello; véase Bullough, «Prostitution and Reform in Eighteenth-Century England», p. 61: «Prostitution was widespread in eighteenth-century England. Generally speaking, however, it was accepted as a fact of life, as something to be tolerated and accepted rather than abolished. Instead of seeing the prostitute as a sinner, as had the religiously oriented writers of the sixteenth and seventeenth centuries, eighteenth-century reformers regarded her more as a victim».

¹⁸³ «Introducción» a Jeremy Bentham, *De los delitos contra uno mismo*, Madrid: Clásicos de Pensamiento Biblioteca Nueva, 2002, p. 19: «... estos crímenes parecen haber sido perseguidos en la Europa de las Luces con más saña y dedicación que nunca».

¹⁸⁴ JEREMY BENTHAM, *Offences Against One's Self* (1785); uso la versión española, ya citada en la nota al pie n. 182.

¹⁸⁵ «Introducción» a Jeremy Bentham, *De los delitos contra uno mismo*, pp. 20-22.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 21-22.

¹⁸⁷ GUNTHER, *The Elastic Closet: A History of Homosexuality in France*, pp. 10-11.

de 1791. No obstante, conviene no olvidar que una revisión del Código de leyes administrativas –o de policía– siguió tratando determinados actos impúdicos como faltas, al igual que la corrupción de menores, «del sexo que fueran». Y estas reformas se llevaron a cabo sin ningún debate legislativo del que tengamos noticia.

Pese a todo, no pocos estudiosos continúan atribuyendo la despenalización de la sodomía a la Ilustración, como si se tratara de una consecuencia lógica e inmediata de la secularización del Derecho y de la sociedad. Si así fuera, ¿a qué se debió la penalización de esta conducta en buena parte del siglo XIX, cuando el Derecho penal ya había sido objeto de secularización, y las fuentes no muestran rastro alguno sobre la posible existencia de razones de índole religiosa o confesional que justificaran el castigo de la sodomía?

Los legisladores decimonónicos reconocieron que la sodomía, al tratarse de un delito sin víctima –esto es, que no producía un daño a un tercero–, no podía ser penalizada sin violar los principios generales del ordenamiento jurídico francés¹⁸⁸. De ahí que la clave consistía en determinar si la homosexualidad podía ser mostrada como algo pernicioso, si podía probarse el daño social que producía, en cuyo caso se podría prohibir la homosexualidad como práctica privada y consensual, como de hecho sucedió hasta el siglo XX. Se ha afirmado que, a partir del siglo XVIII, la sodomía pasó de ser «un pecado contra Dios a serlo contra la sociedad»¹⁸⁹. Las fuentes no parecen apoyar tal tesis, sino que más bien la desmienten. A mi juicio, la sodomía jamás fue penalizada por el mero hecho de ser pecado (aunque éste pudiera constituir uno de sus elementos relevantes), tanto antes como tras la Ilustración.

Cabría pensar que la penalización de las determinadas conductas sexuales en el siglo XVIII se debió al absolutismo monárquico, sistema político que se mostró notablemente reacio a reformas penales. Sin embargo, fuentes doctrinales muestran la existencia de otras razones que podrían explicar por qué las nuevas corrientes secularizadoras del Derecho penal no se tradujeron en reformas legales despenalizadoras de determinadas conductas. En efecto, un análisis detenido de las ideas de algunos pensadores ilustrados revela que la secularización del Derecho no implicaba necesariamente la despenalización de determinadas conductas que, según el parecer de algunos, habían sido castigadas por el mero hecho de constituir pecados.

¹⁸⁸ GUNTHER, *The Elastic Closet: A History of Homosexuality in France*, pp. 13-14.

¹⁸⁹ «As Gunther explains, medical «experts» found homosexuality’s juridical Achilles heel in theories of contagion, which –under the influence of the work of Louis Pasteur– were rapidly gaining in popularity. With homosexuality commonly viewed, not as a sin against God, but rather as a sin against society, social fears about sexual deviance supported the view that homosexuality was *not* a purely private consensual practice, but rather a dangerously contagious behavior that weakened the nation’s moral fiber. Further, social commentators insisted (especially in the disastrous aftermath of the first World War) that homosexuality had two potential victims: the «public» and «youth.» Male homosexuals in particular, were harassed on charges of public indecency and accused of contaminating French youth and posing a danger to “the public order”» (*H-France Review* Vol. 12, January 2012, No. 5).

3.1 CONTRIBUCIÓN DE ALGUNOS AUTORES ILUSTRADOS

Para ilustrar este punto, veamos algunas ideas de Montesquieu, Beccaria, Rousseau, Voltaire, Kant, Bentham y Blackstone, entre otros, relacionadas con determinadas conductas sexuales que fueron perseguidas y castigadas en la Edad Moderna. Ellas muestran que no existe una ruptura clara con un supuesto Derecho penal bajo la influencia de la teología o moral cristianas.

a) Montesquieu

Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (18 de enero de 1689-10 de febrero de 1755) afirmó que «aunque todos los delitos son, en su naturaleza, públicos, hay una diferencia entre los delitos esencialmente públicos y los que son privados, que han sido así llamados por ser más dañinos a los particulares que a la comunidad»¹⁹⁰. Montesquieu siempre sostuvo que «un buen legislador es menos dado a castigar que a prevenir delitos» y, con carácter general, es preferible «inspirar la buena moral que infligir castigos»¹⁹¹.

Montesquieu distinguió cuatro tipos de delitos, según perjudicaran a la religión, a la moral, a la tranquilidad y orden públicos o a la seguridad de las personas¹⁹². Le resultaba un tanto extraño castigar con pena de muerte los delitos de brujería, herejía y otros contra natura, pero apenas criticó su penalización. Sostuvo que la brujería apenas existía, que la herejía era susceptible de abarcar un amplísimo espectro de distinciones, limitaciones e interpretaciones, y que los delitos *contra natura* eran, con frecuencia, oscuros e inciertos. Con todo, no reivindicó la despenalización de tales conductas¹⁹³. Su escaso espíritu crítico hacia los delitos *contra natura*, y en particular contra la sodomía, probablemente

¹⁹⁰ Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. V.: That Virtue is not the Principle of a monarchical Government* (disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71126/1688041>).

¹⁹¹ «In those states, a good legislator is less bent upon punishing, than preventing, crimes; he is more attentive to inspire good morals than to inflict penalties.» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. IX.: Of the Severity of Punishments in different Governments*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71216/1688454>).

¹⁹² «There are four sorts of crimes. Those of the first species are prejudicial to religion; the second, to morals; the third, to the public tranquility; and the fourth, to the security of the subject. The punishments inflicted for these crimes ought to proceed from the nature of each of these species.» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. IV.: That Liberty is favoured by the Nature and Proportion of Punishments*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71430/1689202>).

¹⁹³ «It is very odd that these three crimes, witchcraft, heresy, and that against nature; (of which, the first might easily be proved not to exist; the second, to be susceptible of an infinite number of distinctions, interpretations, and limitations; the third, to be often obscure and uncertain;) it is very odd, I say, that these three crimes should, amongst us, be punished with fire.» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. VI.: Of the Crime against Nature*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71434/1689226>).

te se debió al radical rechazo que manifestaba hacia esa práctica. Según él, este delito no gozaría de «un especial progreso en la sociedad, a menos que la gente (fuera) atraída por alguna costumbre en particular»; de ahí que todas las «costumbres preparatorias de este delito» deberían ser, «como cualquier otra violación de la moral, severamente proscritas por el juez civil»¹⁹⁴.

Entre las costumbres que las leyes debían promover, resaltó dos virtudes fundamentales, la modestia y la discreción, ambas particularmente relevantes para facilitar la continencia a los individuos. En esta línea, Montesquieu sostenía que la incontinencia no es una consecuencia de las leyes de la naturaleza, y que el legislador debía intervenir frente a «temperamentos» desordenados:

«Cuando, de este modo, el poder físico de algunos temperamentos viola la ley natural de los dos sexos, y la de los seres inteligentes, compete al legislador promulgar leyes que tengan por fin oponerse a la naturaleza de tales temperamentos y restablecer las leyes primitivas»¹⁹⁵.

Por otra parte, Montesquieu trató con cierta indiferencia los delitos de brujería y herejía, sin pedir su abolición. En cuanto a los delitos *contra natura*, desechó la pena de muerte, pero se mostró favorable a que las leyes proscribiesen tales costumbres porque contravenían la naturaleza; de lo contrario, la naturaleza «defendería o retomarí pronto sus derechos»¹⁹⁶.

¹⁹⁴ «I may venture to affirm, that the crime against nature will never make any great progress in society, unless people are prompted to it by some particular custom; as among the Greeks, where the youths of that country performed all their exercises naked; as amongst us, where domestic education is disused; as among the Asiatics, where particular persons have a great number of women whom they despise, while others can have none at all. Let there be no customs preparatory to this crime; let it, like every other violation of morals, be severely proscribed by the civil magistrate; and nature will soon defend or resume her rights. Nature, that fond, that indulgent, parent, has strewed her pleasures with a bounteous hand; and, while she fills us with delights, she prepares us, by means of our issue, (in whom we see ourselves, as it were, reproduced,) she prepares us, I say, for future satisfactions of a more exquisite kind than those very delights» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. VI.: Of the Crime against Nature*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71434/1689226>).

¹⁹⁵ «All nations are equally agreed in fixing contempt and ignominy on the incontinence of women. Nature has dictated this to all: she has established the attack, and she has established to the resistance; and, having implanted desires in both, she has given to the one boldness, and to the other shame. To individuals she has granted a long succession of years to attend to their preservation; but, to continue the species, she has granted only a moment. It is, then, far from being true, that to be incontinent is to follow the laws of nature: on the contrary, it is a violation of these laws, which can be observed only by behaving with modesty and discretion. Besides, it is natural for intelligent beings to feel their imperfections: nature has therefore fixed shame in our minds, a shame of our imperfections. When, therefore, the physical power of certain climates violates the natural law of the two sexes, and that of intelligent beings, it belongs to the legislature to make civil laws, with a view of opposing the nature of the climate and re-establishing the primitive laws» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. XII.: Of natural Modesty*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71620/1689735>).

¹⁹⁶ Véase la nota al pie n. 193.

Como puede verse, no hay referencias expresas al Cristianismo en Montesquieu¹⁹⁷. Sin embargo, creía firmemente en la naturaleza, que no debía ser obviada por las buenas leyes. Según él, las leyes debían guardar relación con la naturaleza, y si había razones médicas que mostraban que la práctica sodomítica traía consigo debilidad física –como se argumentó en los siglos XVIII y XIX–, Montesquieu no era partidario –como tantos otros autores– de despenalizar esta conducta¹⁹⁸.

b) Beccaria

Cesare Beccaria (15 de marzo de 1738-28 de noviembre de 1794), tras manifestar su voluntad de evitar hablar de «ciertas clases de delitos, que han hecho correr ríos de sangre por Europa»¹⁹⁹, añadió que prefería escribir sobre «delitos que violan las leyes de la naturaleza y del contrato social, y no de pecadores, cuyos pecados en el orden temporal deben ser determinados por otros principios, que trascienden los de una filosofía humana limitada»²⁰⁰.

Beccaria, cuyo influjo en Europa fue un tanto desigual²⁰¹, criticó insistentemente la falta de prueba con que los delitos de adulterio y sodomía eran juzga-

¹⁹⁷ «In the reign of Justinian, many philosophers, displeas'd with the constraint of Christianity, retired into Persia. What struck them the most, says Agathias, was, that polygamy was permitted amongst men who did not even abstain from adultery.» (Charles Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, *The Complete Works of M. de Montesquieu* (London: T. Evans, 1777), 4 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAP. VI.: Of Polygamy considered in itself*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/837/71608/1689702>).

¹⁹⁸ *On the Spirit of the Laws* (1748), L. 12, cap. 6: «It ought to be proscribed were it only for its giving to the one sex the weaknesses of the other and paving the way by a scandalous youth for an infamous old age»; al respecto, véase también VÁZQUEZ GARCÍA & MORENO MENGÍBAR, *Sexo y razón*, pp. 224-225.

¹⁹⁹ «The reader will perceive that I have omitted speaking of a certain class of crimes, which has covered Europe with blood, and raised up those horrid piles, from whence, midst clouds of whirling smoke, the groans of human victims, the crackling of their bones, and the frying of their still panting bowels, were a pleasing spectacle and agreeable harmony to the fanatic multitude. But men of understanding will perceive, that the age and country in which I live will not permit me to inquire into the nature of this crime. It were too tedious, and foreign to my subject, to prove the necessity of a perfect uniformity of opinions in a state, contrary to the examples of many nations; to prove that opinions, which differ from one another only in some subtle and obscure distinctions, beyond the reach of human capacity, may nevertheless disturb the public tranquillity, unless one only religion be established by authority; and that some opinions, by being contrasted and opposed to each other, in their collision strike out the truth; whilst others, feeble in themselves, require the support of power and authority. It would, I say, carry me too far, were I to prove, that, how odious soever is the empire of force over the opinions of mankind, from whom it only obtains dissimulation followed by contempt; and although it may seem contrary to the spirit of humanity and brotherly love, commanded us by reason, and authority, which we more respect, it is nevertheless necessary and indispensable. We are to believe, that all these paradoxes are resolved beyond a doubt, and are conformable to the true interest of mankind, if practised by a lawful authority» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER XXXIX.: OF A PARTICULAR KIND OF CRIMES*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202770/3339536>).

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Para el caso español, véase el estudio de AGÜERO, A. & LORENTE, M., «Penal enlightenment in Spain: from Beccaria's reception to the first criminal code» (15 noviembre 2012), *forum*

dos, casos en los que «presunciones, medias pruebas, etc., son admitidas»²⁰², pero tampoco criticó ni rechazó su penalización.

Respecto al adulterio, Beccaria sostenía, tras ponderar sus causas²⁰³, que «las ocasiones son tan frecuentes y el riesgo de ser descubierto tan nimio, que es mucho más fácil para las leyes prevenir este delito que castigarlo una vez ya cometido»²⁰⁴. Según este autor, mientras los delitos tienden a «la destrucción de la sociedad», el adulterio, por su parte, «procede de un abuso de la necesidad que es constante y universal en la naturaleza humana; una necesidad anterior a la formación de la sociedad y, de hecho, fundadora de la propia sociedad»²⁰⁵.

historiae iuris (disponible en <http://www.forhistiur.de/2012-11-aguero-lorente/>; y publicado de nuevo en *The Spanish Enlightenment revisited* (Jesús Astigarraga, ed.), Voltaire Foundation-University of Oxford, 2015).

²⁰² «There are some crimes which, though frequent in society, are of difficult proof, a circumstance admitted, as equal to the probability of the innocence of the accused. But as the frequency of these crimes is not owing to their impunity, so much as to other causes, the danger of their passing unpunished is of less importance, and therefore the time of examination and prescription may be equally diminished. These principles are different from those commonly received; for it is in crimes, which are proved with the greatest difficulty, such as adultery, and sodomy, that presumptions, half-proofs, etc. are admitted; as if a man could be half innocent, and half guilty; that is, half punishable and half absolvable. It is in these cases that torture should exercise its cruel power on the person of the accused, the witnesses, and even his whole family, as, with unfeeling indifference, some civilians have taught, who pretend to dictate laws to nations» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER XXXI: OF CRIMES OF DIFFICULT PROOF*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202754/3339482>).

²⁰³ «Adultery is a crime which, politically considered, owes its existence to two causes, viz. pernicious laws, and the powerful attraction between the sexes. This attraction is similar in many circumstances to gravity, the spring of motion in the universe. Like this, it is diminished by distance; one regulates the motions of the body, the other of the soul. But they differ in one respect; the force of gravity decreases in proportion to the obstacles that oppose it; the other gathers strength and vigour as the obstacles increase» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER XXXI.: OF CRIMES OF DIFFICULT PROOF*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202754/3339483>).

²⁰⁴ «The act of adultery is a crime so instantaneous, so mysterious, and so concealed by the veil which the laws themselves have woven; a veil necessary indeed, but so transparent, as to heighten rather than conceal the charms of the object; the opportunities are so frequent, and the danger of discovery so easily avoided, that it were much easier for the laws to prevent this crime, than to punish it when committed» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER XXXI.: OF CRIMES OF DIFFICULT PROOF*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202754/3339486>).

²⁰⁵ «If I were speaking to nations guided only by the laws of nature, I would tell them, that there is a considerable difference between adultery and all other crimes. Adultery proceeds from an abuse of that necessity which is constant and universal in human nature; a necessity anterior to the formation of society, and indeed the founder of society itself; whereas, all other crimes tend to the destruction of society, and arise from momentary passions, and not from a natural necessity. It is the opinion of those, who have studied history and mankind, that this necessity is constantly in the same degree in the same climate. If this be true, useless, or rather pernicious must all laws and

Beccaria lamentaba el uso de la tortura como medio probatorio del delito de sodomía. Aunque no criticaba tampoco su penalización, señaló que la educación era un factor determinante para prevenir este tipo de delitos en los que, «para hacer a los hombres útiles para otros, se hacen inútiles para sí mismos»²⁰⁶.

Respecto a la blasfemia, tras un breve análisis de su historia y criticar su falta de determinación²⁰⁷, se mostró contrario a la penalización de «las palabras que se llaman juramentos y blasfemias, (...) términos muy vagos que pueden ser interpretados de modos muy diversos»²⁰⁸.

Por otra parte, Beccaria criticó a quienes «imaginaban» que «la grandeza del pecado debía agravar el delito». En esta línea, señalaba que mientras «las relaciones entre hombres se daban en pie de igualdad» y «sólo la necesidad ha

customs be, which tend to diminish the sum total of the effects of this passion. Such laws would only burden one part of the society with the additional necessities of the other; but, on the contrary, wise are the laws which, following the natural course of the river, divide the stream into a number of equal branches, preventing thus both sterility and inundation» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: CHAPTER XXXI: OF CRIMES OF DIFFICULT PROOF; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202754/3339484>).

²⁰⁶ «The crime of sodomy, so severely punished by the laws, and for the proof of which are employed tortures, which often triumph over innocence itself, has its source much less in the passions of man in a free and independent state, than in society and a slave. It is much less the effect of a satiety in pleasures, than of that education, which, in order to make men useful to others, begins by making them useless to themselves. In those public seminaries, where ardent youth are carefully excluded from all commerce with the other sex, as the vigour of nature blooms, it is consumed in a manner not only useless to mankind, but which accelerates the approach of old age.» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: CHAPTER XXXI: OF CRIMES OF DIFFICULT PROOF; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202754/3339488>).

²⁰⁷ «Lewis IX, king of France, who for his virtues was numbered among the saints, made a law against blasphemers. He condemned them to a new punishment; their tongues were pierced with a hot iron. It was a kind of retaliation; the sinning member suffering the punishment. But it was somewhat difficult to determine what was blasphemy. Expressions frequently escape from a man in a passion, from joy, or even in conversation, which are merely expletives, such as the *sela* and the *vab* of the Hebrews, the *pol* and the *ædepol* of the Latins, as also *per Deos immortales*, an expression frequently used, without the least intention of swearing by the immortal gods» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: CHAPTER V: OF PROFANATION; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202797/3339611>).

²⁰⁸ «The words which are called oaths and blasphemy, are commonly vague terms that may be variously interpreted. The law by which they are punished, seems to be founded on that of the Jews, which says: *Thou shalt not take the name of the Lord thy God in vain*. The best commentators are of opinion, that this commandment relates to perjury; and there is the more reason to believe them right, as the word *shave*, which is translated *in vain*, properly signifies perjury. Now, what analogy can there be between perjury and *Cabo de Dios, Cadedis, Sangbleu, Ventrebleu, Corpo de Dio*, etc.?» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: CHAPTER V: OF PROFANATION; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202797/3339612>).

acuñado (...) la idea de utilidad pública, que es el fundamento de la justicia humana», las relaciones entre Dios y el hombre se basaban en la dependencia. Además, si la gravedad del pecado dependiera de la maldad en el ánimo, que es impenetrable para el saber finito, ¿cómo puede, entonces, la gravedad del pecado erigirse en criterio para determinar la gravedad del delito? Incluso admitiendo esa posibilidad, seguía argumentando, «los hombres podrían estar castigando cuando Dios perdona, y perdonando cuando Dios condena; actuando, pues, en contradicción con el Ser Supremo»²⁰⁹.

Beccaria no solo entendió que estaban equivocados quienes imaginaban que «la gravedad del pecado debía agravar el delito», sino también quienes proclamaban que «un delito es mayor o menor dependiendo de la intención del actor». La razón de este error se debía a que «los hombres, a veces con su mejor intención, infligen el más grave de los daños a la sociedad y, con su peor ánimo, le prestan el más valioso de los servicios»²¹⁰.

c) Rousseau

Jean-Jacques Rousseau (28 de junio de 1712 – 2 de julio de 1778) apenas contribuyó a la discusión sobre la secularización del Derecho penal, pero dejó claras dos ideas. Por una parte, tachó de falaces a los que entendían que tentar a

²⁰⁹ In short, others have imagined, that the greatness of the sin should aggravate the crime. But the fallacy of this opinion will appear on the slightest consideration of the relations between man and man, and between God and man. The relations between man and man are relations of equality. Necessity alone hath produced, from the opposition of private passions and interests, the idea of public utility, which is the foundation of human justice. The other are relations of dependence, between an imperfect creature and his Creator, the most perfect of beings, who has reserved to himself the sole right of being both lawgiver and judge; for he alone can, without injustice, be, at the same time, both one and the other. If he hath decreed eternal punishments for those who disobey his will, shall an insect dare to put himself in the place of divine justice, to pretend to punish for the Almighty, who is himself all-sufficient; who cannot receive impressions of pleasure or pain, and who alone, of all other beings, acts without being acted upon? The degree of sin depends on the malignity of the heart, which is impenetrable to finite being. How then can the degree of sin serve as a standard to determine the degree of crimes? If that were admitted, men may punish when God pardons, and pardon when God condemns; and thus act in opposition to the Supreme Being» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER VII: OF ESTIMATING THE DEGREE OF CRIMES*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202706/3339309>).

²¹⁰ «They err, therefore, who imagine that a crime is greater, or less, according to the intention of the person by whom it is committed; for this will depend on the actual impression of objects on the senses, and on the previous disposition of the mind; both which will vary in different persons, and even in the same person at different times, according to the succession of ideas, passions, and circumstances. Upon that system, it would be necessary to form, not only a particular code for every individual, but a new penal law for every crime. Men, often with the best intention, do the greatest injury to society, and with the worst, do it the most essential services» (Cesare Bonesana di Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected.* (Albany: W. C. Little & Co., 1872). Chapter: *CHAPTER VII: OF ESTIMATING THE DEGREE OF CRIMES*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2193/202706/3339307>).

«una mujer casada al adulterio, no debe ser castigado con menor gravedad que el que lo comete, pues un ánimo claro de cometer un delito es igual al hecho mismo»²¹¹. Por otra parte, señaló que en «un Estado bien gobernado, hay pocos castigos, no porque se perdona mucho, sino porque hay menos criminales; es cuando el Estado inicia su declive que la multitud de delitos garantiza la impunidad»²¹².

d) Voltaire

François-Marie Arouet –llamado Voltaire– (21 de noviembre de 1694-30 de mayo de 1778) criticó, al igual que Beccaria²¹³, la falta de determinación del delito de blasfemia. Lamentaba constantemente que «lo que es blasfemia en Roma, en Nuestra Señora de Loretto, y entre los muros de San Gennaro, es piedad en Londres, Ámsterdam, Estocolmo, Berlín, Copenhague, Berna, Basilea, y Hamburgo (...) e incluso en el mismo país, en la misma ciudad, en la misma calle, las gentes se tratan las unas a las otras como blasfemas»²¹⁴. Reconociendo que «los castigos son casi siempre arbitrarios, lo cual constituye un gran defecto en la jurisprudencia», añadía que «este defecto abre el camino para la clemencia y la compasión, que no es otra que la justicia más estricta, pues sería horrible castigar la indiscreción propia de la juventud como se castiga a los parricidas y asesinos. La pena de muerte por una ofensa que no merece más que corrección no es otra cosa sino un asesinato cometido por la espada de la Justicia»²¹⁵.

Lo que Voltaire no admitió de ningún modo –a diferencia de sus contemporáneos– fue la penalización del adulterio. Al no lograr comprender el carácter indisoluble del matrimonio, llegó a afirmar el error de la Iglesia Católica al

²¹¹ «He that tempts a married woman to adultery, is no less severely punished than he that commits it; for they believe that a deliberate design to commit a crime, is equal to the fact itself: since its not taking effect does not make the person that miscarried in his attempt at all the less guilty» (Jean-Jacques Rousseau, *Ideal Empires and Republics. Rousseau's Social Contract, More's Utopia, Bacon's New Atlantis, Campanella's City of the Sun*, with an Introduction by Charles M. Andrews (Washington: M. Walter Dunne, 1901). Chapter: *Of Their Slaves, and of Their Marriages*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2039/145528/2721199>).

²¹² Y añadió: «Under the Roman Republic, neither the Senate nor the Consuls ever attempted to pardon; even the people never did so, though it sometimes revoked its own decision. Frequent pardons mean that crime will soon need them no longer, and no-one can help seeing whither that leads. But I feel my heart protesting and restraining my pen; let us leave these questions to the just man who has never offended, and would himself stand in no need of pardon» (Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract and Discourses by Jean-Jacques Rousseau*, translated with an Introduction by G. D. H. Cole (London and Toronto: J. M. Dent and Sons, 1923). Chapter: *CHAPTER V: the right of life and death*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/638/71007/1686978>).

²¹³ Véanse las notas al pie nn. 206-207.

²¹⁴ Voltaire, *The Works of Voltaire. A Contemporary Version. A Critique and Biography by John Morley*, notes by Tobias Smollett, trans. William F. Fleming (New York: E. R. DuMont, 1901), vol. III, Chapter: *BLASPHEMY*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/352/53884/633265>.

²¹⁵ *Ibid.*

entender éste como un vínculo natural o elemento esencial²¹⁶, criticando además los impuestos pagados –al tribunal de conciencia– para la absolución de este pecado²¹⁷.

e) Kant

Immanuel Kant (22 de abril de 1724-12 de febrero de 1804), tras defender «el Derecho del Soberano como el Poder Supremo para infligir dolor sobre un súbdito en virtud de un delito por él cometido»²¹⁸, distinguía entre los delitos que violan «la integridad del patrimonio en el Estado» y los delitos «contra la

²¹⁶ «If I look round among the nations of the earth, I see no religion except the Roman Catholic which does not recognize divorce and second marriage as a natural right. What inversion of order, then, has made it a virtue in Catholics to suffer adultery and a duty to live without wives when their wives have thus shamefully injured them? Why is a cankered tie indissoluble, notwithstanding the great maxim adopted by the code, *Quicquid ligatur dissolubile est*? A separation of person and property is granted me, but not a divorce. The law takes from me my wife, and leaves me the word *sacrament!* I no longer enjoy matrimony, but still I am married! What contradiction! What slavery!» (Voltaire, *The Works of Voltaire. A Contemporary Version. A Critique and Biography* by John Morley, notes by Tobias Smollett, trans. William F. Fleming (New York: E. R. DuMont, 1901). In 21 vols. Vol. III. Chapter: *ADULTERY*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/352/53693/631586>).

²¹⁷ «The absolution of a layman for the crime of adultery, given at the tribunal of conscience, costs four tournois; and if the adultery is accompanied by incest, six tournois must be paid per head. If, besides these crimes, is required the absolution of the sin against nature, or of bestiality, there must be paid ninety tournois, twelve ducats, six carlins; but if only the absolution of the crime against nature, or of bestiality, is required, it will cost only thirty-six tournois, nine ducats» (Voltaire, *The Works of Voltaire, A Contemporary Version*, (New York: E. R. DuMont, 1901), *A Critique and Biography* by John Morley, notes by Tobias Smollett, trans. William F. Fleming. Vol. VII. Chapter: *TAX-FEE*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/1660/202435/3331973>).

²¹⁸ «The Right of administering Punishment, is the Right of the Sovereign as the Supreme Power to inflict pain upon a Subject on account of a Crime committed by him. The Head of the State cannot therefore be punished; but his supremacy may be withdrawn from him. Any Transgression of the public law which makes him who commits it incapable of being a Citizen, constitutes a *Crime*, either simply as a private Crime (*crimen*), or also as a *public Crime* (*crimen publicum*). Private *crimes* are dealt with by a Civil Court; Public *Crimes* by a Criminal Court.—Embezzlement or peculation of money or goods entrusted in trade, Fraud in purchase or sale, if done before the eyes of the party who suffers, are Private *Crimes*. On the other hand, coining false money or forging Bills of Exchange, Theft, Robbery, etc., are Public *Crimes*, because the Commonwealth, and not merely some particular individual, is endangered thereby. Such *Crimes* may be divided into those of a *base* character (*indolis abjectæ*) and those of a *violent* character (*indolis violentiæ*).» (Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, by Immanuel Kant, trans. W. Hastie (Edinburgh: Clark, 1887). Chapter: *Constitutional and Juridical Consequences arising from the Nature of the Civil Union*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/359/55842/641046>); el párrafo citado procede del «explanatory remarks on the first principles of the doctrine of sex crimes.» un apéndice añadido a la nueva edición (también 1797) como respuesta a una recensión. Proviene de una de sus últimas obras, en su versión inglesa como *The Metaphysics of Morals*. Publicada en 1797, cuando la actividad intelectual del filósofo era ya menor, esta obra es considerada como una compilación de las notas de sus clases y, en consecuencia, serían objeto de redacción unos años antes.

Humanidad», entre los que se incluyen la violación, la pederastia²¹⁹ y la bestialidad, entre otros²²⁰. Y añadió:

«... la perpetración de un delito contra la humanidad en general. En particular son las violaciones, pederastia y bestialidad. Las dos primeras tendrían que ser castigadas con la castración (de la manera acostumbrada con los eunucos blancos y negros de un serallo), y la última, con la expulsión de la sociedad civil de por vida, pues el individuo se ha hecho a sí mismo indigno de las relaciones humanas. *Per quod quis peccat per idem punitur et idem*. Estos delitos son antinaturales, porque se cometen contra la esencia de la Humanidad. Castigarlos con penas arbitrarias es diametralmente opuesto a la concepción de justicia penal, pero incluso en esa circunstancia, el criminal no puede quejarse de que se le está tratando injustamente, pues su propio hecho maligno atrae tal castigo; y solo está experimentando lo que está de acuerdo con el espíritu, si no la letra, de la Ley penal que ha quebrantado en sus relaciones con otros»²²¹.

Según el parecer de Kant, el «uso antinatural (y, por tanto, abuso) de los propios órganos sexuales es una violación en el más alto grado» que no merece otra cosa que ser castigada por el soberano. De hecho, estaba convencido de que tales conductas eran aún peores que el suicidio²²². A su juicio, este comportamiento constituía una violación del deber de ser humano para consigo mismo.

²¹⁹ A este respecto, conviene tener en cuenta que, según Kant –así como siguen concibiendo los alemanes a día de hoy–, el término pederastia (o *Päderastie*, en alemán) no se refiere a la pedofilia, sino a la penetración anal. Aunque la expresión podría concernir a relaciones heterosexuales, generalmente significaba que esa conducta fuera llevada a cabo entre varones.

²²⁰ «The mere idea of a political Constitution among *men* involves the conception of a *punitive* Justice as belonging to the supreme Power. The only question, then, is to consider whether the legislator may be indifferent to the *modes* of punishment, if they are only available as means for the removal of crime, regarded as a violation of the Security of property in the State; or whether he must also have regard to respect for the Humanity in the person of the criminal, as related to the species; and if this latter alternative holds, whether he is to be guided by pure principles of Right, taking the *jus talionis* as in form the only *à priori* idea and determining principle of Penal Right, rather than any generalization from experience as to the remedial measures most effective for his purpose. But if this is so, it will then be asked how he would proceed in the case of *crimes* which do not admit of the application of this Principle of *Retaliation*, as being either impossible in itself, or as in the circumstances involving the perpetration of a penal offence against Humanity generally. Such, in particular, are the relations of rape, *pæderasty*, and *bestiality*» (Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Right*, by Immanuel Kant, trans. W. Hastie (Edinburgh: Clark, 1887). Chapter: *Objection as to the Faculty of Desire*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/359/55891/641172>).

²²¹ *Ibid.*

²²² «That this unnatural use (and so abuse) of one's *sexual* organs is a violation, in the highest degree, of the duty owed by any to himself, is manifest to everybody; and is a thought so revolting, that even the naming this vice by its own name is regarded as a kind of immorality, which is not the case, however, with self-murder, which no one hesitates to detail in all its horrors, and publish to the world *in specie facti*; just as if mankind at large felt ashamed at knowing himself capable of an act sinking him so far beneath the brutes» (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Ethics* by Immanuel Kant, trans. J. W. Semple, ed. with Introduction by Rev. Henry Calderwood (Edinburgh: T. & T. Clark, 1886) (3rd edition). Chapter: *PART I: OF THE DUTIES OF PERFECT AND DETERMINATE OBLIGATION*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/1443/56276/1351965>).

Kant, tratando de «probar con argumentos de razón la inadmisibilidad de tal exceso antinatural», no empleó argumentos teológicos o religiosos. A su juicio, «el hombre abdica maliciosamente de su persona para convertirse en mero instrumento de satisfacción de su brutal lujuria». Siguiendo la comparación con el suicidio, sostenía que «la obstinación del suicida, que viene de lejos, y que se desprende de la vida como de una carga, no es una rendición afeminada a la excitación de los sentidos, sino que es una muestra de valor y permite reverenciar la humanidad que tal acto representa; mientras que el otro se abandona a sí mismo en manos de la brutalidad, cual paria, gozando en el abuso de sí mismo, y es esto lo que lo hace objeto de abominación, e impide que sea reverenciado en modo alguno»²²³.

f) **Blackstone**

William Blackstone (10 de julio de 1723-14 de febrero de 1780) distinguía entre «pecados espirituales» –juzgados por los tribunales eclesiásticos– y «delitos temporales» –juzgados por los tribunales seculares del orden penal²²⁴–. Al

²²³ «And yet, to prove upon grounds of reason the inadmissibility of that unnatural excess, and even the disallowedness of a mere irregular use of one's *sexual* part, so far forth as they are violations (and in regard of the former, even in the highest possible degree) of the duty owed by man to himself, is a task of no slight or common difficulty. The ground of proving is to be sought, no doubt, is this, that man meanly abdicates his personality, when he attempts to employ himself as a bare means to satisfy a brutal lust. At the same time, the high and prodigious enormity of the violation perpetrated by man against the humanity subsisting in his person, by so unnatural and portentous a lust, which seems, as we have said, formally to transcend in magnitude the guilt of self-murder, remains unexplained upon this argument; unless, perhaps, it might be urged that the headlong obstinacy of the suicide, who casts away life as a burden, is no effeminate surrender to sensitive excitement, but shows valour, and so leaves ground for reverencing the humanity he represents; while this other resigns himself an abandoned outcast to brutality, enjoying his own self-abuse—that is, he makes himself an object of abomination, and stands bereft of all reverence of any kind» (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Ethics* by Immanuel Kant, trans. J. W. Semple, ed. with Introduction by Rev. Henry Calderwood (Edinburgh: T. & T. Clark, 1886) (3rd edition). Chapter: *PART I: OF THE DUTIES OF PERFECT AND DETERMINATE OBLIGATION*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/1443/56276/1351966>).

²²⁴ «II. There are a few other criminal courts of greater dignity than many of these, but of a more confined and partial jurisdiction; extending only to some particular places which the royal favour, confirmed by act of parliament, has distinguished by the privilege of having peculiar courts of their own for the punishment of crimes and misdemeanours arising within the bounds of their cognizance. These, not being universally dispersed, or of general use, as the former, but confined to one spot as well as to a determinate species of causes, may be denominated private or special courts of criminal jurisdiction. I speak not here of ecclesiastical courts, which punish spiritual sins, rather than temporal crimes, by penance, contrition, and excommunication, *pro salute animæ*, or, which is looked upon as equivalent to all the rest, by a sum of [276]money to the officers of the court by way of commutation of penance. Of these we discoursed sufficiently in the preceding book. I am now speaking of such courts as proceed according to the course of the common law; which is a stranger to such unaccountable bartering of public justice» (Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes* (Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893). Chapter: *CHAPTER XIX: OF COURTS OF A CRIMINAL JURISDICTION*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2142/198923/3154159>).

tratar las clases de delitos, afirmaba que un cuarto tipo comprendía todos aquellos «más inmediatamente perpetrados contra Dios y contra la religión». Y tras mencionar varias formas de blasfemia, añadía que «estas ofensas punibles bajo el *common law* (...) por la Cristiandad son parte de la leyes de Inglaterra»²²⁵. Su obra *Commentaries on the Laws of England* contenía –como en muchas otras jurisdicciones– los delitos de blasfemia, maldición, brujería, conjuro, encantamiento, hechicería, simonía y otras conductas de religiosos impostores²²⁶.

g) Bentham

Jeremy Bentham (15 de febrero de 1748-6 de junio 1832), en sus *Principles of Morals and Legislation* (1780), sostuvo que los delitos contra uno mismo estaban excesivamente expuestos a la controversia y debían quedar al margen de discusión alguna²²⁷. Cinco años más tarde, con sus *Offences Against One's*

²²⁵ «IV. The fourth species of offences, therefore, more immediately against God and religion, is that of *blasphemy* against the Almighty by denying his being or providence; or by contumelious reproaches of our Saviour Christ. Whither also may be referred all profane scoffing at the holy scripture, or exposing it to contempt and ridicule. These are offences punishable at common law by fine and imprisonment, or other infamous corporal punishment;(h) for Christianity is part of the laws of England.(i)» (Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes.* (Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893). Chapter: *CHAPTER IV: OF OFFENCES AGAINST GOD AND RELIGION*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2142/198893/3153824>).

²²⁶ «26. What is blasphemy; and how is it punishable at *common law*? 59.

27. How are *profane* and *common swearing* and *cursing* punishable, by the statute 19 Geo. II. c. 21; and what is enacted against *profanity* on the *stage*, by statute 3 Jac. I. c. 21? 59, 60.

28. What is *witchcraft*, *conjuraton*, *enchantment*, or *sorcery*; and what is declared as to it by statute 9 Geo. II. c. 5? 60-62.

29. How is the pretence to using *witchcraft*, telling fortunes, or discovering stolen goods by skill in the occult sciences, punished? 62.

30. Who are *religious impostors*; and how are they punishable? 62.

31. Why is *simony* to be considered as an offence against *religion*; who are punishable for it by statute 31 Eliz. c. 6; and how? 62» (Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibold, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes.* (Philadelphia: J. B. Lippincott Co., 1893). Chapter: *BARRON FIELD, AN ANALYSIS OF BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON The Laws of England*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2142/198964/3156831>).

²²⁷ «We come next to *self-regarding offences*; or, more properly, to acts productive in the first instance of no other than a *self-regarding mischief*: acts which, if in any instance it be thought fit to constitute them *offences*, will come under the denomination of *offences against one's self*. This class will not for the present give us much trouble. For it is evident, that in whatever points a man is vulnerable by the hand of another, in the same points may he be conceived to be vulnerable by his own. Whatever divisions, therefore, will serve for the first class, the same will serve for this. As to the questions, What acts are productive of a mischief of this stamp? And, among such as *are*, which it may, and which it may not, be *worth while* to treat upon the footing of *offences*? These are points (the latter of which at least is) too unsettled, and too open to controversy, to be laid down with that degree of confidence which is implied in the exhibition of properties which are made use of as the groundwork of an arrangement. Properties for this purpose ought to be such as show

Self (1785)²²⁸, se convirtió en el primer defensor de la despenalización de la sodomía.

Huelga decir que no era partidario de los argumentos «naturales» o «médicos», en base a los cuales se sostenía que la práctica de la sodomía producía un daño tanto a los individuos (enfermedades) como a las comunidades (demografía). Bentham consideraba tales afirmaciones meros prejuicios, máxime cuando el daño no había sido realmente probado por los médicos de la época. Además –añadía él–, en la Antigüedad (Grecia y Roma) tales conductas resultaban relativamente comunes y no parece que sus efectos fueran tan dañinos.

El utilitarismo de Bentham no era de ningún modo compatible con una fundamentación natural de la moral y de la ética. La naturaleza y el enfoque iusracionalista habían sido sustituidos por un estudio meramente materialista y empírico de los casos particulares. Si era función inherente a la ley promover la máxima felicidad para el mayor número posible de personas, entendiendo por felicidad el mero bienestar o la experimentación del placer (como opuesto al dolor), debía llevarse a cabo un juicio de ponderación de las personas que se beneficiarían del placer y de las que se verían perjudicadas por el dolor con anterioridad a la toma de decisión sobre la penalización de ciertas conductas.

Para Bentham, no era suficiente atenuar los castigos infligidos sobre los reos de sodomía. A diferencia de Beccaria y otros ilustrados, él entendió que la sodomía debía ser despenalizada por completo, puesto que lo que importa no es si el comportamiento es natural o antinatural, sino si la práctica o su castigo hacen felices a los ciudadanos.

No admitió, por tanto, las presuntas consecuencias patológicas de estas prácticas. De hecho, afirmaba que de ser incluso ciertas, su criminalización podría generar más dolor que felicidad, debido a las falsas acusaciones y extorsiones surgidas al probarse tales prácticas ante el juez. Y en el caso de que tales conductas produjeran un daño cierto, o una enfermedad, el mejor modo de desenraizar tales prácticas sería mediante la educación y la disciplina, más que con castigos.

De cuanto se ha dicho podría deducirse que Bentham veía la sodomía con buenos ojos, o que incluso la promovía. Nada más lejos de la realidad. Según él, tal conducta manifestaba un «gusto pervertido», una «infección del gusto», un «acto odioso en grado sumo y repugnante», un «gusto depravado». Y resulta elocuente que este catálogo de expresiones tienen un carácter más estético («náusea», «repugnancia»), que teológico («peccadis nefandus», «acto contra natura»), ético («inmoralidad») o terapéutico («enfermedad», «anomalía») ²²⁹. Pese a que le desagradaba tal práctica, entendía que no por ello podía justificarse su penalización; lo contrario supondría admitir que las leyes pudieran ser

themselves at first glance, and appear to belong to the subject beyond dispute» (Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendance of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Vol. 1. Chapter: *CHAPTER XVIII. § 1: Classes of Offences*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/2009/139415/2639145>).

²²⁸ Véanse las notas al pie nn. 182 and 183; al respecto, véase «Introducción» a Jeremy Bentham, *De los delitos contra uno mismo*, pp. 37-42.

²²⁹ «Introducción» a Jeremy Bentham, *De los delitos contra uno mismo*, p. 40.

promulgadas conforme al capricho de los gobernantes. Además, sostenía que ese sentimiento de repugnancia y rechazo podía deberse a prejuicios de la propia sociedad, y que nada impedía que –conforme a una perspectiva utilitarista– éstos pudieran desaparecer.

Respecto a la penalización del adulterio, Bentham sostenía que se debía a la influencia del Cristianismo en Europa. A diferencia de Voltaire –quien no entendía el carácter indisoluble del vínculo matrimonial, ni el daño que el adulterio podía causar–, Bentham conceptualizó la conducta adúltera como incumplimiento de un vínculo contractual, habida cuenta que «sin contrato, no hay incumplimiento: sin matrimonio, no hay adulterio»²³⁰. Pese a estar francamente sorprendido por el número de delitos –relacionados con el matrimonio y la familia– vigentes en los diversos Estados europeos²³¹, entendía, sin embargo, que en el caso del adulterio, tanto el legislador como los tribunales perseguían la «paz y honor de las familias»²³².

²³⁰ «In one case, the trying these different parts of the cause at different times will be attended with particular advantage. This is where, pronounced in one of the two opposite ways, a decision given on one of the several component parts of the cause thus decomposed, renders the trial of the rest, some or all of them, superfluous. Thus, no contract, no breach: no marriage, no adultery» (Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Vol. 5. Chapter: *LETTER IV: PROPOSED TRIAL BY JURY*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/1996/130177/2570421>).

²³¹ «And thus we have one-and-twenty sorts of offences to which, as the law stands at present in Christian countries, the condition of a husband stands exposed: viz. 1. Wrongful non-investment of the condition of a husband. 2. Wrongful interception of the condition of a husband. 3. Wrongful divestment of the condition of a husband. 4. Usurpation of the condition of a husband. 5. Polygamy. 6. Wrongful investment of the condition of a husband. 7. Wrongful abdication of the condition of a husband. 8. Wrongful detraction of the condition of a husband. 9. Wrongful imposition of the condition of a husband. 10. Mismanagement of marital guardianship. 11. Desertion of marital guardianship. 12. Dissipation in prejudice of matrimonial wardship. 13. Peculation in prejudice of matrimonial wardship. 14. Abuse of marital power. 15. Disturbance of marital guardianship. 16. Wrongful withholding of connubial services. 17. *Adultery*. 18. Breach of duty to husbands. 19. Elopement from husbands. 20. Wife-stealing. 21. Bribery in prejudice of marital guardianship» (Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press, 1907). Chapter: § 3. *Genera of Class I*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/278/20765/941632>).

²³² «Within the jurisdiction of these courts are included causes relative to *adultery*: and in these causes is not the peace and honour of families concerned? Yes, surely, if in any. Here, then, at least (it may be added) is not the veil of secrecy well applied? applied fortunately at least, if not wisely? Yes, verily, if it were applied to any effect. But is it? To the delivery of the evidence, the public is not admitted, because it would be against custom and against principle. But the evidence, when delivered, is made public—as public as the press can make it. While concealed, it is not because concealment is favourable to decency: when made public, it is not because publicity is favourable to justice. When concealed, it is not because judges have regard to family peace, to female honour, or to decency; but because judges, or those who act under judges, have a regard for trade. The secrets of the Arches are opened by the same key—the same patent key—by which the courts in Westminster and Guildhall are closed» (Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, published under the Superintendence of his Executor, John Bowring (Edinburgh: William Tait, 1838-1843). 11 vols. Vol. 6. Chapter: *CHAPTER X.: OF PUBLICITY AND PRIVACY, AS APPLIED TO JUDICATURE IN GENERAL, AND TO THE COLLECTION OF THE EVIDENCE IN PARTICULAR*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/1923/116124/2364369>).

h) Lardizábal

Manuel de Lardizábal y Uribe (San Juan del Molino, España, 22 de diciembre de 1739-25 de diciembre de 1820), señaló, en su famoso *Discurso sobre las penas* (1782)²³³, que en los siglos XVI y XVII existió una completa confusión entre delito y pecado²³⁴. Se trata, lógicamente, de una exageración de la relación entre las nociones de delito y pecado, empleada por ese autor con el objeto de reforzar la distinción de tales categorías. Sostuvo que el Derecho penal busca proteger a la sociedad de cualquier daño, para salvaguardar así el orden social, castigando tan solo las conductas que pudieran amenazar la tranquilidad pública y la seguridad de los particulares. Resaltó que el pecado no pertenece al orden social (porque la sociedad no puede responder de su existencia), sino a Dios (porque corresponde a la relación de dependencia del hombre a Dios). Mantuvo, sin embargo, que las conductas contra la religión podían –y debían– castigarse, porque la religión constituía un vínculo necesario para el mantenimiento de la cohesión social²³⁵.

3.2 RASGOS COMUNES DEL PENSAMIENTO ILUSTRADO

¿Cuáles fueron las características comunes de los pensadores de la Ilustración?

En primer lugar, aunque el resultado final de las ideas ilustradas apenas difiera del defendido por la ciencia jurídico-penal del Antiguo Régimen –bajo el influjo de la teología y del sistema político absolutista–, los argumentos esgrimidos sí reflejan un cambio sustancial y notable. En esta línea, no se encuentran ya referencias religiosas o teológicas, ni citas de la Sagrada Escritura, en los autores analizados al examinar por qué algunas conductas debían ser –o no– penalizadas.

Sin embargo, este cambio argumentativo no trajo consigo la despenalización de muchas conductas que, según el sentir de una parte de la doctrina, venían siendo castigadas por el mero hecho de ser pecados contra la fe y la moral cristiana. En este sentido, conviene recordar cómo Montesquieu ignoró los delitos de brujería y herejía, pero no solicitó su abolición. Todos los autores ilustrados, excepto Bentham, sostenían que la sodomía debía ser castigada. Es más. Como se dijo, este delito fue perseguido y castigado –desde una perspectiva estrictamente legal– con mayor severidad en los siglos XVIII y XIX

²³³ *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su Reforma* (Imp. Joaquín Ibarra, Madrid, 1782; 2.ª ed.: Imp. Repullés, Madrid, 1828; 3.ª ed.: Biblioteca Criminológica y Penitenciaria, vol. 1, ed. La Lectura, Madrid, 1916; 4.ª ed.: Revista de Estudios Penitenciarios, n. 174, Madrid, 1966 –es la que manejo–; 5th ed.: Poda, Méjico, 1982, Prólogo a cargo de J. Piña y Palacios).

²³⁴ Véase la nota al pie n. 32, y su correspondiente texto principal.

²³⁵ Manuel de LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, pp. 94-99; TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, p. 235.

que con anterioridad²³⁶. Por otra parte, todos los autores se mostraron partidarios del castigo de los delitos religiosos (la blasfemia, entre ellos), y de otras conductas relacionadas con la moral sexual en términos relativamente similares a los vigentes en el pasado (adulterio, bigamia, incesto, violación, *strumpum*, sodomía, bestialidad, etc.). Salvo los delitos de brujería y herejía, cuya despenalización fue solicitada por la mayoría de los autores ilustrados, no se encuentran claras y manifiestas reivindicaciones de despenalización de las demás conductas.

No obstante, los ilustrados se apartan notablemente de los juristas de épocas anteriores en dos aspectos. Por una parte, no emplean ningún argumento teológico o religioso, y solicitan, por otra, una menor severidad en los castigos, en conformidad con los principios de humanidad y de proporcionalidad entre el delito y su pena. Defendieron, por ejemplo, que la sodomía no debía ser castigada con la pena de muerte, sino con cadena perpetua o trabajos forzados²³⁷. Hay que resaltar, de todas formas, que esta tendencia se encuentra ya en muchos territorios a lo largo del siglo XVII²³⁸.

¿Se oponían los ilustrados a la fe y moral cristiana? Algunos sí, sin duda, y otros no tanto, pero todos coincidían en que el Derecho penal no debía basarse en argumentos de índole religioso o teológico (ideal de celibato, castidad, fidelidad religiosa, etc.).

En segundo lugar, los autores ilustrados fundaban sus argumentos y razonamientos en la filosofía natural. En efecto, tras rechazar la teología, los autores tienden a recurrir a la filosofía, pero a una filosofía basada en la naturaleza. Según la mayoría de estos autores, el principal criterio o punto de partida para analizar si un comportamiento podía irrogar un daño a la sociedad o a sus individuos era la naturaleza humana. De ahí que Beccaria advirtiera que solo escribía sobre «delitos que violan las leyes de la naturaleza y el contrato social, y no de pecados»²³⁹. Esto quizá explica por qué las tesis finales de los ilustrados no se apartaban tanto de lo que se había venido defendiendo por los juristas del Antiguo Régimen. Además, conviene no olvidar que la naturaleza –más que la teología– formaba parte de los fundamentos del Derecho penal de los juristas del *ius commune*, lo cual también permite explicar por qué los autores ilustrados defendían que conductas como la masturbación o la sodomía podían evitarse con una educación adecuada²⁴⁰. El rechazo de la naturaleza, procedente del movimiento filosófico del utilitarismo, trajo consigo un cambio radical en este sentido, suplantando la naturaleza por un planteamiento subjetivista de búsqueda de la felicidad mediante el placer o la gratificación de los propios deseos. No

²³⁶ Al respecto, véanse las notas al pie nn. 182, 183, 184, 185, y sus correspondientes textos principales.

²³⁷ Desde una perspectiva legislativa (o legal), Pietro Leopoldo de Toscana fue el primer legislador occidental en abolir la pena de muerte (1786), siendo también el primero en suprimirla con respecto al delito de sodomía (sustituida por la pena de prisión y trabajos forzados).

²³⁸ Respecto a Valencia, véase, por ejemplo, TOMÁS Y VALIENTE, «El crimen y pecado contra natura», p. 54.

²³⁹ Véase la nota al pie n. 199, y su correspondiente texto principal.

²⁴⁰ «Introducción» a Jeremy BENTHAM, *De los delitos contra uno mismo*, p. 30.

en vano Bentham fue el primero en defender la completa despenalización de la sodomía.

En tercer lugar, conviene resaltar que, con la salvedad de Beccaria y Lardizábal –que enfatizaron la distinción entre delito y pecado («la grandeza del pecado no debería agravar el delito»–), los autores ilustrados no prestaron atención a la relación entre delito y pecado. ¿Cómo puede explicarse esta falta de interés por un asunto que, según una parte de la doctrina, constituyó uno de los rasgos más definatorios y característicos del Derecho penal anterior al siglo XVIII? Quizá se debe, sencillamente, a que no era ese un problema del Derecho penal. Quizá los autores ilustrados no conocían de ningún jurista o penalista que mantuviera que algunos delitos eran castigados por su mero carácter pecaminoso. O quizá eran plenamente conscientes de que la secularización del Derecho penal era ya entonces una realidad y que no eran ellos los pioneros de ese proceso.

Todo ello es cierto. Puede constatarse cómo, ya desde la Baja Edad Media, las conductas no era perseguidas y castigadas por el mero y exclusivo hecho de ser pecados, pese al empleo de argumentos o razonamientos de carácter teológico (junto a otros, siempre unidos a las nociones de «orden público», «paz social», «orden natural», etc.). Además, los ilustrados conocían sobradamente que la ciencia jurídico-penal de los siglos XVI y XVII se había desarrollado de un modo particular, pese a que sus tesis apenas hubieran podido ser objeto de aplicación o implementación. Ello se debía a un sistema político absolutista que se mostraba reacio y se resistía a determinadas reformas penales que pudieran dificultar –o incluso impedir– la instrumentalización de las leyes penales con fines políticos.

3.3 EL LEGADO DEL SIGLO XVII: LA CONTRIBUCIÓN DE THOMAS HOBBS

No cabe duda de que los autores ilustrados conocían las obras de Hugo Grocio, Christian Thomasius o Thomas Hobbes, por nombrar solo algunos.

Thomas Hobbes (Thomas Hobbes of Malmesbury, 5 de abril de 1588 – 4 de diciembre de 1679), por ejemplo, mostró en su *Dialogue* la clara distinción entre delito y pecado. Tras reprochar a algunos que no parecían distinguir esas categorías²⁴¹, señaló:

«Todos los delitos son, de hecho, pecados, pero no todos los pecados son delitos. Un pecado puede ocurrir en el foro del pensamiento o en el ánimo secreto de un hombre, pero ni un juez, ni un testigo ni ningún otro hombre lo pueden tomar en consideración; pero un delito es un pecado tal que violenta la

²⁴¹ «It seems by this definition of a *crime*, you make no difference between a *crime* and a sin» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 6. Chapter: A *DIALOGUE* of *THE COMMON LAW*; disponible en at <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920/2026935>).

ley, acción que puede ser denunciada y juzgada por un juez, que será convencido, o probada por testigos»²⁴².

Hobbes insistió en la idea de que, a diferencia del pecado, el delito requiere de la comisión de un hecho o palabra prohibido por la ley:

«Un delito es un pecado consistente en la comisión, por obra o palabra, de lo que la ley prohíbe, o la omisión de lo que la ley ordena. Por ello, todo delito es un pecado, pero no todos los pecados son delitos. Intentar robar o matar es un pecado, aunque esto no se traduzca en obras o palabras: esto sería suficiente para Dios, que ve los pensamientos del hombre; pero a menos que aparezca como algo hecho o dicho, de suerte que la intención pueda ser apreciada por un juez humano, no recibirá el nombre de delito»²⁴³.

Hobbes distinguió los pecados contra las «leyes naturales» y los delitos contra las «leyes civiles»:

«Desde esta relación entre pecado y Derecho, y delito y ley civil, se puede inferir, en primer lugar, que cuando la ley cesa, así cesa del propio modo el pecado. Pero puesto que la ley natural es eterna, la violación de los pactos, la ingratitud, la arrogancia, y todos los hechos contrarios a la moral y la virtud no

²⁴² Y añadió: «Farther; that which is no sin in itself, but indifferent, may be made sin by a positive law: as when the statute was in force that no man should wear silk in his hat, after the statute such wearing of silk was a sin, which was not so before. Nay, sometimes an action that is good in itself, by the statute law may be made a sin; as if a statute should be made to forbid the giving of alms to a strong and sturdy beggar, such alms, after that law, would be a sin, but not before; for then it was charity, the object whereof is not the strength or other quality of the poor man, but his poverty. Again, he that should have said in Queen Mary's time, that the Pope had no authority in England, should have been burnt at a stake; but for saying the same in the time of Queen Elizabeth, should have been commended. You see by this, that many things are made crimes, and no crime, which are not so in their own nature, but by diversity of law, made upon diversity of opinion or of interest by them which have authority: and yet those things, whether good or evil, will pass so with the vulgar, if they hear them often with odious terms recited, for heinous crimes in themselves, as many of those opinions, which are in themselves pious and lawful, were heretofore, by the Pope's interest therein, called detestable heresy. Again, some controversies are of things done upon the sea, others of things done upon the land. There need be many courts to the deciding of so many kinds of controversies. What order is there taken for their distribution?» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 6. Chapter: A DIALOGUE of THE COMMON LAW; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920/2026937>).

²⁴³ Y añadió: «: which distinction the Greeks observed, in the word ἀμάρτημα, and ἔγκλημα, or ἄρτία; whereof the former, which is translated sin, signifieth any swerving from the law whatsoever; but the two latter, which are translated crime, signify that sin only, whereof one man may accuse another. But of intentions, which never appear by any outward act, there is no place for human accusation. In like manner the Latins by *peccatum*, which is sin, signify all manner of deviation from the law; but by *crimen*, which word they derive from *cerno*, which signifies to perceive, they mean only such sins, as may be made appear before a judge; and therefore are not mere intentions» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 3. Chapter: CHAPTER XXVII: of crimes, excuses, and extenuations; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/585/89872/2025966>).

pueden dejar de ser pecados. En segundo lugar, cesando la ley civil, también cesan los delitos: al no haber ley que quede, sino la natural, no hay lugar para la acusación; cada hombre es su propio juez y es acusado por su conciencia únicamente, y absuelto por la corrección de su propia intención. Cuando su intención es correcta, su hecho no es un pecado: si, por el contrario, su hecho es pecado, sigue sin ser delito. En tercer lugar, cuando el poder soberano cesa, también cesa el delito; pues cuando no existe tal poder, no hay protección que se reciba por la ley, y por lo tanto cada uno puede protegerse por su propio poder, pues a ningún hombre instituido en el poder soberano puede exigírsele que renuncie el derecho de preservar su propio cuerpo, para cuya seguridad la soberanía fue constituida. Pero esto solo puede ser referido a aquellos que no han contribuido a menoscabar el poder que les protegía, pues eso era delito desde el principio»²⁴⁴.

Como puede observarse, no hay ninguna referencia a Dios al definir la noción «delito» en el siglo XVII. Para Hobbes, como para todos los autores de la Edad Moderna, no hay delito a menos que la conducta produzca un daño constatable, bien a los particulares, bien a la comunidad. Y en muchas ocasiones el daño afectaba a ambas²⁴⁵. En su *Dialogue*, Hobbes se planteó por qué razón la herejía estaba penalizada²⁴⁶. De su respuesta no se deduce —ni mucho menos— la creencia de que la herejía constituyera un delito por ser ofensiva a Dios, sino, más bien al contrario, explicó las razones históricas por las que el poder político decidió convertirlo en delito²⁴⁷. No solo era la religión un factor clave para con-

²⁴⁴ Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 3. Chapter: *CHAPTER XXVII.: of crimes, excuses, and extenuations*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/585/89872/2025967>).

²⁴⁵ «Lastly, because in almost all crimes there is an injury done, not only to some private men, but also to the commonwealth; the same crime, when the accusation is in the name of the commonwealth, is called public crime: and when in the name of a private man, a private crime; and the pleas according thereunto called public, *judicia publica*. Pleas of the Crown; or Private Pleas. As in an accusation of murder, if the accuser be a private man, the plea is a Private Plea; if the accuser be the sovereign, the plea is a Public Plea» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 3. Chapter: *CHAPTER XXVII: of crimes, excuses, and extenuations*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/585/89872/2026018>).

²⁴⁶ «Since you have told me how heresy came to be a name, tell me also how it came to be a crime; and what were the heresies that first were made crimes» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 6. Chapter: *A DIALOGUE of THE COMMON LAW*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920/2027289>).

²⁴⁷ «Since the Christian Church could declare, and none else, what doctrines were heresies, but had no power to make statutes for the punishment of heretics before they had a Christian King, it is manifest that heresy could not be made a *crime* before the first Christian Emperor, which was Constantine the Great. In his time, one Arius, a priest of Alexandria, in dispute with his bishop publicly denied the divinity of Christ, and maintained it afterwards in the pulpit, which was the cause of a sedition and much bloodshed both of citizens and soldiers in that city. For the preventing of the like for the time to come, the Emperor called a general Council of bishops to the city of Nice; who being met, he exhorted them to agree upon a confession of the Christian faith, promising that whatsoever they agreed on he would cause to be observed» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William*

seguir la unidad política y la cohesión social, sino que también servía para promover la paz (o *tranquilitas*) social y evitar los conflictos entre las diversos estamentos y clases. En otras palabras, la decisión política pivotaba sobre las ideas de «orden social» y «paz social» (y no sobre el propósito de castigar un pecado —u ofensa a Dios—, como algunos autores sugieren).

En efecto, los juristas anteriores a la Ilustración no tenían necesidad alguna de referirse a Dios para definir el delito. Sin embargo, no dudaban acerca de la existencia de «leyes naturales». Cualquier acto contra una «ley natural» constituye pecado, pero no delito («cesando la ley civil, también cesan los delitos», subraya Hobbes). Además, los juristas entendieron que las leyes civiles debían reflejar el «orden natural», pues la «paz social» o el «orden social» no se podía lograr al margen del orden natural, lo cual no implicaba necesariamente la penalización de todas las conductas que contraviniesen el orden natural, y menos de aquellos que no produjeran ningún daño social perceptible (escándalo público, patologías, enfermedades físicas, etc.).

Es cierto que algunos autores podrían llegar a abusar de tal orden natural, extendiéndolo a materias cuyo carácter natural resulta más que dudoso o —por lo menos— discutible, no solo según la mentalidad actual sino también desde la perspectiva de su concreta época histórica. Y este peligro, de hecho, se dio en la práctica. Hobbes, por ejemplo, mantuvo que no había necesidad alguna de especificar los actos concretos («enumeración de hechos») que constituyeran el delito de traición, habida cuenta de que, siendo la «alta traición el mayor delito del *common law* (...), por consiguiente no solo la ley, sino la razón sin necesidad de ley lo convierte en delito». La cuestión no solo concernía a la dicotomía entre derecho legal (o estatutario) y *common law*, sino la idea de que el *common law* debía integrar los contenidos propios de la ley natural y la razón natural. Esto explica por qué Hobbes sostenía que la «traición es un delito en sí mismo, *malum in se*, y, por ello, un delito según el *common law*»²⁴⁸.

Al defender el principio de irretroactividad de la ley penal, Hobbes comparaba las «leyes civiles» con las «leyes naturales». Es decir, extrajo este principio esencial del Derecho penal del «orden natural»:

«Ninguna ley, hecha después de perpetrado un acto, puede convertir ese acto en delito: si el acto es contra la ley natural, la ley preexiste al acto y no se

Molesworth, Bart., (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 6. Chapter: *A DIALOGUE of THE COMMON LAW*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920/2027291>).

²⁴⁸ «I desired to understand what treason is, wherein no enumeration of facts can give me satisfaction. Treason is a *crime* of itself, *malum in se*, and therefore a *crime* at the common-law; and high-treason the highest *crime* at the common-law that can be. And therefore not the statute only, but reason without a statute makes it a *crime*. And this appears by the preamble, where it is intimated, that all men, though of divers opinions, did condemn it by the name of treason, though they knew not what treason meant, but were forced to request the King to determine it. That which I desire to know is, how treason might have been defined without the statute, by a man that has no other faculty to make the definition of it, than by mere natural reason» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.*, (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 6. Chapter: *A DIALOGUE of THE COMMON LAW*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/770/89920/2027116>).

puede tomar en consideración el derecho positivo antes de que se perpetre; y por lo tanto no puede ser obligatorio. Pero cuando la ley que prohíbe un acto se promulga antes de que el acto se perpetre, aquel que ha perpetrado el acto debe ser castigado con la pena ordenada, en el caso de que una pena menor no se hubiere puesto de manifiesto con anterioridad ni por escrito ni, por ejemplo, por cualquier razón alegada anteriormente»²⁴⁹.

La ciencia jurídica en general, y la jurídico-penal en particular, estaban impregnadas de las nociones de naturaleza, naturaleza humana y orden natural, lo que permitió a Hobbes describir los motivos y las fuerzas internas que abocaban a los hombres a la comisión de delitos. En sus descripciones, la noción de «naturaleza» es recurrente²⁵⁰, aunque ésta aparezca con significados diversos.

Si estas ideas ya habían sido convenientemente expresadas en el siglo XVII, carece de sentido sostener que la secularización del Derecho penal se debió a los autores del XVIII. Los autores ilustrados no hicieron más que desarrollar el legado de una ciencia penal multisecular que en los siglos XVI y XVII hizo grandes avances en la secularización del Derecho penal, pese a que ello no supusiera la despenalización de determinadas conductas relacionadas con la fe y moral cristianas, como tampoco sucedería en algunos casos en los siglos XVIII y XIX.

4. A MODO DE EPÍLOGO

El presente estudio muestra la conveniencia de superar dos mitos de la historiografía penal: a) la identificación (indistinción/confusión) entre delito y pecado en los siglos medievales y modernos, habida cuenta de que, según el parecer de algunos –y no pocos–, algunas conductas eran constitutivas de delito por una razón principal –y quizá exclusiva–, a saber, por su carácter pecamino-

²⁴⁹ Thomas HOBBS, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.* (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 3. Chapter: *CHAPTER XXVII: of crimes, excuses, and extenuations*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/585/89872/2025973>.

²⁵⁰ A este respecto, resulta elocuente su pensamiento en torno al papel de las pasiones en la comisión de un crimen: «As for the passions, of hate, lust, ambition, and covetousness, what crimes they are apt to produce, is so obvious to every man's experience and understanding, as there needeth nothing to be said of them, saving that they are infirmities, so annexed to the nature, both of man, and all other living creatures, as that their effects cannot be hindered, but by extraordinary use of reason, or a constant severity in punishing them. For in those things men hate, they find a continual, and unavoidable molestation; whereby either a man's patience must be everlasting, or he must be eased by removing the power of that which molesteth him. The former is difficult; the latter is many times impossible, without some violation of the law. Ambition, and covetousness are passions also that are perpetually incumbent, and pressing; whereas reason is not perpetually present, to resist them: and therefore whensoever the hope of impunity appears, their effects proceed. And for lust, what it wants in the lasting, it hath in the vehemence, which sufficeth to weigh down the apprehension of all easy, or uncertain punishments» (Thomas Hobbes, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury; Now First Collected and Edited by Sir William Molesworth, Bart.* (London: Bohn, 1839-45). 11 vols. Vol. 3. Chapter: *CHAPTER XXVII: of crimes, excuses, and extenuations*; disponible en <http://oll.libertyfund.org/title/585/89872/2025982>).

so. Según esta tesis, como determinadas conductas eran delitos por el mero hecho de ser pecado y constituir, por tanto, una ofensa a Dios, existía una identificación (o confusión) entre delito y pecado; y b) que el siglo XVIII marcó el final de la influencia de la teología sobre el Derecho penal, momento en el que se inició el proceso de secularización del Derecho penal.

Ambas tesis carecen del debido fundamento histórico. Se trata, en efecto, de meros mitos cuya falsedad hemos procurado poner de manifiesto en el presente estudio. Como se ha visto, la tradición jurídico-penal occidental jamás ha penalizado –a diferencia de otras (como la judía o musulmana)– determinadas conductas por el simple hecho de constituir un pecado. Las fuentes y la literatura jurídica revelan que, junto a este criterio, siempre se añadían otros que justificaban –o legitimaban– la penalización de ciertas conductas; no en vano expresiones como «paz pública», «paz social», «orden público» y «el orden social» aparecen frecuentemente en las fuentes. Este «orden social», o la misma «paz social», no podían alcanzarse al margen de un «orden natural», considerado como fundamento o *conditio sine qua non* para una sociedad basada en la justicia y el bien común.

La secularización del Derecho penal fue un largo proceso cuyo inicio se encuentra mucho antes del siglo XVIII. Los avances a este respecto en los siglos XVI y XVII fueron más que notables. Y los autores del siglo XVIII hicieron bien en recoger ese legado y desarrollarlo. Sin embargo, conviene tener en cuenta que la secularización no implicó necesariamente una mayor tolerancia hacia los delitos contra la moral (o sexuales), como se ha visto. De hecho, algunos de estos delitos fueron particularmente controlados, asiduamente perseguidos y severamente castigados durante los siglos XVIII y XIX por razones bien ajenas a la fe y moral cristianas.

Es probable que los autores que sostienen que determinadas conductas sexuales eran castigadas por su carácter pecaminoso, también piensen que, siendo la moral cristiana la única razón por la que se habían venido castigando tales conductas, los autores ilustrados reivindicaron su despenalización. Pero la realidad desmiente tales afirmaciones: tanto las fuentes normativas como las doctrinales muestran que razones médico-científicas y filosóficas permitieron justificar la penalización de la mayoría de las mismas conductas que venían siendo castigadas desde siglos anteriores. La despenalización de determinadas conductas no fue, pues, el hito más importante de la secularización; de lo contrario, no podríamos hablar de secularización del Derecho hasta pasada la mitad del siglo XX, cuando muchos de los Estados despenalizaron determinadas prácticas como la homosexual o el adulterio.

Cabría preguntarse si quizá convendría que una parte de la historiografía penal se tomara los delitos sexuales menos en serio, y no se obsesionase tanto por los pecados en general, o por el carácter pecaminoso de algunas conductas relacionadas con la moral sexual en particular. Esta sugerencia podría resultar particularmente pertinente para quienes, en la Edad Media, quizá estuvieron demasiado interesados en penalizar determinadas conductas por razones morales o religiosas; para quienes, en los siglos XVI y XVII, mostraron un irrefrenable

interés por castigar ciertas conductas por razones políticas (poniendo la unidad religiosa al servicio de la causa política); para quienes, al llevar a cabo su labor investigadora, parecen padecer una irresistible debilidad —u obsesión— por el estudio de los *delicta carnis*, llegando a la conclusión de que antes de la Ilustración no había una verdadera distinción entre delito y pecado, o sosteniendo que tales comportamientos seguían castigándose por su mero carácter pecaminoso; y para quienes, en los siglos XVIII y XIX, se sirvieron de razones médicas y científicas —ciencias positivistas— para perseguir y castigar con excesivo celo determinadas conductas sexuales.

No es que me parezca mal el estudio histórico de la criminalización de conductas relacionadas con la moral sexual. Me parece bien. Lo que no comparto es su análisis y enjuiciamiento con mentalidad y categorías actuales. No digamos ya cuando es la ideología del estudioso lo que vertebra o sustenta el estudio. En esta línea, no tendría sentido, ni sería históricamente riguroso, que el cuadro pintado o la panorámica descrita por el historiador no reflejara el tono ni la variedad de colores de la realidad. Espero que este estudio ayude a no tomarse los delitos sexuales tan en serio o, por lo menos, no más en serio de lo que aquellas sociedades (incluyendo sus autoridades seculares y eclesiásticas) lo hicieron. Como se ha dicho, no conviene observar las conductas delictivas desde nuestra mentalidad y perspectiva, sino desde la de quienes vivieron los siglos medievales y modernos.

ANICETO MASFERRER
Universidad de Valencia