

VIOLACIÓN Y ESTUPRO. UN ENSAYO PARA LA HISTORIA DE LOS “TIPOS” DEL DERECHO PENAL

José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL*

SUMARIO: I. *Dos hipótesis de trabajo.* II. *La tipología de los delitos sexuales en los Libros de reos.* III. *El binomio “robo” y “fuerça”:* *rapto y violación.* IV. *El tercero en discordia: el estupro.* V. *Penas legales y penas arbitrarias.* VI. *Los Libros de reos.* VII. *“Sonsacar con engaño o falago”: el estupro.* VIII. *El “estupro” en los Libros de reos.* IX. *Conclusiones.*

I. DOS HIPÓTESIS DE TRABAJO

En las dos últimas décadas tanto los historiadores como los juristas del derecho han prestado un especial interés hacia el derecho penal desde distintas perspectivas; interés que se ha concretado en numerosos trabajos. Particularmente desde hace años he sentido preocupación por los temas de la administración de justicia, en general, y por el derecho criminal, en especial, y así ha quedado reflejado en mis estudios sobre la administración de justicia en la ciudad de México a finales del siglo XVIII sobre la base de los *Libros de reos* conservados de dicha ciudad.¹ Se trata de una fuente única en su género y de la que, hasta el momento, no tengo noticias de que se hayan conservado libros con estas mismas características en los otros territorios de la Monarquía hispánica.

* Catedrático de Historia del Derecho, Universidad Complutense.

¹ Para una descripción de dichos *Libros*, véase J. Sánchez-Arcilla Bernal, “La administración de la justicia inferior en la ciudad de México a finales de la época colonial. La punición de la embriaguez en los Libros de reos (1794-1798)”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 7, 2000, pp. 309-453; concretamente, pp. 316-332.

En los *Libros de reos* (LR) ha quedado plasmada la administración de justicia en su nivel más bajo, ya que en ellos se recogieron los fallos dictaminados por el corregidor y alcaldes ordinarios de México sobre aquellas personas que habían sido detenidas por las rondas nocturnas de la dicha ciudad; por consiguiente, se trata una fuente de extraordinario valor no sólo para llegar a conocer el índice de criminalidad existente en el núcleo urbano más grande América en ese momento, sino también la tipología de conductas delictivas más frecuentes.

En los dos estudios que hasta ahora he realizado sobre los LR abordé, en primer lugar, el problema de la embriaguez,² por ser la acción sancionada con más frecuencia en dichas fuentes, y, en segundo lugar, los delitos de robo y hurto.³ En esta ocasión pretendo analizar algunas conductas que en la actualidad aparecen bajo la denominación de “delitos sexuales”.

Pero mi interés por la administración de justicia no se centra únicamente en el análisis de las acciones delictivas más frecuentes o en el modo en que eran sancionadas por las autoridades dichas conductas; lo que algunos autores han venido a llamar el “control social”. Nadie pone en duda de que la criminalidad es un buen exponente de los problemas que se presentan en el seno de una sociedad. Sin embargo, como historiador del derecho siento también otras preocupaciones de índole más jurídicas. En este sentido, me interesa la manera en la que se aplicaban las normas en una sociedad. De todos es sabido que, con frecuencia, entre lo dispuesto en una norma y lo realmente aplicado suelen existir divergencias. Esta realidad entre lo regulado por el derecho y lo aplicado por los jueces se hace mucho más patente durante el Antiguo Régimen en donde el arbitrio judicial —que no arbitrariedad, como alguno lo ha entendido—⁴ proporcionaba a los jueces un amplio margen de discrecionalidad a la hora de dictar sentencia. La manera en que se aplicaba el arbitrio judicial no siempre es fácil de estudiar, máxime si tenemos en cuenta que otra de las características del proceso penal castellano durante la Edad Moderna era que no existía una obligación de motivar las sentencias por parte de los jueces. Pero el hecho de que en muchas ocasiones sea difícil dilucidar los elementos que fueron

² *Idem.*

³ “Robo y hurto en la ciudad de México a fines del siglo XVIII”, *Cuadernos de Historia del Derecho*, núm. 8, 2001, pp. 43-109.

⁴ Véase en este sentido Tomás y Valiente, F. *El derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2a. ed., Madrid, 1992.

apreciados por los jueces a la hora de dictaminar una causa, no es obstáculo para que intentemos, a la vista de las fuentes conservadas, llegar a la comprensión de los argumentos y de los esquemas mentales de los jueces del Antiguo Régimen.

En segundo lugar, hay otro aspecto que, como jurista, me parece interesante. Me refiero al problema de la conceptualización. Desde hace algunos años vengo propugnando la necesidad de construir una historia del derecho que pueda tener cabida dentro de la ciencia jurídica.⁵ Para ello, la historia del derecho, pienso, debe abandonar la matriz disciplinar historicista en la que ha venido desenvolviéndose desde su creación y, en su lugar, adoptar una matriz “juridicista”; en otras palabras: la historia del derecho debe estudiar los problemas jurídicos que realmente contribuyen a la construcción de la ciencia jurídica. Dentro de esta historia [jurídica] del derecho —también es posible construir una historia [histórica] del derecho— un lugar muy importante, en mi opinión, lo ocupa la historia de la dogmática jurídica o, dicho de otro modo, el estudio de la aparición, desarrollo e interpretación de los conceptos jurídicos y la manera en que dichos conceptos son integrados por los juristas formando así un verdadero “sistema”.

El presente trabajo, en consecuencia, se va a centrar fundamentalmente en estos dos aspectos que he señalado, circunstancia que no es obstáculo para que debamos abordar otras cuestiones previas que necesariamente ayudan a la mejor comprensión del mismo. En este sentido partimos de dos hipótesis. En la primera nos planteamos el problema de los conceptos utilizados en las fuentes. En la segunda, el modo en el que los alcaldes ordinarios y corregidor de la ciudad de México entendieron esos conceptos y aplicaron las normas relativas a los llamados “delitos de lujuria”, y, en concreto, las relativas a la violación y el estupro. De esta manera nos podemos acercar a la comprensión de las formas de argumentación proporcionadas por la cultura jurídica de su tiempo.

⁵ Véase Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, 2003.

II. LA TIPOLOGÍA DE LOS DELITOS SEXUALES EN LOS *LIBROS DE REOS*

Si, *ut supra*, la historia del derecho penal en España ha experimentado un considerable avance en los últimos años,⁶ ese mismo interés no lo en-

⁶ Una relación bastante completa de los trabajos publicados en España sobre esta materia puede verse en A. Masferrer, “La historiografía penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas”, *Rudimentos Legales*, núm. 5, 2003, pp. 29-125. Este trabajo, pienso, es de obligada consulta para iniciarse en los estudios de historia del de derecho criminal hispánico, aunque no comparto algunas de sus afirmaciones. Así, por ejemplo, el autor no parece estar de acuerdo con el uso de lo que denomina “rigideces terminológicas”. El derecho, sea de nuestro agrado o no —a muchos les gusta más la historia que el derecho— ha tenido —y tiene— su propia terminología y lenguaje en cada época. Esa terminología técnica es uno de los elementos que acerca al derecho de algún modo a un conocimiento científico. Pienso que un historiador del derecho debe conocer los conceptos técnicos y vulgares del periodo que estudia y saber cuándo se está haciendo uso de unos o de otros. Tampoco sé —porque no lo explica— lo que entiende Masferrer por “método dogmático”, pero de sus palabras (p. 86) infiero que para dicho autor el método dogmático no es otra cosa que el uso anacrónico de conceptos. Un clarísimo ejemplo de esto último es el libro de J. Sainz Guerra, *La evolución del derecho penal en España*, Jaén 2004, en el que su autor se limita a reproducir el esquema de un manual actual de derecho penal y rellenarlo con datos extraídos de fichas pegadas cronológicamente una tras otra sin ningún nexo explicativo y sacadas, en ocasiones, de contexto. Eso, sin que llegar a considerar la ausencia total en el libro de unos planteamientos metodológicos coherentes; así, por ejemplo, nos habla del “sistema jurídico altomedieval”: ¿Hubo en la Alta Edad Media un solo sistema jurídico? Aún más: ¿Hubo sistema jurídico en la Alta Edad Media? ¿Qué entiende Sainz Guerra por “sistema jurídico?” Digo esto por que, en ocasiones, nos habla del derecho romano y el derecho visigodo como realidades distintas, pero, en otras, no tiene reparo en considerar ambos ordenamientos como un todo y denominarlo “sistema jurídico romano-visigodo”; en el que, por cierto, también introduce algunas veces al derecho justiniano. Las pervivencias, influencias, rupturas... nada de eso existe en la evolución del derecho penal que nos ofrece dicho autor. Son impresionantes los saltos en el tiempo y en el espacio con los que nos deleita Sainz Guerra: es lo mismo la Extremadura castellana que la Extremadura leonesa; Navarra que Cataluña; las tierras de realengo que las tierras de señorío; un ambiente rural que un ambiente urbano; un fuero del siglo XI que uno del siglo XIII con influencias romanizantes. O cuando introduce el *Fuero Viejo de Castilla*, los *Usatges*, el *Fuero General de Navarra* o los *Fueros de Aragón* dentro de lo que él denomina “sistema jurídico de la recepción”. ¿Ha oído Sainz Guerra hablar alguna vez de la tensión *ius proprium versus ius commune*? A la vista de lo que escribe, no me atrevo a afirmar que dichos textos los haya leído completos. Como trapeicista iushistórico, desde luego, no tiene precio; como constructor de un conocimiento científico, deja mucho que desear. ¿Es ésta la flexibilidad que propugna Masferrer frente a un “afán excesivo y desmesurado de rigor histórico”? Si el libro de Sainz Guerra, en el que colaboró Masferrer (p. 16), es el paradigma de “exponer de una manera clara la evolución histórica de una realidad institucional”,

contramos respecto al derecho penal indiano.⁷ Baste repasar las actas de los congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano para poder comprobar este aserto.⁸ Han sido principalmente los historiadores norteamericanos quienes han abordado distintos aspectos de la criminalidad en la época colonial. La razón fundamental de esta circunstancia

pues entonces... ¡Viva la dogmática! En cada época el derecho tiene su dogmática —nueva o heredada—, unas veces más rica, otras más pobres, pero sin esa dogmática es imposible comprender —y digo comprender, no describir— el derecho que se pretende estudiar: sin conceptos no hay derecho. Sin llegar a comprender esos conceptos jurídicos históricos, tampoco hay historia del derecho. Una apostilla más: la “sombra” más importante de la historiografía histórico-jurídica penal española, Masferrer no la menciona: la mayor parte de los historiadores del derecho que se han ocupado del derecho criminal jamás han pisado un archivo. *Cfr.* Sainz Guerra. Es evidente que es mucho más fácil leer sentado cómodamente en casa el Alcalde de Zalamea, que ir a un archivo a transcribir un pleito en procesal encadenada.

⁷ Díaz Rementería, C., “El delito de lesa majestad humana en las Indias. Un estudio basado en la sublevación de Túpac Amaru (1780-1781)”, *Anuario de Estudios Americanos*, núm. 31 (1974), pp. 229-242; “Caracterización general de los delitos públicos por falsedad o escándalo en relación con la actividad inquisitorial en el siglo XVIII” en el volumen *La Inquisición en Hispanoamérica. Estudios*, 1997, pp. 209-230. A. D. Leiva, “La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el periodo 1785-1810, en la *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene (RIHDRL)*, núm. 24, 1978, pp. 93-106; Levaggi, A., “Las penas de muerte y de aflicción en el derecho indiano rioplatense”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, núms. 3 y 4, 1975 y 1976; “El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX”, *RIHDRL*, núm. 24, 1978, pp. 107-178. Para la Nueva España se encuentra el libro de Lozano, M. T., *La criminalidad en la ciudad de México*, citado en nota 6. Yanzi Ferreira, R. P., “Horizonte de las sentencias en las causas penales tramitadas en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán en el periodo tardocolonial”, *Cuadernos de Historia*, Córdoba, núm. 14, 2004, pp. 11-24. Contamos también con una visión de conjunto, ya muy superada, de Ávila Martel, A. de, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago de Chile, 1941, y la de Levaggi, A., *La historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires 1978; de este mismo autor, el capítulo correspondiente al derecho penal en su *Manual de historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1987, t. II, pp. 275-310.

⁸ Levaggi, A., “Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense”, *Memoria del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, pp. 243-298. Bermúdez, A., “El carácter preventivo de la prisión en el derecho indiano”; Yanzi Ferreira, R. P., “Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano-indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa en las postrimerías del régimen jurídico colonial (1776-1810); Pihlajamäki, H., “La institución de la “poena extraordinaria” y el derecho de la prueba en el derecho común y derecho indiano, ambos en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995. Actas y Estudios*, Buenos Aires, 1997, t. IV. pp. 243-261; 313-330 y 349-360, respectivamente.

radica, posiblemente, en la “alergia” que parece afectar a los historiadores del derecho indiano cuando se trata de acudir a los archivos; a las pruebas me remito.

Uno de los problemas de la documentación criminal de la edad moderna radica en la imprecisión que se refleja en los pleitos a la hora de calificar las conductas delictivas. En la actualidad la dogmática penal ha desarrollado con precisión el contenido de los diferentes tipos penales, sin embargo, fuera del nivel técnico, dichos conceptos se utilizan con frecuencia inadecuadamente. El caso más paradigmático es el del robo, el hurto y la apropiación indebida. En el nivel vulgar, es decir, en el no técnico-jurídico, se utilizan indistintamente los términos “robo” y “hurto” —mucho más frecuentemente el primero— para calificar conductas que, en realidad, desde el punto de vista técnico-jurídico, no son tales. Esta circunstancia ya la puse de manifiesto cuando estudié estas figuras delictivas⁹ y señalé que, en contra de lo que se había venido afirmando,¹⁰ lo mismo que sucede en la actualidad, aunque las fuentes utilizan en ocasiones indistintamente los términos “robo” y “hurto”, los juristas sabían distinguir perfectamente entre ambas figuras. No se trata de introducir “rigideces terminológicas”; sencillamente, pienso que no es posible comprender el fenómeno jurídico —presente y, mucho menos, el pasado— sin aprehender y precisar el sentido de sus conceptos.

En los LR encontramos varios términos que se utilizan para calificar las conductas relativas a comportamientos sexuales prohibidos o “delitos de luxuria”.¹¹ Algunos de estos delitos ya han sido objeto de estudios de muy distinta calidad en España,¹² pero no así en Indias, por lo que el pri-

⁹ “Robo y hurto en la ciudad de México...”, ya citado en nota 3.

¹⁰ Rodríguez Murullo, G., “La distinción hurto-robo en el derecho histórico español”, *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, núm. 32, 1962, pp. 21-105. De manera análoga se manifiesta también Mata Martín, R. M., “Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas”, *Ius Fugit*, núm. 5-6 (1996-1997), pp. 275-307, aunque sin llegar a dar una explicación de la confusión terminológica.

¹¹ Álvarez Posadilla, J., *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de Justicia*, Madrid, 1794, 2 ts. El t. III de la obra, publicado con posterioridad, contiene un *Tratado de delitos y sus penas según la legislación de España*, Valladolid, 1802, p. 184.

¹² Sin ánimo de ser exhaustivo y con tratamientos muy diversos, pueden verse para este tipo de delitos: Cuello Calón, E., “Referencias históricas y de derecho comparado sobre la represión de la homosexualidad”, *Anuario de Derecho Penal*, núm. 7, 1954, pp. 498-501; Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI,*

mer problema que debemos abordar es el de la terminología utilizada en las fuentes. En los LR aparecen términos como: “incontinencia”, “tratos ilícitos”, “trato con mujer”, “trato deshonesto”, “acto torpe”, “acto carnal”, “acto venéreo”, “amistad ilícita”, “estupro”, “adulterio”, “acostados juntos” (“en un cuarto”, “en la pulquería”, “en el zacate”), “abrazados con ánimo de mezclarse”, “comercio ilícito”, “amancebamiento”, “prostitución”, “acudir a un prostíbulo”; “alcahuetería”, “lenocinio”, “violación”, “violar virginidad”, “desvirgar una doncella”, “forzar una señora”,

XVII y XVIII), Madrid, 1969 (hay reimpresión de 1992), si bien muchas de sus afirmaciones son insostenibles en la actualidad; “El crimen y el pecado contra natura” en el volumen *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 33-55. En el mismo volumen Clavero, B., “Delito y pecado. Noción y escalada de transgresiones”, pp. 57-89; Gacto, E., “El delito de bigamia y la Inquisición española”, también en *Sexo Barroco...* pp. 127-152; Carrasco, R., *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas (1565-1785)*, Barcelona, 1985; Pérez García, P., “Una reflexión en torno a la historia de la criminalidad”, *Revista d’Història Medieval*, núm. 1, 1990, pp. 11-38; “Un aspecto de la delincuencia común en la Valencia pre-agermanada: la prostitución clandestina (1479-1518)”, *Revista de Historia Moderna de la Universidad de Alicante*, núm. 10, 1991, pp. 11-42; “Sexo violencia y marginación en las ciudades de la edad moderna”, Santander, 1999; “La criminalización de la sexualidad en la España moderna”, *Furor y rabias; violencia, conflicto y marginación en la edad moderna*, Santander, 2002; Cobos Ruiz de Adana, J., “Matrimonio, amancebamiento y bigamia en el Reino de Córdoba en el siglo XVII”, *El Barroco en Andalucía*, Córdoba, 1993, t. II; Torquemada, Ma. J., “Esposas y amantes en el ámbito de la Inquisición”, *CHD*, núm. 2, 1995, pp. 253-266; Palop Ramos, J. M., “Delitos y penas en España en el siglo XVIII”, *Revista Estudis*, núm. 22, 1996, pp. 65-103; Molina Molina, A. L., *Mujeres públicas, mujeres secretas. La prostitución en Murcia (siglos XV-XVII)*, Murcia, 1998; Cruz Madrid, M. D., “El arte de la seducción engañosa. Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el Tribunal del Bureo”, *CHD*, núm. 9, 2000, pp. 121-159; Alloza, A., *La vara quebrada de la justicia. Un estudio sobre la delincuencia madrileña entre los siglos XVI y XVII*, Madrid, 2000; Black, G. D., *Perfect wivew, other women: Adultery and Inquisition in early modern Spain*, Londres, 2001; Rodríguez Ortiz, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, 1997; *Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI- XVIII)*, Almería, 2003; Ramos Vázquez, I., *De meretricia turpitudine. Una visión jurídica de la prostitución en la edad moderna castellana*, Málaga, 2005. Este tipo de delitos han sido igualmente tratados recientemente por A. Duñaiturria Laguarda, *El arbitrio judicial en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte (1751-1808)*, Madrid, 2007, tesis doctoral inédita, y por García León, S., *La aplicación del derecho procesal y criminal en la mixteca alta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 2009, tesis doctoral, también inédita. Ambos trabajos verán la luz como libros en los próximos meses.

“encontrados en un cuarto”, “desnudo en una asesoria” y “solicitud”. ¿Qué conductas se esconden detrás de todos estos términos?

Esta variada terminología nos obliga a ordenar y clasificar, al menos provisionalmente, las distintas conductas punitivas en ellas encerradas. En este sentido se pueden diferenciar los siguientes términos “violación” y, con él, “violar virginidad”, “desvirgar doncella”; en segundo lugar, el “amancebamiento”; en tercer lugar, el “adulterio”; en cuarto lugar, la “prostitución” y su relacionado “acudir a un prostíbulo”; en quinto lugar, el “lenocinio” y su sinónimo, la “alcahuetería”; en quinto lugar, el “estupro”; y en sexto lugar, la “solicitud”. A continuación nos encontramos con otros términos y frases que son de difícil catalogación a la hora de precisar la conducta delictiva en ellas apreciada: la “incontinencia”; los “tratos ilícitos” y, junto a éstos, el “trato con mujer” y el “trato deshonesto”; tal vez, se pudiera englobar dentro de este grupo el eufemismo “amistad ilícita”. Algo similar sucede con el “acto carnal” que, evidentemente, nos sugiere un contacto sexual, y sus asemejados: “acto venéreo” y “acto torpe”. Finalmente, hay asientos más ambiguos en cuanto a la conducta sexual que estaban realizando los autores, como “juntos en un cuarto” o “encontrados en un cuarto”. En este trabajo, por razones evidentes de espacio, nos vamos a limitar solamente al análisis de dos figuras delictivas estrechamente relacionadas como son la violación y el estupro.

III. EL BINOMIO “ROBO” Y “FUERÇA”: RAPTO Y VIOLACIÓN

El término violación no aparece recogido ni en el Fuero Real (F.R. 4, 10, 1-4) ni en las Partidas (Part. 7, 20, proem. y 1), sino que, en su lugar, sus redactores utilizaron los verbos “forçar” y “robar”.¹³ En este sentido, el Fuero Real (FR en lo sucesivo) había tipificado las siguientes conductas como delictivas:¹⁴ 1o. “Leuar” mujer soltera “por fuerça pora fazer con ella fornicio

¹³ Para la violación, véase Rodríguez Ortiz, V., *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media, cit., Mujeres forzadas. El delito de violación en el derecho castellano (siglos XVI- XVIII), cit.*

¹⁴ Sobre el delito en general, véase Tomás y Valiente, F., *El derecho penal de la Monarquía absoluta, cit.*, pp. 219 y ss.; Clavero, B., “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”, *Sexo Barroco...* pp. 57 y ss. Para el amplio concepto de delito manejado por la inquisición, véase Alejandro, J. A., “El concepto de delito según el Santo Oficio de la Inquisición: tipología delictiva”, *Rudimentos legales*, núm. 5, 2003, pp. 13-27.

e lo fiziere” (F.R. 4, 10, 1). 2o. “Leuar” por “fuerça” y no “yoguere con ella” (F.R. 4, 10, 1). 3o. Cuando muchos “se aiuntaren e leuaren alguna mugier por fuerça” y todos “yogieren con ella” (F.R. 4, 10, 2). 4o. Cuando muchos se llevaran a una mujer, pero sólo uno “fuere el forçador e yoguere con ella” (F. R. 4, 10, 2). 5o. Los que, en el supuesto anterior, habían participado en la “fuerça”, sin “yoguier” con la raptada (F. R. 4, 10, 2). 6o. El que “leuare o robare mugier casada por fuerça, que non aya que ueer con ella” (F. R. 4, 10, 3). 7o. Llevar “por fuerça esposa agena e ante que aya de ueer con ella” (F. R. 4, 10, 3). 8o. El que “monga o otra mugier dorden leuare por fuerça, quier que aya que ueer con ella quier non” (F.R. 4, 10, 4).

También en el FR se contemplaba la sanción de otro supuesto muy concreto: el de los parientes o hermanos que aconsejasen o consintiesen que una mujer fuera “leuada por fuerça”, viviendo aún el padre de ella, y aún después de la muerte de aquél (F. R. 4, 10, 5). Y en la ley siguiente, se tipificaba el caso de que fuesen ambos padres, o sólo uno de ellos, los que aconsejasen o consintiesen el “robo” de su hija que estaba ya “desposada” (F.R. 4, 10, 6). Por último, el FR prohibía a los padres casar a sus hijas “que sea en cabellos quier biuda, por fuerça” (F.R. 4, 10, 8).

A la vista de estos textos del FR no es difícil concluir que “leuar por fuerça” a una mujer constituía en todos los tipos recogidos el elemento definidor de la antijuridicidad. Únicamente en la ley 6 no aparece el concepto de “fuerça”, aunque sí el de “robo”, pero esto no supone ningún problema, ya que los autores del FR consideran el verbo “robar” como sinónimo de “forçar” (De los que fuerçan o roban las mugieres). Robar, en definitiva, no es otra cosa que “leuar por fuerça” un objeto. Tampoco en la ley 8 aparece el verbo “leuar”, aunque sí el concepto de “fuerça”. Y es precisamente esta disposición la que nos muestra el sentido exacto del término “fuerça”: Padre nin madre nin otro omne ninguno non sea osado de casar su fija nin otra mugier, que sea en cabello quier biuda, por fuerça... Es obvio que “casar por fuerça”, era casar a una mujer en contra de la voluntad de la interesada; pero no sólo esto, puesto que, como es sabido, para concertar los matrimonios de sus hijos, los padres con frecuencia no contaban con el consentimiento de éstos. En la ley 8, “casar por fuerça” debe entenderse como obligar a una hija a contraer matrimonio contra su consentimiento mediante el uso de la violencia. Luego “leuar por fuerça” o “robar” es llevarse a una persona sin su consentimiento y con violencia.

En las leyes 1 a 4 del FR, el elemento esencial del tipo lo constituye el “leuar por fuerça” —hoy diríamos raptar—, a una “mugier”, con independencia de que dicha acción estuviera encaminada a “fazer fornicio con ella” o no. Es evidente que si tenía lugar el “fornicio”, la pena era mayor, pues se atentaba también contra la honestidad y la fama de la víctima y de su familia. En las leyes 5 y 6, el tipo se concretaba en consentir o aconsejar que una mujer —pariente o hija— fuera llevada por la fuerza, sin aludir para nada al “fornicio”. Y otro tanto podemos decir de la ley 8, que lo constituía que los padres obligaran a su hija a casar “por fuerça”. En este caso tampoco había relación sexual, ésta, en última instancia, se produciría una vez verificado el matrimonio.

En consecuencia, el título X del libro IV del FR estaba dedicado esencialmente al rapto de mujeres (“leuar por fuerça” o “robar”)¹⁵ y contempló varios casos: el simple rapto; el rapto de mujer soltera con el fin de hacer “fornicio” con ella; el rapto cometido por varios individuos y, también dentro de este tipo, cuando sólo uno de los raptores “yoguiere” con la víctima; el rapto de mujer casada, matizando igualmente si hubo de “ueer con ella” o no, y el rapto de mujer de orden o monja. En este último supuesto no se alude en ningún momento a si mediaba o no relación sexual. Ello se debe a que mientras en los casos anteriores la sanción variaba en función de si el raptor hubiese tenido o no relación sexual con la víctima —pena capital si se había producido el “fornicio”—, en el rapto de la religiosa se imponía directamente la pena de muerte, con independencia de la finalidad del rapto. No quedaba contemplada, pues, en el FR la posibilidad de realizar un “fornicio” con “fuerça”, es decir, con violencia, sin que previamente se hubiese “robado” a la mujer. En otras palabras, no era posible, por ejemplo, violar a una mujer en su propia casa.¹⁶ Es evidente que el legislador se preocupó de sancionar los supues-

¹⁵ Sobre la relación entre el rapto y la violación véase también Rodríguez Ortiz, *Historia de la violación...*, pp. 309-310; 314-317; *Mujeres forzadas...*, pp. 53-57.

¹⁶ Una situación peculiar es la que se recoge en la parte del Espéculo (ESP) que ha llegado hasta nosotros. En efecto, la citada obra alfonsina, en su libro II, título XV se ocupaba de regular la manera en que debían ser guardadas las parientas del monarca y las mujeres que estaban al servicio de la reina. Es necesario recordar que el libro II del ESP regulaba todo lo concerniente a la persona del rey, la reina y los infantes, así como de su honra y guarda de sus cosas (villas, fortalezas, cilleros y heredades). De la misma manera se en el mencionado libro se establecieron las normas para “omrrar e guardar” a los oficiales de la casa del rey y de la corte y, entre ellos, las “tricas ffembras”, “criadas”, “dueñas casadas”, “dueñas bibdas

tos más comunes, siendo raro que una mujer fuera violada en su domicilio; lo más frecuente sería que las mujeres fueran sacadas de sus casas o capturadas en el campo o en cualquier otro lugar y llevadas a otro sitio “por fuerça” en donde se realizaba el “fornicio”. Aunque el rapto no implicaba necesariamente un “fornicio”, según el FR para violar —tener “fornicio” mediante “fuerça”— a una mujer (soltera o casada) sí era necesario robarla o llevársela por la fuerza, o dicho de otro modo, raptarla. Hay que presuponer que la violencia o “fuerça” que se ejercía en el acto del rapto, se seguía perpetrando durante el “fornicio”, porque, de lo contrario, estaríamos simplemente ante la figura el simple rapto, salvo si la víctima fuese casada o desposada.¹⁷

En conclusión, el FR no hizo un tratamiento autónomo del delito que en la actualidad conocemos como violación, sino que al presumir que para realizar un “fornicio” con “fuerça” era necesario previamente “robar” o “leuar con fuerça” a la mujer, recondujo dicha acción al tipo del rapto. Los redactores del texto alfonsí no vislumbraron en estos supuestos que el rapto era únicamente un medio para obtener el fin perseguido: el “fornicio”.

No creo que sea necesario hacer un tratamiento pormenorizado del ESP. La obra nunca fue finalizada y, precisamente, entre las partes que no se llegaron a redactar se hallaba el libro IX, dedicado al derecho penal.¹⁸ El ESP apenas circuló, como lo prueba el hecho de que no es citada por ninguno de los autores de la Edad Moderna. Pero a nuestros efectos tiene una especial relevancia por la terminología empleada para que tema que nos ocupa.

o de orden”, “amas” “couigeras” y, en general, toda mujer que se encontrara en el servicio de la “casa de la rreyna”. Es evidente que cualquiera de estas mujeres podían ser “leuada por fuerça” fuera de la cada de la reina, pero el ESP, además de la protección personal que le confiere a todas esas mujeres que se encontraban vinculadas con la reina por una u otra razón, estaba dando una especial protección al ámbito de la corte y, en este caso, a la “casa de la rreyna”. Así se desprende de ESP 2, 15, 8. Por ello, los casos previstos en este libro del ESP parten del supuesto de que la “fuerça” se realizaba en casa de la reina, sin tener que “leuar” a la víctima fuera de la misma para proceder a “yacer con ella por fuerça”. Sobre el valor y la vigencia del ESP, véanse los estudios citados en la nota 22.

¹⁷ El “fornicio” con la mujer soltera no estaba sancionado en el FR: “Si alguna mugier que non sea casada nin desposada fuer de su voluntad a casa de algun omne a fazer fornicio, aquel con qui lo faze non aya pena ninguna” (F. R. 4, 7, 7).

¹⁸ Martínez Díez, G., *Leyes de Alfonso X. I. Espéculo. Edición y análisis crítico de...*, pp. 20-24.

En efecto, en el ESP, obra muy cercana en el tiempo al FR, no encontramos ni el verbo “robar” ni la frase “leuar por fuerça” que aparecen en el primer texto legal alfonsí. Ello se explica, a mi entender, por el hecho de que en la parte conservada del ESP sólo se contemplaron las “fuerças” realizadas a las mujeres que se encontraban en la corte al servicio de la reina.¹⁹ En su lugar, el Espéculo utiliza “yacer... por ffuerça” (Esp. 2, 15, 1, 3 y 6) o “yoguesse por fuerça” (Esp. 2, 15, 2, 4, 5, 7 y 8). En otra ocasión, al referirse a la víctima hace uso del participio “fforçada” (Esp. 2, 15, 6). Y, por último, ya en el libro V, en el título de las alzadas, alude a los “fforçadores manifiestos de las vírgenes e de las bibdas e de las otras²⁰ o de las mugieres religiosas” (Esp. 5, 14, 11).

Lo mismo que en el FR, en el ESP la “ffuerça” sigue siendo el elemento definidor del tipo, pero, frente al referido texto, el “yacer por ffuerça” no implica previamente el “robar” o “leuar” a la mujer a otra parte. No sabemos cómo hubiera sido el tratamiento hecho por los redactores del ESP en el título correspondiente al del FR dedicado a “los que fuerçan o roban las mugieres”, pero a la vista de la sistemática seguida en FR y, como veremos a continuación, en las Partidas, casi con toda seguridad en el ESP la acción de “yacer por ffuerça” o “yoguiar por ffuerça” habría sido incluida en el título correspondiente destinado a los que “fuerçan” o “roban” las mujeres, es decir, al rapto. No obstante, es preciso señalar que en el ESP se reconoce implícitamente la posibilidad de “forçar” a una mujer sin que mediase previamente el “robo” de la misma, como sí se infiere de lo establecido en el FR.

El verbo “yoguiar” es el más utilizado por el ESP en las leyes señaladas, concretamente en cinco de ellas, por las dos veces en que se usa “yacer”. En el FR el verbo “yoguiar” también es utilizado en las leyes del título dedicado al rapto (leyes 1 y 2) y en el título VIII, ley 3, dedicada al que “yoguiere con mugier de su padre”. En las Partidas, en cambio, no aparece el verbo “yoguiar”. Esto nos hace suponer que la redacción del ESP se encuentra

¹⁹ Véase nota 46. Aunque en el FR hay también un título dedicado a la “Guarda de los reyes e su sennorío” y otro a la “Guarda de los fijos del rey”, no se recogió ninguno referente a la reina. Tampoco se contempló una regulación sobre la corte y sus oficiales. Ello se explica por el hecho de que el FR fue concebido como un texto de vigencia municipal, aunque con el tiempo acabara convirtiéndose en el Fuero de la Corte.

²⁰ Sin duda, debía decir “solteras”.

mucho más cercana cronológicamente al FR que la del texto de Partidas tal como ha llegado a nosotros.²¹

En las Partidas (PART) nos encontramos con un tratamiento distinto. No olvidemos que esta obra fue concebida con una finalidad didascálica²² y que no pasó a tener fuerza legal —siempre condicionada a los fueros municipales, entre ellos, el FR— hasta 1348. Sólo a partir del siglo XVI, cuando los fueros entraron en crisis, las PART pasaron a un primer plano, si bien nunca llegaron a desplazar en muchos aspectos al FR.

Por de pronto, las PART, al contrario que el FR, sí tuvieron presente la corrupción de una mujer mediante “falago” o “engaño”, de la que nos ocuparemos en el próximo apartado. El título XX de la PART VII está dedicado a “los que fuerzan o lleuan robadas las virgenes, o las mujeres de orden, o las biudas que biuen honestamente”. En el FR, como acabamos de comprobar, el título correspondiente hablaba de “los que fuerçan o roban mugieres”, luego, prima facie, todo parece indicar que no debieran existir diferencias notables; pero obsérvese que mientras el FR usaba siempre “leuar por fuerça” —sólo en una ocasión se sirvió del verbo “robar” (F. R. 4, 10, 6)— en PART, por el contrario, encontramos que se utiliza sólo una vez el verbo “leuar” acompañado del sustantivo “fuerça” (Part. 7, 20, 3: “...que si alguno robasse o lleuasse su esposa por fuerça...”); siendo el verbo “robar” el que es más usado junto a al verbo “forçar”. No encontramos en las PART el sustantivo “fornicio” y ni las frases análogas usadas por los redactores del FR o del ESP: “yoguiere con ella” o “que non aya que ueer con ella”. Las PART, en estos casos, utilizaron “passar a ellas por fuerça” y “yacer con alguna de ellas por fuerça”, ésta última, como se recordará, sí utilizada en una ocasión en el ESP.

²¹ Para valoración distinta sobre el ESP dentro de la obra legislativa del Rey Sabio y su relación con el FR, véase mi reciente artículo “La teoría de la ley en la obra legislativa de Alfonso X el Sabio”, *Alcanate*, núm. 6, 2008-2009, pp. 81-123.

²² Acerca del valor y finalidad de las Partidas así como sobre la polémica historiográfica generada en torno al código alfonsí, vid. José Sánchez-Arcilla Bernal, “La obra legislativa de Alfonso X el Sabio. Historia de una polémica”, *El Scriptorium alfonsí: de los Libros de Astrología a las Cantigas de Santa María*, Madrid, 1999, pp. 17-81; “La obra legislativa de Alfonso X el Sabio”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* núm. 1, 2003 y núm. 2 (abril-junio), pp. 107-135 y 267-297 respectivamente. Una síntesis de mis planteamientos puede verse en el estudio introductorio a la edición de las *Partidas*, Madrid 2004, pp. XIII-XXXVI. Véanse también las nuevas precisiones de mi artículo citado en la nota anterior.

Para el FR “leuar por fuerça” y “robar” eran términos sinónimos, pero esta correspondencia no está tan clara en las PART. Esto nos lleva a cuestionarnos si los redactores de las PART cuando utilizaron el verbo “forçar” se estaban refiriendo al “leuar por fuerça” —como en el FR— o si, por el contrario, a dicho verbo se le estaba dando un significado diferente.

El en proemio del título XX de las PART se alude a “forçar las mugeres”, ya sea de “orden o biudas, o virgines que fazen buena vida en sus casas”. En principio, el verbo “forçar” utilizado en el proemio podría ser interpretado como la acción de “leuar por fuerça” del FR. Pero un poco más abajo, al referirse al contenido de ese mismo título, especifica que en él se trata “de los que passan a ellas por fuerça, o las lleuan”. No cabe duda que esta última frase está contraponiendo la acción que tiene, a mi modo de ver, claramente una connotación sexual (“pasar”, es decir, entrar “a ellas por la fuerça”), de la otra que alude al acto de raptar (“las lleuan”).

La cuestión se complica en la frase con la que comienza la ley 1a.: “Forçar o robar muger virgen o casada, o religiosa, o biuda...”. Los redactores de las PART con la conjunción disyuntiva “o” ¿estaban dando una idea de equivalencia verbal o, por el contrario, querían señalar una separación o alternativa de acciones distintas? En el primer caso las PART se habrían limitado a seguir lo establecido en el FR, y el “forçar” de las PART equivaldría al “leuar por fuerça” (raptar) del primigenio texto alfonsí y, en consecuencia, sería también sinónimo de “robar”. Así parece deducirse de lo que poco después se dice en esa misma ley: Onde, pues que según derecho deuen ser escarmentados los que fuerçan en las cosas ajenas, mucho mas lo deuen ser los que fuerçan las personas... Es evidente que cuando se alude a hacer “fuerça en las cosas”, dicha fuerza no puede tener ninguna intención sexual; y en esta frase se realiza una clara correspondencia entre las cosas y las personas que son objeto de “fuerça”.

Hasta aquí todo parece indicar que no hay cambios entre los planteamientos del FR y los de las PART. En este sentido, la primera parte de la ley 3a. no suscita ninguna duda cuando dice: Robando algun ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaciendo con alguna dellas por fuerça... El legislador está contraponiendo claramente dos acciones distintas: la de “robar” —o “leuar por fuerça” del FR— (raptar) y la de “yacer” con alguna de las mujeres mencionadas por

“fuerça” (violar).²³ Esto vendría a confirmar también la contraposición antes referida del proemio en donde se presentaban como conductas distintas la de “passar a ellas por la fuerça” (violar) y la de “lleuar” (raptar).

Pero a partir de este momento, cuando la ley 3a. comienza a prescribir las penas de los que “roban” o “yacen por fuerça” con una mujer viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa, vuelven a utilizar siempre la conjunción “o” con los participios “robada o forçada”,²⁴ con lo que parece que se están contraponiendo las dos acciones, la de “robar”, por un lado, y la de “yacer por la fuerça”, por otro, que se recogían, como vimos, al principio de dicha ley. De ser esto así, el término “forçar” estaría siendo utilizado con el sentido de “yaçer por fuerça” (nuestra actual violación), y no con el sentido de “lleuar por fuerça” (raptar) como aparece utilizado en el FR.

Esto nos lleva a pensar que los redactores de las PART usaron el verbo “forçar” no en la acepción del FR (“lleuar por fuerça”), sino en una

²³ Así lo entendía Gregorio López: *Solus ergo raptus sine commixtione sufficit ad incurendam poenam huius legis, vel sola copula violenta; ...* (Part. 7, 20, 3, glosa “o yaciendo”).

²⁴ Reproduzco íntegramente el texto de la ley: “Robando algun ome alguna muger biuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa, o yaciendo con alguna de ellas por fuerça, si le fuere prouado en juyzio, deue morir por ende; e demas, deuen ser todos sus bienes de la muger que assi ouiesse robada o forçada. Fueras ende, si después desso ella de su grado, cassase con aquel que la robo o forço, no habiendo otro marido. Ca entonce, los bienes del forçador deuen ser del padre e de la madre de la muger forçada, si ellos non consintiesen en la fuerça, nin en el casamiento. Ca, si prouado les fuesse que auian consentido en ello, entonce deuen ser todos los bienes del forçador de la Camara del rey. Pero destos bienes deuen ser sacadas las dotes e las arras de la muger del que fizo la fuerça. E otrosi los deudos que auian fecho fasta aquel dia, e que fue dado juyzio contra el. E si la muger que ouiesse seydo robada o forçada, fuesse monja o religiosa, entonce todos los bienes del forçador deuen ser del monasterio donde la saco. E a tanto tuuieron los Sabios antiguos este yerro por grande, que mandaron que si alguno robasse o lleuase su esposa por fuerça, con quien non fuesse casado por palabras de presente, que ouiesse aquella misma pena, que de suso diximos, que deuia auer el que forçasse a otra muger, con quien no ouiesse debdo. E la pena que diximos de suso, que deue auer el que forçasse alguna de las mugeres sobredichas, essa misma deuen auer los que le ayudaron a sabiendas a robarla o a forçarla; mas si alguno forçasse alguna muger otra, que non fuesse ninguna destas sobredichas, deue ayer pena por ende, segun aluedrio del judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerça, e la muger que forço, e el tiempo, e ellugar en que lo fizo” (Part. 7, 20, 3). Obsérvese que en una ocasión los redactores de las Partidas utilizaron el verbo “robar” junto su sinónimo del FR “lleuar por fuerça”, pero en el resto de los supuestos se infiere que el participio “forçada” está aludiendo al “yacer por fuerça” de la primera parte de la ley.

acepción distinta: en la de “yacer por fuerça”, es decir, violar.²⁵ La conjunción disyuntiva “o” indicaba una alternativa a dos acciones distintas. Y esos mismos redactores optaron por el verbo “robar” —usado sólo en una ocasión en el FR y sinónimo en este texto con “leuar por fuerça”— para referirse a la figura del rapto.

No nos encontramos ante una escrupulosa “rigidez terminológica”, sino ante un cambio de criterio. Como se recordará, para el/los redactores del FR no era posible tener “fornicio” sin que previamente la mujer fuera “leuada por fuerça”; por ello, la violación fue reconducida, desde el punto de vista sistemático, al título del rapto. Los autores de las PART, en cambio, aunque no supieron superar este obstáculo sistemático y darle autonomía a la violación como delito independiente —tal vez porque seguían considerando que existía una estrecha relación entre ambos delitos—, sí al menos independizaron con la disyuntiva “o” el tipo del “robo” de una mujer (el rapto) del de la “fuerça” (la violación). En PART, como ya sucedía también en el ESP, era posible “forçar” a una mujer sin necesidad de “robarla” o “lleuarla por la fuerça”.

Llegados a este punto se nos plantea otro problema. El FR, según se admite en la actualidad sin discusión, ya estaba finalizado en 1255. Poco tiempo después, en una fecha difícil de precisar, se comenzó la redacción de las PART; éstas estaban finalizadas, en su versión primigenia, entre 1263 y 1265, luego, en el peor de los casos, habrían transcurrido sólo diez años entre una obra y otra. ¿A qué se debió entonces este cambio de criterio en tan poco tiempo? ¿Se encontraba en su redacción originaria o se introdujo en un momento posterior? ¿Cuándo se empezó a utilizar el verbo “forçar” para referirse a “yaçer por fuerça” y no a “leuar por fuerça”? Es difícil de responder a estos interrogantes si tenemos en cuenta de que carecemos de una edición crítica de las PART y, por consiguiente, no sabemos a cuantas posibles reelaboraciones estuvo sometida la primera redacción alfonsí. De la misma manera, tampoco podemos precisar el alcance de la reforma de la fue objeto las PART en 1348 antes de su “publicación” como ley.

²⁵ Acepción, por otra parte, que ya aparecía en el ESP: “E esso mismo mandamos del ama ssi por ssu grado lo ffeziere, o ssi fuere fforçada e non lo dixiere...” (Esp. 2, 15, 6); “... nin los fforçadores maniffiestos de las vírgenes e de las bibdas e de las otras [solte-ras] o de las mugeres rreligiosas...” (Esp. 5, 14, 11).

Por lo demás, la “fuerça”, bien perpetrada mediante armas o sin ellas,²⁶ lo mismo que en el FR, constituía el elemento esencial de ambos tipos delictivos, del “robo” de la mujer religiosa, casada, viuda o soltera, así como de la “fuerça” que se ejecutara sobre ellas. La fuerza implicaba que la acción se realizaba en contra del consentimiento de la mujer y con violencia (Part. 7, 20, 3).

Las PART preveían también el caso en el que la “fuerça” se perpetraba sobre mujeres que no fueran ni de condición religiosa, viuda, casada o virgen; sería el supuesto, por ejemplo, de “forzar” a una mujer “deshonesta”; es muy probable que se encontraran también dentro de este grupo, de acuerdo con el pensamiento medieval, las mujeres de otra condición social —esclavas— o de otra religión (una musulmana).²⁷ Problema diferente era, en cambio, el de las prostitutas, cuyo status jurídico en los fueros municipales era incierto,²⁸ pero habida cuenta la amplitud del concepto de mujer “deshonesta”, sería posible encuadrarlas dentro de éste.²⁹ Para estos últimos casos, el texto alfonsí disponía que la pena quedara al arbitrio del juez, quien debía contemplar la condición de aquél que perpetró la “fuerça”, de la mujer a la que forzó, así como el tiempo y el lugar en donde se verificó la acción (Part. 7, 20. 3).

²⁶ Rodríguez Ortiz entiende que la fuerza “sin armas” como “fuerza moral o intimidación” (*Historia de la violación...* p. 312; *Mujeres forzadas...*, p. 44), y no contempla la posibilidad de que la fuerza también se podían verificar mediante la manos; de hecho, muchas violaciones, por no decir la mayoría, se verifican sin mediar armas o fuerza moral, es decir, sólo mediante fuerza física.

²⁷ En el siglo XVIII ya sólo se aludía al supuesto de la mujer deshonesto. Así se manifestaban J. Marcos Gutiérrez (*Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, t. III, pp. 175-179. La primera edición de esta obra es de 1794).

²⁸ Rodríguez Ortiz, V., *Historia de la violación...*, *cit.*, pp. 290 y 291.

²⁹ En este sentido se manifiesta V. Rodríguez Ortiz, *ibidem*, pp. 334-335 y en *Mujeres forzadas...*, *cit.*, p. 70. Sin embargo, pienso que eran situaciones diferentes. Frente a la prostituta, que vende su cuerpo por dinero, el concepto de mujer deshonesto nos lo define muy bien Pradilla: “Para llamarse alguna mujer deshonesto basta consentir que hombres, y particularmente clérigos y estudiantes continuen [en] su casa, y la que de ordinario habla, o escribe a hombres, y consiente que le hallegen a las manos, y a los pechos, y la besen, que todo suele ser junto, ya vezes más escandalosos, que el carnal acceso tenido en secreto” (*Suma de las leyes penales por el doctor Francisco de la Pradilla*, Madrid, 1639, p. 48v.). A principios de siglo XIX, S. Vilanova y Mañés consideraba que no incurría en la pena de “forzar” a una mujer si ésta era “pública ramera”; ahora bien, si lo fue en el pasado y llevaba en el momento de la violación una vida honesta, el violador sí debía ser sancionado con la pena establecida (*Materia criminal Forense*, t. III, p. 198).

A la vista de las leyes de PART parece clara la diferencia entre la acción de acceder a una relación sexual mediante el engaño o “*falago*” (estupro), de aquella otra obtenida con “*fuërça*”. Si aceptamos que la concreción del tipo penal fue decidida por el legislador alfonsí tras la previa valoración de un bien jurídico, en primer lugar, y, en segundo lugar, atendiendo a la manera en que se ha verificado el ataque a dicho bien jurídico, podemos concluir que tanto en el supuesto contemplado en Part. 7, 19, 1-2, como en Part. 7, 20, 1-3, los bienes jurídicos protegidos no eran otros que la castidad y el honor.³⁰ Es, por consiguiente, la manera en la que se ha producido el ataque el elemento que hace diferentes a una y otra conducta y las convierte en “tipos” distintos: el “engaño”³¹ en PART 7, 19, y la “fuërça”³² en PART 7, 20.

³⁰ Part. 7, 19, Proem.: “Castidad es virtud que ama Dios e deben amar los hombres... E por esto yerran muy gravemente aquellos que corrompen a las mujeres vírgenes... E demostraremos las razones por las que yerran gravemente los que hacen este pecado, aunque no lo hagan por la fuerza...”. Part. 7, 19, 1: “Gravemente yerran los hombres que se trabajan de corromper las mujeres religiosas porque ellas son apartadas de los vicios e de los sabores de este mundo, e se encierran en los monasterios para hacer áspera vida con intención de servir a Dios. Otrósí decimos que hacen gran maldad aquellos que sacan con engaño o con halago, o de otra manera las mujeres vírgenes e las viudas que son de *buena fama e viven honestamente*...”. Part. 7, 19, 3: “... Mas si la mujer que algún hombre corrompiese no fuese religiosa, ni virgen, ni viuda, ni *de buena fama*...”. Part. 7, 20, 1: “Forzar o robar mujer casada o religiosa, o viuda, que *viva honestamente* en sus casas es un yerro e maldad muy grande por dos maneras. La primera, porque la fuerza es hecha sobre personas que *viven honestamente* e a servicio de Dios e a buena estancia del mundo. La segunda es que hacen muy *gran deshonra a los parientes* de la mujer forzada...”. Rodríguez Ortiz equipara la violación a la injuria (*Historia de la violación...*, cit., p. 308; *Mujeres forzadas...*, cit., pp. 47, 76 y 77).

³¹ Siguiendo la terminología del derecho canónico (*Si seduxerit quis virginis...*), a finales del siglo XVIII, algún autor como A. J. Pérez y López utiliza el término “seducción” como sinónimo de engaño, pero siempre como contrapuesto a la “fuërça”: “se entiende por estupro el acto carnal o ilícito con una muger viuda que vive honestamente, ó con una soltera honrada, en el que intervino seducción, pero no fuerza” (*Teatro de la legislación universal de España, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos, y principales materias*, Madrid, 1791-1798, t. XIII, p. 170).

³² Part. 7, 20, proem.: “Atrevimiento muy grande hacen los hombres que se aventuran a forzar la mujeres e mayormente cuando son de orden o viudas, o vírgenes que hacen buena vida en sus casas. De donde, pues que en título antes de éste hablamos de los que por halago o engaño las corrompen, queremos en este decir de los que pasan a ellas por fuerza o las llevan. E demostraremos qué fuerza es ésta e cuántas maneras son de ella, e quien puede hacer acusación sobre tal fuerza, e ante quien...”. Part. 7, 20, 1: “Forzar o robar mujer casada o religiosa, que *viva honestamente*... E esta fuerza se puede hacer de dos maneras: la primera con armas, la segunda sin ellas”. Part. 7, 20, 2: “En razón

IV. EL TERCERO EN DISCORDIA: EL ESTUPRO

La distinción entre “engaño” y la “fuerza”, diáfana en el legislador alfonsí, parece diluirse a mediados del siglo XVII en la obra de Pradilla Barnuevo, uno de los primeros “prácticos criminalistas” del derecho castellano. En efecto, dicho autor, en su *Suma de las leyes penales*, encabeza el capítulo V con la frase “de los que fuerzan y desfloran vírgenes, y doncellas, y de los que hazen fuerça para esto”. Y acto seguido el mencionado autor comienza definiendo el “estupro” —término no utilizado ni por el FR ni por las PART— como “coito ilícito y reprovado, por el qual se desflora la muger virgen y doncella”.³³ Me parece interesante, aunque sólo sea de manera esquemática, reproducir el conjunto de acciones contempladas por Pradilla en dichos capítulos, el concepto penal en el que las engloba y su correspondiente pena.

de fuerza que fue hecha contra alguna de las mujeres sobredichas...”. En este sentido también se manifiesta Rodríguez Ortiz, *Historia de la violación...*, cit., p. 312; *Mujeres forzadas...*, cit., p. 44.

³³ *Capítulo V. De los que fuerzan y desfloran vírgenes y doncellas y de los que hazen fuerça para esto.* El estupro, se dize, coito ilícito y reprovado por el qual se desflora la muger virgen y doncella... La pena que tiene por derecho Canónico ordinariamente, que si la muger fuere tenida y reputada por doncella, se presume persuadida y forçada... Y está obligado a la dotar y a se casar con ella, si sus padres consintieren, y ella quisiere; y si no quisieren está obligado a la dotar competentemente. Y si el estuprador y reo no quisiere, debe ser açotado y hazer después penitencia... Pero tal pena ya no está en uso, sino que se case con ella, o la dote decentemente... Mas por derecho civil tiene pena, si es hombre de qualidad, en que pierda la mitad de sus bienes; y si es hombre ordinario, ha de ser açotado y desterrado por cinco años... Pero si tal delito fuere cometido con fuerça, o en yermo, tiene pena de muerte... Y esta pena es dada al que por fuerça conociere a qualquiera muger, ora sea doncella, casada o viuda, y sus bienes son aplicados a la tal muger injuriada... (*Suma de las leyes penales*, cit., pp. 3r.-v.).

| <i>Acción</i> | <i>Concepto</i> | <i>Penas</i> |
|---|---------------------------|--|
| Coito ilícito y reprobado por el que se desflora mujer virgen y doncella (sin mediar fuerza) | Estupro (c. 5) | D ^o Canónico: casarse con ella o dotarla. D ^o civil: hombre de calidad, pérdida de la mitad de sus bienes; hombre ordinario, azotado y desterrado cinco años. |
| Coito ilícito y reprobado por el que se desflora la mujer virgen y doncella cometido con fuerza o en yermo. | Estupro con fuerza (c. 5) | Penas capital. |
| El que por fuerza conociere a cualquiera mujer, ora sea doncella, casada o viuda. | Fuerza (c. 5) | Penas capital y bienes para la mujer injuriada. |
| Llevar doncella, monja o viuda honesta de una parte a otra, con ánimo de tener con ella acceso carnal. | Rapto (c. 7) | Penas capital y bienes para la mujer raptada o para el monasterio (monja). |
| Llevar una doncella de una parte a otra, con ánimo de tener con ella acceso carnal en yermo y despoblado. | Rapto (c. 7) | Asaeteado, después de ser estrangulado (NR. 8, 13, 46). |

| | | |
|---|--------------|---|
| Levar una doncella de una parte a otra, con ánimo de casarse con ella, para que consienta en el matrimonio y con consentimiento de la doncella en el rapto. | Rapto (c. 7) | Pena extraordinaria (arbitrio judicial). |
| Llevar a una doncella de una parte a otra, sin ánimo de casarse, con consentimiento de ella | Rapto (c. 7) | Pena extraordinaria (arbitrio judicial). |
| Cuando el raptor no tuvo acceso carnal con la mujer robada. | Rapto (c. 7) | Pena extraordinaria (arbitrio judicial). |
| Cuando el raptor no conoció a la mujer carnalmente, porque no quiso, aunque pudo... | Rapto (c. 7) | Pena extraordinaria (arbitrio judicial). |
| ... y si lo procuró, y no pudo, tiene la pena ordinaria. | Rapto (c. 7) | Pena capital y bienes para la mujer injuriada. |
| Robar mujer o muchacha, aunque sea menor de doce años. | Rapto (c. 7) | Pena capital y bienes para la mujer injuriada. |
| La mujer que robase algún hombre o muchacho, debe ser castigada con la misma pena. | Rapto (c. 7) | Pena capital y bienes para el hombre injuriado. |

Pradilla, como se puede comprobar, califica de “estupro” la acción de obtener un coito ilícito que tiene como consecuencia la pérdida de la virginidad de una mujer; en su descripción no se alude para nada al engaño, al sí que se referían las PART (título 19, 1-2). La confusión se introduce

cuando a continuación Pradilla prosigue: “Pero si tal delito [el estupro] fuere cometido con fuerça, o en yermo, tiene pena de muerte... Y esta pena es dada al que por fuerça conociere a cualquier muger, ora sea doncella, casada o viuda, y sus bienes son aplicados a la tal muger injuriada”.

En consecuencia, para Pradilla existían dos modalidades de “estupro”: el estupro de la doncella virgen, que se ha conseguido sin fuerza física y sin intervenir engaño alguno, ya que no alude en ningún momento a él; y el “estupro” cometido “con fuerça” o “en yermo”, sobre cualquier mujer, doncella, viuda o casada. Es evidente que Pradilla ha refundido las dos conductas tipificadas en las PART en los títulos 19 y 20 respectivamente bajo el concepto de “estupro”. Aún más; la alusión a que el delito se cometa en “yermo” parece indicar que Pradilla está reconduciendo también a su “estupro” las “fuerças” realizadas sobre las mujeres en parajes yermos y que se habían atribuido a la jurisdicción privativa de la hermandad por los reyes católicos.³⁴ Por último, al final de este mismo capítulo Pradilla alude al “que por fuerça conociere a cualquiera muger, ora sea doncella, casada o viuda, y sus bienes son aplicados a la tal muger injuriada...”. Es evidente que Pradilla se está refiriendo a la “fuerza” o violación sin que mediara un rapto previo. Pero obsérvese que Pradilla repite dos conductas cuando en esta última frase introdujo de nuevo a las doncellas, ya contempladas en su “estupro con fuerza”. Tal vez se tratara de un simple “lapsus”, en cuyo caso para Pradilla la “fuerza” o violación sólo podía tener lugar sobre una mujer casada o viuda, porque si era virgen y doncella y, por consiguiente, acarreaba la pérdida de la virginidad, estábamos ante un “estupro con fuerza”. De ser esta interpretación la correcta, podríamos inferir que para Pradilla el componente esencial del tipo del estupro radicaba en que coito implicaba la desfloración de una mujer virgen y doncella, con independencia de que mediara engaño,

³⁴ N. R. 8, 13, 2 (Nov. R. 12, 35, 2). Pragmática del 7 de julio de 1476: “Otro sí ordenamos y mandamos... ayán de conocer y conozcan por casos y como en casos de hermandad, solamente en estos crímenes y delitos que aquí serán declarados, y no en otros algunos: conviene a saber en robos, hurtos y fuerças de bienes muebles y semovientes, o en robo o en fuerça de cualesquier mugeres que no sean mundarias públicas, haziendose lo susodicho en yermos o en despoblados, o en cualesquier lugares poblados, si los malhechores salieren al campo con los tales bienes que ovieren robado o hurtado, o con tales mugeres que assi ovieren sacado por fuerça...”. Obsérvese que la ley habla de “mugeres que no sean mundarias públicas”, mientras Pradilla sólo alude a “doncellas”; luego en el espíritu de la norma parece que estaban incluidas las mujeres casadas, viudas y pertenecientes a órdenes religiosas.

fuerza o se perpetrara en yermo. Estas últimas circunstancias se tendrían únicamente en cuenta a efectos punitivos, no de la antijuricidad destinada, en este caso, a la protección de la honra de la doncella.

Como acabamos de comprobar, para Pradilla la desfloración de una virgen y doncella obtenida mediante “fuerza” era un “estupro”. El FR y las PART dieron un tratamiento sistemático conjunto de la acción de “robar” (“leuar con fuerça”) una mujer y de la acción de “forçar” (“fornicio con fuerça” o “yacer con fuerça”). Las PART admitieron la posibilidad de que pudiera existir “fuerza” sin “robo” o rapto de la mujer; tal vez por ello Pradilla prefirió tratar sistemáticamente ambas conductas en capítulos distintos.³⁵

En el capítulo VII de su libro Pradilla llegó a diferenciar hasta nueve acciones distintas en las que el común denominador era “llevar de una parte a otra”. Aunque en el texto Pradilla no lo dice expresamente —sí en el título del capítulo³⁶— se entiende que la acción de llevarse a la mujer (el rapto) se perpetraba mediante el uso de la fuerza. El elemento esencial para dicho autor era, pues, la acción de llevarse a una mujer mediante fuerza. En todas conductas por él recogidas se parte de la acción

³⁵ *Capítulo VII. De los raptos y que se lleuan mugeres forçadas de una parte a otra.* Si alguno lleuare doncella, monja o viuda que viva honestamente de una parte a otra, con animo de tener con ella acceso carnal... y que tal delito cometiere tiene pena de muerte y sus bienes han de ser aplicado a la muger robada o al monasterio... Y por derecho del reino, quien tan delito cometiere, deue morir asaeteado, cometiéndole en yermo y despoblado con doncella, ley 2 en los capítulos de la Hermandad, que es l. 3, tit. 13, lib. 8 Recopilación. Y por la ley 46 del mismo título y libro se manda que primero le sea dado garrote y sea ahogado el delincuente que le tiren saetas... En dos casos se limita la pena dicha. El primero, si el tal robador llevase la doncella de una parte a otra, con animo de casar con ella. Y porque mas libremente consienta en tal matrimonio, siendo voluntad suya ser lleuada... Pero lo contrario, y que deue ser castigado el raptor, aunque ella consienta... El segundo caso es quando el raptor no tuvo acceso carnal con la muger robada, y en tal caso deve serle puesta extraordinaria pena... Pero esto procede cuando el raptor no conoció a la muger carnalmente, porque no quiso, aunque pudo; y si lo procuró, y no pudo, tiene la pena ordinaria dicha.... Y lo mesmo ha lugar, y en el que robare muger o muchacha, aunque sea menor de doze años... Y el que a semejantes conoce y desflora, aunque no las robe, tiene pena de muerte... Y assi como el hombre que comete el dicho delito ha de ser castigado con la pena declarada, ansi también la muger que robasse (como algunas veces ha sucedido) algún hombre o muchacho, deue ser castigada con la misma pena... (*Suma de las leyes penales, cit.*, pp. 4r.-v.).

³⁶ “De los raptos, y que llevan mugeres forçadas de una parte a otra” (*Suma de las leyes penales, cit.*, p. 4r.)

del “robo” o raptó (“llevar de una parte a otra”) con independencia del fin. Podía haber raptos que no implicaban la intención de obtener una relación sexual, como sucedía cuando el “robador llevase la doncella de una parte a otra, con animo de casar con ella”; o simplemente llevársela, con su consentimiento, pero sin ánimo de casarse; o cuando había solo raptó, sin acceso carnal con la víctima por voluntad del raptor. Es cierto que en la mayor parte de los supuestos contemplados por Pradilla el raptó era el medio de conseguir otro fin, casi siempre de naturaleza sexual, pero no es menos cierto que para este autor, a la vista del tratamiento que hace de dicha conducta, lo verdaderamente relevante era “robo” de la persona.

Pradilla ofrece pues, en primer lugar, una descripción del estupro que no coincidía con el tipo penal regulado en las PART en el que se exigía el halago o el engaño para conseguir el acceso carnal con una virgen y doncella. Además, incluyó en dicho concepto las circunstancias de que la acción se perpetrara con fuerza o en yermo. En segundo lugar, frente a la tradición del FR y PART, en donde el raptó y la “fuerza” aparecen desde el punto de vista sistemático como inseparables, Pradilla consideró el raptó como una acción independiente al acceso carnal mediando fuerza, ya que en aquél el elemento definidor era “llevar” a la mujer “de una a otra parte” con fuerza y contra su voluntad, con independencia de que con posterioridad se consiguiera una relación sexual con aquélla.

Si nos trasladamos ahora al ámbito novohispano, contamos con algunas fuentes que resultan interesantes de cara a la conceptualización de la conducta delictiva que ahora nos ocupa. Concretamente me refiero a dos formularios³⁷ confeccionados en la segunda mitad del siglo XVIII —por tanto, muy cercanos en el tiempo a nuestros *Libros de reos*— destinados a los escribanos que auxiliaban a los alcaldes legos en su tarea de administrar justicia. La importancia de este tipo de formularios —sin duda debieron circular muchos— radica en que constituían el único instrumento

³⁷ *Libro de los principales rudimentos tocante a todos los juicios, criminal, civil y ejecutivo. Año 1794*, edición Ch. R. Cutter, México, 1994. Para Cutter, el *Libro de los principales rudimentos* tenía principalmente un carácter didascálico. Anterior a este *Libro*, y estrechamente relacionado con él, es formulario es el publicado por García León, S., “Un formulario de causas criminales de la Nueva España”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (AMHD), núm. 9, 1997, pp. 83-148. Para dicha autora, parte del *Libro de los principales rudimentos* procede del *Formulario* publicado por ella y ambos tenían una finalidad esencialmente práctica.

jurídico del que disponían la mayoría de los alcaldes mayores y alcaldes ordinarios de muchas localidades de la Nueva España para decidir en las causas presentadas en su jurisdicción. En ellos, además de ir describiendo paso a paso las distintas fases y fórmulas que debían ser utilizadas en el proceso, se recogió un pequeño catálogo de tipos delictivos que eran definidos con la finalidad de que los alcaldes mayores y ordinarios pudiesen identificar sin dificultad las diferentes acciones criminales.

En sede del tema que nos ocupa, encontramos que en la enumeración de delitos consignados en ambos formularios no aparece ninguno bajo la denominación de “violación”. Esta circunstancia no debe extrañarnos pues tampoco dicho término aparecía ni en FR y ni en PART. Veamos lo que aparece en dichos *Formularios* en relación a los delitos ahora tratados:

| | | |
|---|------------------|--------------|
| Estupro es el que se comete violando a una doncella aunque sea con su con su gusto y que preceda algún engaño para ello. | Estupro | No consta |
| Si la estuprada tiene de cinco a once años. | Estupro inmaturo | No consta |
| Cuando se viola con violencia a mujer de cualquier estado. | Rapto | No consta |
| Cuando se hurta a mujer ajena de cualquier estado. | Rapto | No consta |
| Cuando se hace fuerza a mujer de cualquier estado. | Rapto | No consta |
| Cuando se viola con violencia, se hurta mujer ajena o se le hace fuerza, sea de cualquier estado, en el campo y con arma. | Rapto | Pena capital |

En el *Formulario* manejado el “rapto” aparece definido de la siguiente manera:

Es cuando se viola con violencia o se hurta muger ajena, o se le hace fuerza, sea de cualquier estado; y si es en el campo, con arma, tiene pena de la vida, pues dice la ley que aunque el hombre hubiera sido galán muchos años de alguna muger, y ya apartados en el campo contra su voluntad la gozara con violencia y a fuerza de armas, tiene pena de la vida y puesta

la caveza donde cometió el delito. Esta causa se prueba como la otra y que en el careo se lo diga, y que se prueba el rapto por la gravedad y así con cuidado.³⁸

Más cercano a lo dispuesto en el FR y en las PART, el *Formulario* reconduce sistemáticamente al tipo del “rapto” no sólo la acción de “hurtar muger agena”, sino también la del que “viola con violencia” y la del que “hace fuerza”. Si “hacer fuerza” en los textos legales era entendido como nuestra actual violación ¿qué significa entonces “violar con violencia”?

Por de pronto, es preciso señalar que ya encontramos el verbo “violar”. De mismo modo, el autor del *Formulario* abandonó las perífrasis que aparecían en el FR y en PART para denominar la acción del rapto, y le denomina con ese término, que, sin duda, se había impuesto ya en el siglo XVIII.³⁹

El texto del *Formulario* no puede ser más explícito cuando se refiere a “hurtar muger agena”; no hay duda a que se está refiriendo al rapto.⁴⁰ Por el contrario ¿qué ha querido decir el autor del *Formulario* con la frase “se le hace fuerza”? ¿Y “violar con violencia”? ¿Son sinónimas?

Como hemos visto, el autor del *Formulario* se mantuvo fiel a la sistemática de FR y PART cuando incluyó la violación dentro del rapto; si el

³⁸ *Formulario de causas criminales...*, cit., p. 129. El *Libro de los principales rudimentos...*, cit., p. 38, recoge la misma definición, si bien omite la última frase referida al modo de efectuarse la prueba. No he podido localizar, a tenor del contenido que se expresa en el formulario, la “ley” a la que se refiere el mismo.

³⁹ Pradilla, en el siglo XVII, ya aludía a los “raptores” (*Suma de las leyes penales...*, cit., p. 4); Marcos Gutiérrez también habla de rapto (*Práctica criminal...*, cit., t. III, pp. 151-155) y Álvarez Posadilla del “rapto de la fuerza” (*Práctica criminal...*, cit., t. III, pp. 201-203). Sin embargo, en el *Manual alfabético de delitos y penas según las leyes y pragmáticas de España*, Madrid, 1791 (ed. Sevilla, 2007) de Pedro Antonio Echebarría y Ojeda no aparece recogidos los términos ni “rapto” ni “violación”; por el contrario habla de “forzador de mujeres” (remiténdolo a Part. 7, 20, 3) y de “desflorador”, aludiendo, en este caso, al “que estupra una doncella honesta”.

⁴⁰ Se conservan sólo los primeros autos de la causa incoada en 1680 a petición de Domingo de la Cruz y contra Gaspar Gutiérrez, indio del pueblo de Yanhuitlán, por “haberse hurtado una mujer” en la ciudad de Oaxaca. Desafortunadamente no ha llegado a nosotros la causa completa, ya que el alcalde mayor se limitó a apereibir, bajo pena de 50 azotes, a Gaspar Gutiérrez ¿Hubo concordia? Todo parece indicar que sí a tenor de la pena impuesta al reo. Instituto Nacional de Antropología e Historia de México (INAH), Archivo Judicial de Teposcolula [AJT], Rollo 8, núm. 35. Pero también en un pleito incompleto hemos encontrado el término “robo” de una muchacha (INAH. AJT. Rollo 5, núm. 42). Véase García León, Susana, *La aplicación del derecho procesal y criminal...*, cit.

redactor del *Formulario* sólo hubiese consignado las acciones de “hurtar” mujer ajena y la de hacer “fuerza”, entonces se habría limitado a reproducir lo que se había dispuesto en las PART, añadiendo tan sólo la situación especial tipificada en la Nueva Recopilación (NR) de perpetrar dicha acción en el campo y con armas. Pero el redactor del *Formulario* parece que considera como acciones diferentes la de “violar con violencia” y la de “hacer fuerça”.

En el mismo *Formulario* al definir el estupro se nos dice que “es el que comente el que *viola* a una doncella”; luego el término violación —siempre para el redactor del *Formulario*—, no conllevaba, como para nosotros en la actualidad, la idea de violencia. Por ello, aunque parezca una redundancia, hablaba del que “viola con violencia”. El término violación, según se infiere, lo utiliza como sinónimo de acceso carnal, de ahí que dicho sustantivo requiera la aclaración de que se comete “con violencia”. Entonces ¿qué acción se encerraba detrás de la frase “hacer fuerza”? ¿Se está refiriendo al “leuar con fuerça” del FR, es decir, al “fornicio” realizado con “fuerça” perpetrado sobre una mujer previamente raptada? Desde luego, es factible esta explicación;⁴¹ así estaríamos ante tres acciones distintas: la violación propiamente dicha, pero sin rapto (“violar con violencia”), el rapto (“hurtar muger ajena”) y el rapto con el fin de violar (“hacer fuerza”).

No obstante, cabe también otra hipótesis. Ésta partiría de admitir que el sentido que se le dio al verbo violar no es otro que el de quebrantar la virginidad de una doncella. De este modo, la violación o pérdida de la virginidad podía realizarse de dos maneras: mediante engaño (estupro)⁴² o con violen-

⁴¹ En 1638 se siguió causa criminal de oficio contra el indio Pablo de la Cruz por cómplice de robos, salteamientos, heridas y muertes, así como de la “fuerça” que se hizo a Joana López, india casada. En su testimonio Joana López consignaba: “...dixo que era asi verdad que cuando la maniataron aquella noche la llevaron açia la dicha loma [la víctima estaba en su casa de la fue sacada] y a vista de todos los demás, sin que conociese quienes eran, la forçaron aprovechándose della cada uno una vez, y porque daba gritos la ponían cuchillos en los pechos y amenaçavan que callase y sino la matarian; y aviendose aprovechado della, como tiene dicho, la dejaron y se fueron sin saber hacia donde fueron”. El indio Pablo de la Cruz, a quien, por cierto, se le dio tormento, fue absuelto. ¿Dónde está ese derecho Penal de la Monarquía absoluta que nos han estado vendiendo algunos autores? Juana López fue sacada atada de su casa —“llevada de una parte a otra”, diría Pradilla, que escribía por esos mismos años— y “forzada” en una loma (INAH. AJT. Rollo 7, núm. 50).

⁴² Por ello, Echebarría y Ojeda prefiere utilizar el término “desflorador”, mucho más expresivo, para quien “estupra doncella honesta”. Reproduzco el texto porque es poco

cia (“violiar con violencia”). Igualmente nos encontraríamos ante tres acciones distintas: la violación de una virgen con violencia (“violiar con violencia”), el rapto (“hurtar muger agena”) y “hacer fuerza”, que entonces significaría el acceso carnal mediante el uso de la fuerza perpetrada sobre cualquier otra mujer no doncella o virgen (casada o viuda).

Otro cambio sustancial se aprecia en los *Formularios* novohispanos en relación a la víctima. Al igual que en FR y PART, se parte del hecho de que aquélla siempre era una mujer,⁴³ pero las distinciones contenidas en dichos textos, respecto al estado de la víctima (religiosa, viuda, casada o doncella), ahora desaparecen y se entiende que la acción es penalmente relevante cuando se perpetraba contra una mujer “de cualquier estado”.

Por último se señalan dos circunstancias⁴⁴ que agravan la sanción: si se ha perpetrado en el campo y con un arma. Estas dos últimas circunstancias no son nuevas, aunque tienen diversa procedencia. Ya vimos cómo en las PART (7, 20 1.) se distinguía entre las fuerzas que se hacían “con armas”, de las que se hacían “sin ellas”.⁴⁵ Tampoco es nueva la circunstancia de que la “fuerza” se perpetrara en el campo. Ya tuvimos ocasión de ver que en las Ordenanzas de la Hermandad se contemplaban como “casos de Herman-

conocido: “Desflorador. *El que estupra doncella honesta*. Quien cometa este delito, aunque diga que fue de mutuo consentimiento, y no con violencia, si es hombre de alguna distinción pierde todos sus bienes para la Cámara, no siéndolo incurre en la pena de azotes y destierro, y si es criado o huésped de la casa donde se halla la doncella, debía morir quemado, entendiéndose lo mismo por lo respectivo a las monjas y viudas honradas, *ley, 2 tit. 19 part. 7*. Notoria es la diferencia que se observa en la práctica, especialmente en cuanto a las doncellas y viudas no religiosas, pues suele obligarse alternativamente al desflorador a contraer matrimonio con la ofendida, dotarla o ir a presidio, aumentado o minorando el castigo según el caso y sus circunstancias. Véase *forzador de mujeres* donde se trata del desfloro violento”, *Manual alfabético de delitos y penas...*, *cit.*, pp. 38 y 39 (ed. Sevilla, 2007, pp. 46 y 47). Por consiguiente, para dicho autor, la pérdida de la virginidad (la “desfloración”) se podía realizar bien de manera no violenta (el estupro) o bien de manera violenta (“desfloro violento” o violación).

⁴³ Excepcionalmente las PART (7, 21, 2) contemplaban el uso de la fuerza sobre un hombre cuando se trata del delito de sodomía.

⁴⁴ En contra de lo afirmado por E. Montanos Ferrín [A. Otero Varela], “La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico”, en el volumen Montanos, E. y Sánchez-Arcilla, J., *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, 1990, pp. 77-130. Véanse los argumentos y datos aducidos por mí en “La administración de la justicia inferior...”, *CHD*, núm. 7, 2000, p. 367, nota 145.

⁴⁵ Los efectos del uso de las armas están recogidos en Part. 7, 10, 8-9.

dad” las fuerzas realizadas en yermo o en despoblado,⁴⁶ ya que eran lugares muy idóneos para la consecución de las violaciones.⁴⁷

Si abandonamos momentáneamente las Indias y volvemos a la Península, podemos comprobar que el tratamiento de los prácticos de la segunda mitad del siglo XVIII no es uniforme. Así, por ejemplo, Elizondo no incluyó en su breve catálogo de delitos el estupro⁴⁸ y sólo contempló el “robo” de “muger doncella o viuda honesta” con “ánimo de conocerla carnalmente”; por descuido, sin duda, omitió a la mujer casada. Sin embargo, este autor no recogió la posibilidad de la “fuerza” sin “robo”, ni la del “robo” sin finalidad de acceso carnal recogida en las PART. Para Elizondo, el acceso carnal con una monja constituía una conducta delictiva autónoma.⁴⁹

Por su parte, J. Berní, prefirió sistematizar este conjunto de conductas —incluso la del incesto— en su capítulo XIII bajo el concepto genérico de “desfloro”, ya usado por Pradilla, aunque no de la misma manera.⁵⁰

| | | |
|---|----------|---|
| Desfloro de doncella honesta | Desfloro | Dotarla, o casarse con ella; suélese añadir multa, o destierro, o real servicio, según las circunstancias y las personas. |
| Desfloro cometido en yermo o despoblado | Desfloro | Pena de muerte; la práctica ha temperado el castigo, conmutándolo con presidio, galeras, minas, según las personas y casos. |

⁴⁶ Véase texto en nota 34.

⁴⁷ Rodríguez Ortiz, *Historia de la violación...*, cit., pp. 342-344; *Mujeres forzadas...*, cit., pp. 74 y 75.

⁴⁸ Sorprende más esta omisión, máxime si tenemos en cuenta que Elizondo manejó a Pradilla, *Práctica universal forense*, t. I, p. 307, nota 6.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 308.

⁵⁰ Véase el texto de la nota 35.

| | | |
|--|----------|--|
| Robar mujer honesta con intención de acceso. | Desfloro | Pena de muerte; se limita en el caso de ser con ánimo de casarse y consentir la mujer. |
| El intentar o tener acceso con monja. | Desfloro | Pena de muerte. |

Obsérvese que para Berní el “desfloro” es el acceso carnal que conduce a la pérdida de la virginidad. Dicho autor parte del supuesto de que siendo honesta la mujer, se presume siempre “forzada”, salvo mediar las circunstancias que acrediten su consentimiento.⁵¹ El “desfloro” de Berní es un acceso carnal al que se llegaba siempre mediante “fuerza” y tenía como consecuencia la pérdida de la virginidad, de ahí el término usado por Berní. Esto último se infiere de los ejemplos aducidos por dicho autor. En efecto, en el primer caso habla de “doncella honesta”, con lo que resulta evidente la quiebra de la virginidad. En el segundo contempla el mismo supuesto anterior (“desfloro de doncella honesta”), pero perpetrado en yermo o despoblado. En el tercero no dice “doncella”, sino que utiliza el término “mujer”, pero se trata, en esta ocasión, de un “robo” (rapto) y al aludir al “ánimo de casarse” cuando habla de la pena, parece indicar que se debe tratar también del “robo” de una “doncella honesta”. Por último, debemos presumir que la monja con la que se pretende tener acceso debe ser igualmente virgen.

Resulta ciertamente sorprendente que Berní no diga nada de los casos del rapto y/o violación de una mujer casada o de una viuda honesta que, como sabemos, sí estaban tipificados en las PART.

A finales del siglo XVIII, José Marcos Gutiérrez analizaba como figuras principales el estupro y el rapto:

⁵¹ *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agraven y disminuyen*, Valencia, 1794, pp. 37-38; la. ed. de Berní es de 1745.

| | | |
|---|---------------------|--|
| Concúbito voluntario con mujer virgen o doncella | Estupro simple | Casarse con la estuprada, si ésta quiere, o dotarla según las circunstancias y las facultades de aquél, y reconocer la prole, si la hubiese. En el caso de dotarla, la práctica también le impone la pena de destierro, presidio u otra según las personas. Si el estuprador sienta voluntariamente plaza de soldado, no podrán reclamarle y deberá cumplir el tiempo de su empeño, aunque aquélla puede reconvenirle ante el tribunal eclesiástico para cumplir los esponsales. |
| Los criados domésticos que abusan de la confianza de las casas para seducir a las hijas, parientas y criadas | Estupro | Pena capital, azotes y vergüenza pública; en la actualidad se mitigaría su rigor. |
| El robo que se hace a una mujer para corromperla, casarse con ella, o de hacerle contraer alguna obligación; si se hace contra la voluntad de la robada, es propiamente rapto | Rapto | No resultando herida u otra desgracia, la pena de presidio o galeras, según sean las personas y las circunstancias del delito. |
| El robo que se hace a una mujer para corromperla, casarse con ella, o de hacerle contraer alguna obligación, pero con consentimiento de ella mediando promesas, artificios o halagos de su raptor | Rapto por seducción | No resultando herida u otra desgracia, la pena de presidio o galeras, según sean las personas y las circunstancias del delito. |

Como se puede comprobar en el cuadro, para J. Marcos Gutiérrez el estupro era un “concúbito voluntario con mujer virgen o doncella”. El mencionado autor no aludía al engaño o halago como elemento esencial; sin embargo a continuación reproduce las leyes de PART (7, 19, 1 y 2) con lo que parece admitir la caracterización tipológica recogida en el Código alfonsoí. Es más, también engloba dentro de esta misma figura la “seducción” realizada por los criados domésticos sobre las hijas, parientas y otras criadas del dueño de la casa en la que sirven. El rapto, en cambio, era el “robo que se hace de alguna mujer con ánimo de corromperla, de casarse con ella, o de hacerle contraer alguna obligación”. Consideraba que debía hacerse en contra de la voluntad de la mujer, de lo contrario, estaríamos ante el “rapto por seducción”.

Esta última figura —el “rapto por seducción”— tiene, en mi opinión, un peculiar interés, pues Marcos Gutiérrez entremezcla elementos de los dos delitos. En efecto, como hemos podido comprobar anteriormente uno de los elementos constitutivos del “robo” o rapto radica en que éste debía realizarse en contra de la voluntad de la víctima (“si se hace —dice Gutiérrez— contra la voluntad de la robada, es propiamente rapto”); luego si hay consentimiento de la mujer “robada” no se cumple uno de los requisitos esenciales del rapto; “leuar con fuerça”, que decía el F R, en contra de la voluntad de la víctima. Pero es que, además, el mencionado autor, añade que en el “rapto por seducción” el consentimiento de la mujer se obtiene “mediando promesas, artificios o halagos de su raptor”; en otras palabras, con los elementos constitutivos de nuestro actual estupro. Por consiguiente, si ha mediado consentimiento de la víctima para ser llevada o sacada de su casa, y aquél se ha conseguido por promesas o halagos, más que ante un rapto propiamente dicho estaríamos ante un estupro en el que la mujer no sólo ha consentido en el acceso carnal, sino también en ser llevada de su casa o del lugar en donde se encontraba para tener allí la relación sexual. Luego, más que ante un rapto propiamente dicho, estaríamos ante un estupro en el que la mujer ha accedido no sólo al acceso carnal por los halagos y seducción sino también a ser llevada a otro lugar para cumplir esos deseos.

La explicación, probablemente, de esta figura —el “rapto por seducción”—, la encontramos en no Marcos Gutiérrez, sino en Pérez y López. Este autor, a propósito del estupro y comentando la pena contemplada en la *Lex Julia de vi publica*, decía: “Lo qual se entiende aun quando la

muger consintiese en el robo, pues la fuerza y violencia se hace a los padres y personas a quienes les interesa guardarla, y se presume que si ella no es forzada, es lo a menos seducida y engañada, el qual no es menor delito que el de la fuerza y violencia...”.⁵² De esta manera, se entiende mejor el “rapto por seducción”, en el que la “fuerza” no se ejercía sobre la voluntad de la víctima, como pudiera parecer a primera vista, sino sobre la de los padres o parientes de la misma.

José Marcos Gutiérrez admite también que puede haber raptos que no tengan como finalidad “corromper” a la mujer. En este sentido, se mantiene dentro del binomio rapto-violación⁵³ recogido en Partidas, al contrario que Elizondo, quien en el breve compendio de delitos que introdujo en su obra, solamente contempló la posibilidad del “robo” con ánimo de conocimiento carnal,⁵⁴ con lo que parece estar más de acuerdo a lo establecido en el FR.

Por esos mismos años Javier Pérez López definía el estupro como el acto carnal cometido con una mujer viuda, que vive honestamente, o con una soltera honrada, en el que “intervino seducción, pero no fuerza”. En consecuencia, el elemento esencial del estupro radicaba en la “seducción” y en la ausencia de “fuerza”. Por el contrario, si interviene “fuerza y violencia” estamos ante el “rapto”. Pérez y López no contempló la posibilidad de violación sin rapto. En defensa de dicho autor cabe aducirse que la finalidad de su *Teatro de la legislación universal* no era la misma que la de las obras de los otros prácticos aquí analizadas. La traemos a colación por lo que a la hora de precisar los conceptos utilizados por los juristas de finales del siglo XVIII no puede iluminar su obra, como, ejemplo, el concepto que nos da del estupro.

⁵² Pérez y López, A. J., *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, Madrid, 1796, t. XIII, pp. 170-173.

⁵³ *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, t. III, pp. 151-155.

⁵⁴ Elizondo, F., *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, Madrid, 1784 (la primera edición es de 1764): “El que llevare muger doncella, o viuda honesta de una parte a otra con ánimo de conocerla carnalmente, incurre en la pena de muerte y perdimiento de sus bienes, aplicados a la muger robada” (t. I, p. 307).

| | | |
|---|-----------------------------------|--|
| <p>El acto carnal con una mujer viuda que vive honestamente, o con una soltera honrada, en el cual intervino seducción, pero no fuerza.</p> | <p>Estupro</p> | <p>D°. Canónico: el que sedujese y tuviese acto carnal con una mujer soltera, la dote y se case con ella, a no ser que el padre de la soltera no quisiese, pues entonces bastará dotarla; pero si el estuprador fuese quien se resistiese a casarse, será castigado corporalmente, excomulgado y encerrado en un monasterio para hacer penitencia; no puede salir sin licencia del Papa, o hasta casarse con la estuprada.</p> <p>Partidas: iguala en la pena al forzador de mujer viuda y soltera con el robador y estuprador, y dispone sea de muerte, quedando todos sus bienes a favor de la forzada o robada, a no ser que casase con ella, pues entonces los bienes serán del padre.</p> |
| <p>Los criados que tuviesen acceso carnal con alguna criada o mujer de la casa de su amo.</p> | <p>Estupro</p> | <p>Si son nobles, vergüenza pública y desterrados por un año del Reino, y cuatro del lugar donde acaeció el hecho; si son plebeyos, cien azotes y destierro por dos años; se agrava la pena en ciertos casos y la impone igual a los que diesen su ayuda o socorro.</p> |
| <p>Los que roban con fuerza y violencia, corrompen y vician a las mujeres solteras, casadas, religiosas y viudas honestas.</p> | <p>Fuerzas, raptos de mujeres</p> | <p>(Reproduce textos del Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla, Fuero Real, Partidas, Leyes del Estilo y Ordenanzas del Ejército).</p> |

Me parece interesante recoger también los criterios seguidos por Asso y de Manuel. Es preciso, no obstante, señalar que las *Instituciones del derecho civil de Castilla*⁵⁵ no es propiamente una obra destinada *ex professo* a la práctica criminal, como las de los autores anteriores, aunque en el libro tercero se dedica a la descripción del proceso. Me interesa destacar, sin embargo el título XIX, del libro segundo dedicado a los delitos y las penas. Dichos autores distinguen entre “delitos públicos por escándalo” de los “delitos públicos por fuerza o violencia”. Dentro de los primeros introducen varios delitos sexuales (amancebamiento, sodomía, alcahuetería, bigamia e incesto) y, entre ellos, el de los “forzadores de muger religiosa, viuda, doncella o casada”, que dichos autores identifican correctamente con el tipo recogido en la PART 7, título 20. Pero cuando a continuación clasifican los delitos públicos “por fuerza o violencia”, introducen dentro de los mismos a “los desfloradores de doncellas y robadores de mujeres; sobre lo qual hablan las leyes del tit. 19, Part.7”.⁵⁶ Como bien sabemos, el mencionado título de las PART alude a los que “yacen con mugeres de orden, o con viuda que viva honestamente en su casa, o con vírgenes por halago o engaño, no le haciendo fuerza”. No deja de sorprender que Asso y de Manuel introduzcan las “fuerzas” del título 20 de la PART 7 (“los forzadores”, dicen ellos) dentro de los delitos públicos “por escándalo” y no lo incluyan en el siguiente apartado de los “delitos públicos por fuerza o violencia” que es en donde le correspondería. Es evidente que podría tratarse de un simple error, pero dicho error se hace aún mayor cuando más adelante encuadran en el título 19 de la referida PART a los “desfloradores de doncellas y robadores de mugeres”.

En el título siguiente, Asso y de Manuel introducen un catálogo de delitos por orden alfabético con sus correspondientes penas, advirtiendo que muchas de ellas han sido alteradas por la práctica. Respecto a las conductas que ahora nos ocupan, del mismo modo que hemos hecho con los autores anteriores, podemos ordenarlas de la siguiente manera:

⁵⁵ Asso y del Río, J. I. de y M. de Manuel, *Instituciones del derecho civil de Castilla*, 5a. ed., Madrid, 1792, por la cual cito. La primera edición data de 1771.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 236-238.

| | | |
|---------------------------------|----------|--|
| Desfloro de doncella honesta | Desfloro | Dotarla, o casarse con ella; en la práctica se añade alguna pena arbitraria, según las circunstancias. |
| Desfloro cometido en despoblado | Desfloro | Pena de muerte; la práctica ha conmutado en presidio, minas, etc. según las personas y casos. |
| Desfloro de una monja | Desfloro | Pena de muerte, incluso la tentativa. |
| Forzador de mujeres | Forzar | Pena de muerte; aplicación de los bienes del autor a la mujer forzada |

En conclusión, Asso y de Manuel se encuentran más en la línea de Berní a la hora de utilizar el concepto de “desfloro” que, como sabemos, no aparece en los textos legales, y, lo que me parece más sorprendente, no aluden al rapto de una mujer, ya sea con intención de forzarla sexualmente o sin dicha finalidad.

Por último, J. Álvarez Posadilla diferenciaba, por un lado, el “estupro” y, por otro, lo que calificaba “del rapto de la fuerza”.⁵⁷ Estas conductas las hemos recogido en el siguiente cuadro:

| | | |
|---|---------|---|
| El coito carnal con virgen o viuda que vive honestamente. | Estupro | Dotarla o que se libre de la pena casándose; cuando el reo es persona de circunstancias condenándole a presidio con la dis-yuntiva de casarse. Se ha tomado por medio la pena o de presidio, o de dotar, o ambas cosas en caso que no quiera voluntariamente casarse. |
|---|---------|---|

⁵⁷ *Práctica criminal por principios, o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de la justicia*, Valladolid, 1794, ts. I y II; el t. III contiene un *Tratado de delitos y sus penas según la legislación de España*, Valladolid, 1802, pp. 201 y 202.

| | | |
|--|-------------------------------|--|
| Si la doncella no es aún <i>viripotente</i> , de modo que no pueda contraer matrimonio, o cuando son sujetos entre quienes no puede haber matrimonio, en cuyos casos serán penados según las circunstancias del caso y personas. | Estupro | Pena corporal arbitraria, sin exceder a la del adulterio cuando el marido la deja a disposición de la justicia (presidio). |
| Cuando la doncella fuese consagrada a Dios, si no hay fuerza, aunque haya extracción con consentimiento de ella. | Estupro | Ella castigada el monasterio; el estuprante incurre en la pena de galeras. |
| Coito carnal de alcaide sobre una mujer presa. | Estupro | Al arbitrio del juez según la clase de mujer, llegando a la pena capital si intervienen amenazas o fuerzas. |
| Cando algún criado en la casa de sus amos cometiese estupro con las hijas o parientes del amo. | Estupro | 200 azotes, si es plebeyo, y destierro si es hijodalgo. |
| Rapto de mujer honesta, virgen, viuda, casada o religiosa y acceso carnal a ella (coito carnal por fuerza). | Rapto para forzar (violación) | Si las personas ofendidas no piden, transigen, o perdonan, conmutado en galeras (N. R. 8, 11, 8). |
| Rapto de mujer honesta, virgen, viuda, casada o religiosa y acceso carnal a ella (coito carnal por fuerza) en despoblado. | Rapto para forzar (violación) | Si las personas ofendidas no piden, transigen, o perdonan, conmutado en galeras (N. R. 8, 11, 8). |
| Mujer que rapta a un joven. | Rapto para forzar | La misma pena que el hombre. |
| Desposado que viola con fuerza. | Violar con fuerza | Si las personas ofendidas no piden, transigen, o perdonan, conmutado en galeras (N. R. 8, 11, 8). |
| La fuerza sin rapto de lugar a lugar. | Fuerza | Si las personas ofendidas no piden, transigen, o perdonan, conmutado en galeras (N. R. 8, 11, 8). |

| | | |
|---|------------------|---|
| Violación con fin de matrimonio. | Violar | Pena más moderada al arbitrio judicial, que no sea corporal, por la transacción y concordia hecha con la parte. |
| Robar por fuerza con fin de matrimonio. | Robar por fuerza | Pena más moderada al arbitrio judicial, que no sea corporal, por la transacción y concordia hecha con la parte. |
| Violación de mujer deshonestas | Violación | Pena arbitraria según las circunstancias del violador y la violada. |

Álvarez Posadilla dentro del concepto de “estupro” distinguía hasta cinco conductas diferentes, pero en ningún momento alude al “engaño” o a la “seducción”. Para dicho autor el estupro era simplemente el “coito carnal con virgen o viuda que vive honestamente” con independencia de que hubiera mediado el halago o el engaño que expresamente recogían las PART. Álvarez Posadilla, sin embargo, introducía el caso de una doncella que no fuera “viri potente”, que, como se recordará, en los *Formularios* novohispanos se calificaba de “estupro inmaturo”. Los otros supuestos contemplados por este autor eran: el de la “doncella consagrada a Dios”, siempre que no hubiese “fuerza”, aunque la extracción se hubiera verificado con el consentimiento de ella; el caso ya conocido del estupro cometido por un criado con las hijas o parientas del amo; y, finalmente, el novedoso supuesto del estupro realizado por el alcaide de una prisión sobre una mujer presa.

A la vista de los textos normativos, doctrinales y de los formularios podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1o. Los textos legales (FR y PART) hacían un tratamiento sistemático conjunto del rapto y de la violación, entendiendo por ésta el “yacer” con una mujer con uso de la “fuerza”; pero mientras para el FR el acceso carnal mediante el uso de la fuerza requería previamente “robar” a la mujer, las PART —como también ya aparecía en el ESP—, por el contrario, separaron ambas conductas criminales. Luego el tipo contemplado en PART recogía en realidad dos acciones distintas: la de “robar” (raptar) y la de “forzar” (violar), que podían ir juntas o no. La conducta punitiva se debía perpetrar, aunque no necesariamente, sobre una mujer honesta (religiosa,

casada, viuda o virgen) y la fuerza podía verificarse con armas o sin ellas. La NR contempló una nueva situación, considerada de mayor gravedad: cuando la fuerza era perpetrada en yermo o despoblado sobre mujeres “no mundarias públicas” o, dicho de otro modo, mujeres honestas.

2o. Algunos prácticos consideraron, siguiendo a PART, que se debía hacer un tratamiento diferenciado entre el rapto (“robo”) y la violación (“fuerça”), sin embargo no todos coincidían en este punto:

a) Pradilla, el siglo XVII, denominaba “estupro”, por una parte, a cualquier coito ilícito por el que se desfloraba a una mujer virgen y doncella; pero también utilizaba este término para designar al coito ilícito “cometido con fuerça” o “en yermo” perpetrado tanto sobre una doncella, mujer casada o viuda. Bajo el “estupro” de Pradilla se englobaban, en realidad, dos conductas criminales distintas que eran diferentes al “rapto”: llevar mediante fuerza a una doncella, monja o viuda, que vivía honestamente, de una parte a otra. Aquí radicaba para Pradilla la acción del rapto, pues la finalidad del “robo” o rapto podía ser: bien llegar a tener acceso carnal con la raptada; bien casarse con ella, o, sencillamente, cualquier otro fin que no fuera el de tener relación sexual con la víctima. Y eran estas últimas acciones las que determinaban la gravedad de la sanción junto a otras circunstancias que podían concurrir, como el realizar el acto en yermo o despoblado. El “robo” o rapto podía realizarlo tanto un hombre como una mujer, aunque Pradilla reconoce que esto último es algo excepcional.

b) Elizondo sólo contempló el supuesto de “robo de mujer” (doncella o viuda honesta), con ánimo de tener acceso carnal con ella. En otras palabras: sólo era posible llegar a tener relación sexual si previamente se había producido el “robo” o rapto. No alude en ningún momento al estupro.

c) Berní, por su parte, tampoco hablará de “estupro”, sino que la acción de yacer con una mujer honesta (religiosa, casada, viuda o virgen) por medio de engaño (Part. 7, 19, 1-2), la denominaba “desfloro”, pero en ningún momento Berní aludirá al engaño o a la presencia o ausencia de fuerza; se limita a decir “desfloro de doncella honesta”. Sin embargo matiza que si “el desfloro se cometiere en yermo o des poblado”, entonces se incurre en la pena de muerte, es decir, si interviene esa circunstan-

cia, se agrava la sanción.⁵⁸ A continuación recoge el supuesto del que “roba muger honesta con intención de acceso” (Partidas, 7, 20, 3) y matiza que la “pena se limita en el caso de ser con ánimo de casarse y consentir la muger”.⁵⁹ Seguidamente alude al caso de acceso carnal con una “monja y, por ultimo, introduce el incesto”.⁶⁰ En consecuencia, para Berní lo verdaderamente relevante en este tipo de delitos era el “acceso carnal”. El bien jurídico protegido era la castidad y la honestidad de la mujer, de ahí que englobara todas estas conductas bajo el título de “desfloro”. Dicho término no significa únicamente la pérdida de la virginidad, como serían los casos de las doncellas y monjas “desfloradas”, sino también el acceso carnal con las casadas y viudas “honestas”, así como con las mujeres dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad (incesto). Para Berní toda mujer honesta “siempre se presume forzada”.

d) J. Marcos Gutiérrez sí diferenció entre el estupro (“concubinato voluntario con mujer virgen o doncella”), y el “robo” o raptó. Dentro de este tipo consideraba tres acciones: el “robo que se hace de alguna mujer con ánimo de corromperla, de casarse con ella, o de hacerla contraer alguna obligación”.⁶¹

e) Pérez y López fue el primero en definir el estupro como el acto carnal realizado con una mujer viuda que vive honestamente o con una soltera honrada “en el cual intervino seducción, pero no fuerza”. La seducción se convertía en el elemento esencial de la conducta delictiva, tal como tipificaban las PART (7, 19, 1). Esta acción era totalmente distinta a la de “robar con fuerza y violencia” para corromper y viciar a las mujeres solteras, casadas, religiosas y viudas honestas. Mientras en el estupro el sujeto pasivo quedaba reducido a las viudas honestas y a las solteras honradas, en el “robo con fuerza y violencia” podía ejercerse sobre cualquier mujer (soltera, casada, religiosa y viuda honesta).

f) Asso y de Manuel acudieron también al concepto de “desfloro” (de doncella honesta, cometido en despoblado o de una religiosa) como con-

⁵⁸ Berní fundamenta su aserto en Part. 7, 2, 3. Dejando a un lado el error en el título, que debe ser el 20 en lugar del 2, lo más sorprendente es que en PART no se hace referencia a la “fuerza” en yermo o despoblado, que procede, como sabemos, de la NR. Para Berní sí hay “circunstancias” que “agravan y disminuyen” los delitos, tal como reza el propio título de su obra.

⁵⁹ *Práctica criminal...*, p. 38.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, t. III, pp. 151 y 152.

trapuesto al de “fuerza” o “forzador de mujeres” para ser más exactos. Parece que es la “fuerza” o violencia el elemento que distingue ambas conductas, sin aludir a engaño o seducción.

g) Álvarez Posadilla diferenció igualmente entre “coito carnal por fuerza” y la “fuerza sin raptó”, aunque tuvieran la misma pena (Part. 7, 20, 3) y admitió la posibilidad —lo mismo que Pradilla— de que una mujer pudiera raptar a un joven. Ambos tipos, no obstante, los englobaba en un título un tanto ambiguo: *Del raptó de la fuerza*.⁶² Álvarez Posadilla distinguió ambas conductas del “estupro”: “coito carnal con virgen o viuda que vive honestamente” que se obtiene por “máquinas y engaños”.⁶³

En consecuencia, J. Pérez y López, J. Marcos Gutiérrez y Álvarez Posadilla parece que siguen más de cerca lo dispuesto en las PART. Por su parte, Berní consideraba una única conducta criminal, el desfloro, al que reconducía todas las situaciones previstas en las PART y NR (estupro, violación, raptó e, incluso, el incesto). Asso y de Manuel, aun tomando también el concepto de “desfloro”, lo contraponen al de “fuerza”. Finalmente, para Pradilla, la “fuerza” o violación era conducida a una modalidad de estupro, y la diferenciaba del “robo” o raptó, el cual necesariamente no tenía que perseguir una relación sexual como se establecía en las PART.

3o. Los autores de los *Formularios* novohispanos que hemos manejado siguieron sólo parcialmente a las PART. Distinguieron varios “tipos”: el estupro (el que “viola a una doncella, aunque sea con su gusto, y que precede algún engaño”); la violación propiamente dicha (“violar con violencia”), el raptó (“hurtar muger ajena”) y el raptó con el fin de violar (“hacer fuerza”).

Esta diversidad de criterios a la hora de entender la legislación se traduce, como hemos podido comprobar, en que no existía una terminología uniforme entre los prácticos a la hora de calificar las distintas acciones, ni siquiera en admitir los mismos tipos legales. No había, pues, una dogmática uniforme y aceptada por todos los prácticos, quienes, además, no coincidían tampoco a la hora de proceder a la elaboración del sistema sobre la base de unos mismos textos legales. Esto dificulta el análisis de los conceptos que aparecen en los *Libros de reos* en la medida que es preciso indagar el sentido con el que fueron utilizados dichos conceptos

⁶² *Ibidem*, t. III, pp. 201-203.

⁶³ *Ibidem*, t. III, pp. 197-200.

cuando fueron consignados en sus correspondientes asientos. Ello nos lleva indefectiblemente a tener que analizar previamente las penas legales establecidas para el “robo” y “fuerça” de una mujer.

V. PENAS LEGALES Y PENAS ARBITRARIAS

El FR había establecido diversas sanciones en función de la gravedad de la conducta realizada. Veámoslas:

| | |
|--|---|
| Llevar a una mujer soltera por la fuerza para hacer con ella fornicio y lo hiciera (F. R. 4, 10, 1). | Pena capital. |
| Llevar mujer soltera por la fuerza “e non yogiere con ella” (F. R. 4, 10, 1). | Pague 100 maravedís; si no tuviera con qué pagarlos, pérdida de sus bienes y permanezca en prisión hasta que pague. |
| Si varios reunidos se llevasen alguna mujer por la fuerza, si todos “yoguieren” con ella (F. R. 4, 10, 2). | Pena capital. |
| Si sólo uno fuese el forzador y “yoguiere” con ella (F. R. 4, 10, 2). Los otros que fuesen con él (F. R. 4, 10, 2). | Pena capital. Pague cada uno 50 maravedís. |
| El que llevare o robare mujer casada por la fuerza aunque “non aya que ueer con ella” (F. R. 4, 10, 3). | Pasen todos sus bienes a manos del marido y que éste haga con el forzador y con sus bienes lo que quisiere; pero si tuviese hijos o nietos, que hereden lo suyo, y haga el marido con el cuerpo del forzador lo que quisiere. |

| | |
|--|--|
| El que llevare por la fuerza esposa ajena y “ante que aya que ueer con ella le fuere tullida” (F. R. 4, 10, 3). | Todos los bienes pasen a manos del esposo y de la esposa por mitad; si no tuviera nada o muy poco, pase al manos de ellos de manera que le puedan vender, si no tuviese hijos o nietos; si los tuviera, que hereden lo suyo y que el forzador quede en manos del esposo y de la esposa para que lo vendan. |
| El que monja o mujer de orden religiosa llevare por la fuerza, “quier que aya que ver con ella quier non” (F. R. 4, 10, 4). | Pena capital. Si tuviera hijos o nietos, que hereden lo suyo; si no los tuviera, los bienes sus bienes se reparten por mitades entre el rey y el monasterio de la monja. |
| Los parientes que, mientras el padre vive, aconsejaren o consintiesen que alguna mujer fuera llevada por fuerza F. R. 4, 10, 5). | La misma pena que F. R. 4. 10, 4, a excepción de la pena capital. |
| Los hermanos o parientes que después de la muerte del padre entregan la mujer al robador o consienten que se la lleven (F. R. 4, 10, 5). | Paguen la mitad de sus bienes a la que fue llevada por la fuerza. |
| El padre o la madre, o ambos, que consienten o aconsejasen el robo de su hija desposada (F. R. 4, 10, 6). | Pagarán al esposo el cuádruplo de lo que hubieran tenido que dar en la boda con su hija, la mitad para el esposo y la otra mitad para el rey. |

A la vista del cuadro podemos comprobar cómo siempre que el rapto iba seguido del acceso carnal, el FR establecía la sanción más severa: la pena capital. Ya si se trataba de una mujer soltera, ya sin tener necesariamente la mujer dicho estado, pero el crimen era perpetrado por un grupo de individuos y todos “yogüieren” con ella, los autores eran merecedores de la máxima pena. De la misma manera, en este último supuesto de rapto cometido por un grupo de individuos, si sólo uno de ellos había tenido relación sexual, la pena de muerte sólo se aplicaba a este último. También era considerada de máxima gravedad y, en consecuencia, sancionada con la pena capital, la fuerza perpetrada sobre una religiosa, con independencia de que se llegara o no a tener el contacto sexual. Por el contrario, cuando se trataba de

una mujer casada el Fuero Real optó por una dura pena pecuniaria (pérdida de todos sus bienes), aunque no se hubiese producido el acceso carnal. De la misma manera, si la “leuada por fuerça” era una desposada y no se llegaba a consumir la relación sexual, se imponía al autor del crimen la misma sanción de la pérdida de todos sus bienes. Se entiende que si el forzador perpetraba el “fornicio”, estábamos entonces ante el caso de la ley 1a. y se le aplicaba la pena capital. Los restantes supuestos previstos en el FR estaban sancionados con penas pecuniarias.

Las Partidas (7, 20, 3) sancionaron igualmente de manera muy severa estas conductas:

| | |
|---|---|
| Robar (raptar) una mujer viuda de buena fama, o virgen, o casada o religiosa. | Pena capital. Todos los bienes del raptor a la víctima. |
| Yacer por fuerza con mujer viuda de buena fama, o virgen, o casada o religiosa. | Pena capital. Todos los bienes del violador a la víctima. |
| Si después del rapto o la violación, la mujer, no siendo casada, de su agrado, se casase con el autor del crimen. | Los bienes del forzador deben pasar a los padres de la víctima, si éstos no consintieron ni en la fuerza ni en la boda. Si consintieron, dichos bienes deben ir a la Cámara del rey. De dichos bienes se deben sacar: 1o. Las dotes y arras de la mujer del forzador. 2o. Las deudas contraídas hasta el momento de la sentencia. Si la víctima fuese religiosa, los bienes del forzador deben ir al monasterio |
| Si alguno robase su esposa por fuerza, sin estar casado con palabras de presente, tiene la misma pena que el forzador de una mujer. | Pena capital. Todos los bienes del raptor para la víctima. |
| Los cómplices de las acciones anteriores. | La misma pena que el autor. |
| Si se fuerza a alguna mujer no comprendida entre las señaladas (viuda de buena fama, virgen, casada o religiosa). | Pena arbitraria, teniendo en cuenta la condición del que hizo la fuerza, la mujer que forzó y el tiempo y el lugar en que lo hizo. |

Se pueden apreciar algunos cambios sustanciales entre la punición recogida en el FR y la que se plasmó en las PART. Dejando a un lado la

nueva orientación a la hora de establecer la relación entre el rapto y la violación, que hemos tenido ocasión de analizar más arriba, tampoco entre el FR y las PART hay coincidencia absoluta a la hora de prever situaciones. Ello queda reflejado en el siguiente cuadro:

| <i>Tipo delictivo</i> | <i>Pena del Fuero Real</i> | <i>Pena de las Partidas</i> |
|--|---|-----------------------------|
| Rapto y violación de mujer soltera. | Muerte. | Muerte y pérdida de bienes. |
| Rapto sin violación de mujer soltera. | Pecuniaria (100 maravedis). | Muerte y pérdida de bienes. |
| Rapto en grupo y violación. | Muerte. | |
| Rapto en grupo sin violación. | Pecuniaria (50 maravedis). | |
| Rapto sin violación de mujer casada. | Pérdida de bienes. | Muerte y pérdida de bienes. |
| Rapto de esposa ajena sin violación. | Pérdida de bienes. | |
| Rapto de religiosa con o sin violación. | Muerte. | Muerte y pérdida de bienes. |
| Parientes que aconsejan o consienten el rapto en vida del padre de la mujer raptada. | Pérdida de bienes. | |
| Parientes que entregan o consienten el rapto después de la muerte del padre de la mujer. | Pérdida de mitad de sus bienes. | |
| Padres que consienten o aconsejan el rapto de su hija desposada. | Pecuniaria (cuádruplo de la dote de la hija). | |
| Rapto de viuda de buena fama. | | Muerte y pérdida de bienes. |
| Violación de viuda de buena fama. | | Muerte y pérdida de bienes. |
| Violación de mujer casada. | | Muerte y pérdida de bienes. |
| Rapto y violación con boda posterior. | | Pérdida de bienes. |

| | | |
|---|--|-----------------------------|
| Rapto de mujer no viuda de buena fama, ni virgen, ni casada ni religiosa. | | Pena arbitraria. |
| Violación de mujer no viuda de buena fama, ni virgen, ni casada ni religiosa. | | Pena arbitraria. |
| Rapto de esposa propia. | | Muerte y pérdida de bienes. |
| Cómplices de rapto y/o violación. | | Misma pena que el autor. |

Varias conclusiones podemos obtener del cuadro anterior. En primer lugar, se aprecia un incremento considerable de la punición⁶⁴ en PART respecto al FR en los pocos tipos en que coinciden. En segundo lugar, el tratamiento de las PART es mucho más completo que el del FR, si exceptuamos los supuestos en los que los parientes o los padres de la víctima aconsejaron o consintieron el rapto y la violación, y cuando el delito era perpetrado por un grupo de individuos. A la vista de estos datos nos surge nuevamente el interrogante planteado con anterioridad acerca del cambio tan sustancial que se percibe en PART respecto a un texto redactado apenas diez años antes. Es cierto que la finalidad del FR era mucho menos ambiciosa que la de las PART, pero el hecho de que un texto jurídico se elabore con la pretensión de cubrir un reducido ámbito territorial—el FR se concibió como fuero municipal— no quita que dicho texto aspire a ser técnicamente perfecto. Ello nos lleva a pensar que el o los juristas que elaboraron el FR fueron distintos de los que participaron en la redacción de las PART.⁶⁵ Si todavía el cambio de criterio antes apuntado—la desvinculación de la violación respecto al rapto— podía pensarse que se trataba de una interpolación introducida con posterioridad a la redacción alfonsina de las PART, el tratamiento tan distinto que se observa en PART respecto al FR a la hora de tipificar las acciones delictivas sólo se explica por la diferente autoría de uno y otro cuerpo normativo. En

⁶⁴ Esta tendencia a incrementar la sanción en los casos de violación se manifiesta también en las Leyes del Estilo (Ley 122) en la que el monarca sustituye la pena de salir por enemigo que se recogían en algunos fueros por la pena de muerte prescrita en el Fuero Real.

⁶⁵ Para el autor del Fuero Real véase Martínez Díez, G., *Leyes de Alfonso X. II. Fuero Real*, Ávila, 1988, pp. 104-106.

cualquier caso, no conviene olvidar que hasta la segunda mitad del siglo XIV las PART no tuvieron fuerza legal y no se impusieron plenamente hasta mediados del siglo XVI.

Pero al mismo tiempo que el viejo Código alfonsí ganaba terreno frente a los obsoletos fueros municipales, incluido el FR, los juristas eran conscientes de que en el aspecto del derecho criminal las PART mostraban para algunos delitos una dureza punitiva no acorde con los tiempos. Los jueces, gracias a la discrecionalidad que le permitía el arbitrio judicial, podían modificar las penas contenidas en las Partidas a pesar de su carácter de “legales”.

Todavía en el siglo XVII, según testimonio de Pradilla, cuando el estupro —recuérdese el peculiar planteamiento de este autor— era cometido con “fuerça” o en yermo sobre cualquier mujer, ya fuera doncella, casada o viuda, era castigado con la pena de muerte y sus bienes aplicados a la víctima.⁶⁶ En consecuencia, se aplicaban las penas de PART. Tampoco Pradilla se separó del mencionado cuerpo legal a la hora de tratar la pena en la que incurría que el violase a una monja.⁶⁷

A mediados de la centuria siguiente ya se había producido el cambio. En efecto, Berní —la primera edición es de 1745— señalaba que si el “desfloro” se cometía en yermo o despoblado, se incurría en la pena de muerte. Berní cita erróneamente PART 7, 2[0], 3, cuando en realidad, como sabemos, debía haber citado la NR 8, 13, 2. Y lo interesante viene a continuación cuando añade: “y la práctica ha temperado el castigo, conmutándolo con presidio, galeras, minas, etcétera, según las personas y casos”. Acto seguido Berní se refiere al rapto con intención de violación: “El que roba muger honesta, con intención de acceso, incurre en dicha pena de muerte, L. 3, tit. 2[0], Part. 7, cuya pena se limita en el caso de ser con animo de casarse y consentir la muger”. Por último añade: “El intentar o tener acceso con monja merece la pena de muerte”.⁶⁸ En otras palabras, a mediados del siglo XVIII la pena de muerte sólo se mantenía para las violaciones cometidas en yermo o despoblado, los raptos seguidos de violación y las violaciones consumadas o simplemente intentadas con una monja.

⁶⁶ *Suma de la leyes penales...*, cit., pp. 3r-v.

⁶⁷ “Y por el derecho civil, y del Reyno tiene pena de muerte, aun sólo por intentarlo y procurarlo.... Y asi mismo los bienes de tal reo y delincuente son aplicados al monasterio”, *op. cit.*..., pp. 3v-4r.).

⁶⁸ *Práctica criminal...* pp. 37 y 38.

Mucho menos explícito fue Elizondo en su breve catálogo de delitos quien, como sabemos, se limitó a recoger la figura del rapto con intención de violación consignando para el reo la pena de muerte.⁶⁹ Por su parte Pérez y López recordaba que la que “*Lex Julia de vi publica*, condena a la pena capital a los que robasen por la fuerza muger viuda o soltera, y a los que les diesen auxilio; y permite a los padres, parientes, tutores y curadores de la muger robada y estuprada que maten al estuprador, y a los que le ayuden y defienden. Lo qual se entiende aun quando la muger consintiese en el robo, pues la fuerza y violencia se hace a los padres y personas a quienes les interesa guardarla, y se presume que si ella no es forzada, es lo a menos seducida y engañada, el qual no es menor delito que el de la fuerza y violencia...”. Y a continuación añadía:

La Ley de Partida iguala en la pena al forzador de muger viuda y soltera con el robador y estuprador, y dispone sea de muerte, quedando todos sus bienes a favor de la forzada o robada, a no ser que casase con ella, pues entonces los bienes serán del padre. La misma pena impone a los que dan auxilio... Tanto las leyes Romanas como las Canónicas y las Reales de España castigan con el mayor rigor a los que roban con fuerza y violencia, corrompen y vician a las mugeres solteras, casadas, religiosas y viudas honestas.⁷⁰

Asso y de Manuel, en su relación alfabética de delitos y penas se limitaron a recoger la pena legal recogida en las Partidas para el “forzador”: pena de muerte y aplicación de los bienes del autor para la mujer violada.⁷¹ Sin embargo, J. Marcos Gutiérrez, tras comentar las leyes del Fuero Juzgo, FR y las PART con sus respectivas penas, añadía: “Pero en el día se impone a los forzadores de mugeres, no resultando herida u otra desgracia, la pena de presidio o galeras, según sean las personas y las circunstancias del delito...”.⁷²

⁶⁹ “El que llevare muger doncella, o viuda honesta de una parte a otra con ánimo de conocerla carnalmente, incurre en la pena de muerte, y perdimiento de sus bienes, aplicados a la muger robada”. Elizondo cita como fuente a Pradilla, cap. VII, y Partida 7, 2[0], 3. Cfr. lo que dice Elizondo con el texto de la ley de Partidas por él citada, pues en dicha disposición no se contempla el rapto con intención de violación como sí se recogió en Fuero Real.

⁷⁰ Pérez, A. J. y López, *Teatro de la legislación...*, t. XIV, pp. 400-406.

⁷¹ *Instituciones del derecho civil de Castilla*, cit., pp. 236-238.

⁷² *Práctica criminal...*, cit., t. III, p. 155.

En sentido similar se expresaba Echebarría al recoger la figura del “forzador de mugeres”: “El que forzare a alguna mujer que sea doncella, casada o viuda honesta, tiene según la ley 3 tit. 20 Part. 7 pena de muerte, y se aplican sus bienes a la forzada, o a su monasterio siendo monja, cuyas penas tiene conmutadas la práctica en la de galeras, minas, presidio, etc., a proporción de la fuerza, tiempo, lugar y circunstancias de su ejecución”.⁷³

Álvarez Posadilla también se hizo eco de la divergencia entre las penas legales y las aplicadas por los jueces para estos casos. En este sentido, el mencionado autor va enumerando los diferentes supuestos: raptos seguidos de violación “de muger honesta, virgen, viuda, casada o religiosa”; violación en despoblado; raptos de un joven por parte de una mujer y violación sin raptos, para todos estos casos, según la legislación (FR, PART y NR) correspondía la pena de muerte, pero inmediatamente el interlocutor pregunta “¿Y hoy se impone la pena capital a los raptos y violadores?”; la contestación no puede ser más tajante: “Quando las personas ofendidas no piden, transigen o perdonan estos delitos, se hallan conmutados en galeras según la ley 8, tit. 11, lib. 8 de la Recopilación.⁷⁴ léela con reflexión y verás como se hallan conmutadas, a no ser que sean tan frecuentes estos casos de raptos que interese a la República el castigo severo de ellos”. Y aún se pide una aclaración: “¿Y el que se casa con la que viola o roba por fuerza se liberta de la pena?” A lo que se le responde: “En rigor de derecho no; pero hoy se le impone una pena más moderada al arbitrio judicial, que no sea corporal, por transacción y concordia hecha con la parte”. E insiste el interlocutor: “Supongo que la pena de las leyes de Partida moderada por la de la Recopilación que conmuta las mas de las penas capitales en galeras, se entiende quando la fuerza se hiciere con muger honesta...”.⁷⁵

⁷³ *Manual alfabético de delitos y penas...*, cit., pp. 48 y 49 (ed. Sevilla, 2007, pp. 56 y 57).

⁷⁴ La mencionada ley recogía una Pragmática de Felipe II fechada en 1566: “Mandamos, que así en los hurtos calificados, robos, y salteamientos en caminos, o en campo, y fuerças y otros delitos semejantes, o mayores, como en otros cualesquier delitos de otra cualquier calidad, no siendo los delitos tan calificados y graves que convenga a la República no diferir la execución de la justicia y en que buenamente puede auer lugar comutación, sin hazer en ello perjuyzio a las partes querellosas, las penas ordinarias le sea comutadas en mandarlos ir a servir a las nuestras galeras por el tiempo que pareciere a las nuestras justicias, según la calidad de los dichos delitos” (N. Recop. 8, 11, 8).

⁷⁵ *Práctica criminal...*, cit., t. III, pp. 201 y 202.

En conclusión, desde la segunda mitad del siglo XVIII se detecta un cambio de orientación por parte de los jueces quienes reservaban la pena de muerte para aquellos casos que se consideraban de mayor gravedad: raptos seguidos de violación, violación en despoblado y violación unida a “herida u otra desgracia”. Pero si mediaba concordia o perdón de la parte ofendida, ni siquiera en estos casos se imponía la pena de muerte. Ésta se solía conmutar, al arbitrio del juez, por la de galeras o presidio atendiendo siempre a la condición social del reo y a las circunstancias que rodearon al delito.

El redactor del *Formulario* novohispano, elaborado a mediados del siglo XVIII, no recogió la variada casuística plasmada en las PART, sino que dentro de esta nueva orientación que hemos señalado, bajo el epígrafe de “raptos”, se limitó a consignar tres conductas: el “que viola con violencia”, el que “hurta muger agena” y el que le “hace fuerza”, pero dichos supuestos únicamente tenían “pena de vida” cuando se cometían “en el campo, con arma”.⁷⁶

VI. LOS LIBROS DE REOS

Una vez que hemos podido desentrañar el contenido de los conceptos empleados por los textos legales, los formularios y los prácticos criminalistas castellanos, estamos en condiciones para proceder al análisis de *Libros de reos* (LR). No obstante, no podemos olvidar que la confección de dichos libros se debía a los jueces que no tenían idéntica formación jurídica. No se han conservado, que sepamos, los libros de reos correspondientes a los cuarteles de los alcaldes del crimen. En ellos, debemos presumir, que las calificaciones dadas a los delitos cometidos por los reos capturados se hacían de acuerdo al nivel técnico que tenían dichos alcaldes. Por el contrario, en los cuarteles correspondientes al corregidor —no siempre éste era letrado— y a los alcaldes ordinarios de la ciudad, los LR podían reflejar un nivel de conocimientos jurídicos inferior y, por qué no, hasta vulgar a la hora de consignar las calificaciones de los delitos en sus correspondientes libros. De ahí la importancia de precisar las diferentes acepciones que se encerraban detrás de cada uno de los conceptos.

⁷⁶ *Formulario de causas criminales...*, cit., p. 129.

En los *Libros de reos* (LR) el término “violación” aparece en 32 ocasiones: en 5 asientos se recoge sólo, sin ningún otro sustantivo o calificativo;⁷⁷ una sola vez se consignó en participio “violada”,⁷⁸ haciendo, obviamente, referencia a la víctima del ataque. En los restantes casos el término “violación” viene acompañado de alguna otra palabra u otra conducta delictiva: “violar la virginidad”,⁷⁹ “extraer de su casa y violación”,⁸⁰ “rapto y violación”,⁸¹ “violación e incontinencia”,⁸² en varias ocasiones se hace alusión a los actos previos de la ejecución del delito: “intento de violación”,⁸³ “escándalo e intento de violación”,⁸⁴ “embriaguez e intento de violación”⁸⁵ o “en la calle intento de violación”,⁸⁶ y tampoco falta algún supuesto en donde la violación sólo se presume: “violación presunta”.⁸⁷ Por el contrario, a la hora de calificar los delitos, el concepto legal de “forzar” sólo lo encontramos en dos ocasiones: “forzar una mujer” y “forzar una señora”.⁸⁸

Comencemos por aquellos cinco registros en los que sólo se consignó el sustantivo “violación”. Llama la atención que los cinco asientos proceden todos del LRAO 1795. En el primero de los supuestos, el alcalde y licenciado Santiago Allés sentenció al castizo José Vicente Rodríguez a la entrega de ocho pesos a la madre de Eligia Marchena, de catorce años, por haberla “violado”. El reo negó dicha acción y se limitó a confesar que la había llevado del brazo a la puerta de un zaguán, pero que “por tal de salir de la prisión, se casará con ella”. La agraviada fue entregada en depósito a sus amos por orden del juez. Un mes y medio más tarde, ha-

⁷⁷ LRAO 1795 f. 52r. LRAO 1795 f. 58r.; LRAO 1795 f. 76r.; LRAO 1795 f. 89r.; LRAO 1795 f. 109r.

⁷⁸ LRCO 1798 f. 235v.

⁷⁹ LRAO 1795 f. 81v.; LRAO 1796, 14 noviembre, f. 138v.; LRAO 1798, 3 marzo, f. 19r.; LRAO 1798, 23 julio, f. 60v-61r.; LRAO 1798, 4 agosto, f. 64r.; LRAO 1798, 14 diciembre, f. 87v. LRAO 1798, 17 diciembre, f. 88v.

⁸⁰ LRAO 1795, f. 106v.; LRAO 1795 n. 199, f. 43v.; LRAO 1796, n. 214, f. 47r.; LRCO 1798, 31 agosto, ronda.

⁸¹ LRCO 1798, 31 mayo, ronda.

⁸² LRAO 1795, f. 99v-100r.; LRAO 1796, 14 noviembre, f. 138v.; LRAO 1798, 14 diciembre, f. 87v.; LRCO 1798, f. 108r-v.; LRCO 1798, f. 154v.

⁸³ LRCO 1798, f. 134r-v.

⁸⁴ LRCO 1798, f. 295v-296r.

⁸⁵ LRCO 1796, n. 439, f. 57r-58v.; LRCO 1798, f. 29r.

⁸⁶ LRCO 1798, f. 308v.

⁸⁷ LRCO 1798, f. 290r.

⁸⁸ LRAO 1795, n. 40, f. 9r.; LRAO 1795, f. 123r.

biendo satisfecho el reo a la madre de Eligia Marchena los ocho pesos dispuestos por el juez, quedó José Vicente Rodríguez en libertad.⁸⁹ La pena impuesta al mencionado reo, como se podrá comprobar, no coincide con ninguna de las establecidas en los cuerpos legales analizados y aunque ocho pesos suponían una cantidad considerable, se encuentra muy lejos de las sanciones pecuniarias legales. Todo induce a pensar que no se trata de una “fuerza” o violación, sino que más bien de un estupro si tenemos en cuenta que José Vicente aceptó casarse con Eligia y dotarla con ocho pesos.

El guarda del alumbrado Francisco Contreras, castizo, soltero de 21 años, fue detenido por “violación”. El alcalde sancionó al reo por su conducta a un mes de obra pública y a entregar una indemnización a la querellante de diez pesos, “a menos que ésta se lo remita”. La madre de la víctima, asentó que Contreras había “violado” a su hija, circunstancia que aquél negó; pero posteriormente confesó siete meses de “incontinencia” y haberla “cogido” soltera. Contreras dice que se arrepiente de ello pues dice haber sorprendido a Anastasia Arellano besándose con un tal Pedro; Anastasia reconoció que aunque el tal Pedro estaba en su casa, nunca le besó ni tuvo trato alguno con él. Dos meses después de haber sido detenido, Contreras fue puesto en libertad al comparecer la madre de Anastasia y notificar al juez que se había “compuesto” con el reo.⁹⁰

Nos encontramos con un caso análogo al anterior en que el término “violación” se utiliza como sinónimo de acceso carnal sin mediar violencia. La sanción pecuniaria se ha elevado de ocho a diez pesos y, además, el licenciado Allés sentenció al reo con un mes de obra pública. Esta pena, en mi opinión, debe relacionarse con el hecho de que Contreras confesó en un segundo momento llevar siete meses de incontinencia con Anastasia Arellano, motivo que, sin duda, fue apreciado por el juez a la hora de aplicar el correspondiente castigo.

En el tercer caso se vio afectado el español José María Rivera, soltero, de 16 años y carpintero de oficio. Según consta en el asiento, dicho reo había sido “remitido por el Alcalde Riofrío por haver violado a una muchacha nombrada María Rebollo, a lo que dice que, aunque la ha conocido dos ocasiones carnalmente, no sabe si la perdió, pero está llano a casarse con ella”. El hecho de que el reo fuera un español ya implicaba un

⁸⁹ LRAO 1795 f. 52r

⁹⁰ LRAO 1795 f. 58r.

trato diferenciado con respecto a los individuos de otras etnias (indios, castizos, mestizos...). Estas diferencias ya las puse de manifiesto cuando estudié los casos de embriaguez y robo. Se puede observar que en esta ocasión no se le impuso al reo ninguna pena pecuniaria; bien es cierto que reconoció su relación sexual con la víctima y, lo que es más importante, accedió a casarse con ella. De ahí que José María Rivera saliera “vajo fianza que otorgó D. Felipe de la Cruz”.⁹¹ En consecuencia, el uso del término “violación” no se hizo como sinónimo de acceso carnal mediante “fuerza”.

El indio Doroteo Antonio, casado, peón de campo, fue detenido bajo la acusación de violación. El reo negó la violación y declaró “que como dies ocasiones hubo acto torpe con ella a causa de que su muger le havia abandonado”. Desafortunadamente, la parquedad del registro nos impide conocer más de este caso que, a diferencia de los anteriores, afectaba a un hombre casado. Lo cierto es que el alcalde decidió en esta ocasión abrir una causa al reo por considerar, sin duda, que concurrían elementos constitutivos de un delito de mayor gravedad, tal vez adulterio, habida cuenta la condición de casado de Doroteo Antonio⁹² pero no por el hecho de que se hubiera producido una violación con violencia.

Una situación similar nos encontramos en el último de los asientos de este grupo. José Antonio Serna, del que no sabemos ni su etnia, estado civil ni edad, fue acusado de “haver violado a Ma. Petra López, mestiza, soltera de 19 años”. Sin que aparezca ninguna otra referencia en su registro el escribano se limitó a consignar “hay causa”.⁹³ La incoación de causa permite pensar que en este caso sí pudo existir “fuerza” sobre Petra López, aunque tampoco se puede descartar la posibilidad de que pudiera deberse a la negativa del reo a contraer matrimonio.

A la vista de estos cinco supuestos podemos concluir que cuando era utilizado el término “violación”, éste no llevaba implícita necesariamente una connotación de violencia, sino que todo parece indicar que era sinónimo de “acceso carnal” tal como se hacía en los *Formularios*. Nos queda abierto el interrogante del último caso en el que el alcalde Allés decidió incoar causa al reo, señal inequívoca de la gravedad de su conducta.

⁹¹ LRAO 1795 f. 76r.

⁹² LRAO 1795 f. 89r.

⁹³ LRAO 1795 f. 109r.

En cuatro ocasiones en los LR aparece consignado “extraer de su casa y violación”. En la primera de ellas, el español Juan José González, soltero de 19 años, bacinero, fue detenido “a pedimiento de d. Vicente Elizalde por haverle extraído a una hija nombrada D. Juana Ma., a quien confiesa haver violado con palabra de casamiento y estara pronto a cumplirla”. Es evidente, a la vista del texto, que tampoco nos encontramos ante una acción violenta de raptó seguida de violación, sino que se trata de un caso de lo que en la actualidad denominamos “estupro”. Casi con toda seguridad la extracción de Juana María fue con aquiescencia de la misma, con lo que la extracción no fue violenta o mediando “fuerça”. No obstante, al proceder la querrela del padre de la estuprada, el alcalde ordenó que “perfecta la sumaria” del proceso se le diese cuenta.⁹⁴

El sastre español, soltero, de 19 años, José Berma fue detenido a “pedimiento de Pedro Vosa, quien le acusa de haverle extraído de su casa, y violarle su virginidad, a una sobrina que tiene nombrada Melchora”; hechos que el reo se negó a admitir. Al igual que en el caso anterior, no aparece que estemos ante una la violación perpetrada con fuerza. Lo cierto es que el alcalde ordinario admitió la querrela de Pedro Vosa y ordenó que se formara la correspondiente causa “y el querellante dentro de tercero día justifique”.⁹⁵

Faustino Cervantes, panadero, español, soltero y María Josefa Farján fueron “presos por haverse extraído el hombre a la mujer de la ciudad de Queretaro, su patria, y haverle violado su virginidad en cuios particulares estan confesos”; “y la muger en haverse benido boluntariamente y prestado su consentimiento para que la violare manteniendose como dos meses en ilícita amistad; y están llanos a casarse”. Estamos de nuevo ante un supuesto similar a los anteriores en donde la mujer había consentido la extracción de su casa y a la “violación”. Al ser ambos españoles y estar dispuestos a casarse, el fallo del juez se redujo a dejar bajo fianza a Cervantes, mientras realizaba las diligencias de la boda, y a María Josefa en depósito.⁹⁶

María Ignacia Cárdenas, española, sortera de 20 años, fue detenida junto al comerciante, también español, soltero, José Joaquín Pedraza, de 21 años, “por haver violado el segundo a la primera y estraviandolsela

⁹⁴ LRAO 1795, f. 106v.

⁹⁵ LRAO 1795 n. 199, f. 43v.

⁹⁶ LRAO 1795 n. 214, f. 47r.

del lado de sus padres en su tierra. Los reos están confesos asentando que los referidos excesos los an cometido con hanimo de casarse, lo qual estan pronto a executar siempre que D. Juan José Cardenas, padre de la primera preste su consentimiento, lo qual a resistido asta el dia sin merito alguno”. El juez ordenó que librara un exhorto a la Justicia de Tlalmanalco y pocos días después se consignó en el correspondiente LR que “ya la Cardenas no quiere casarse, librese oficio al subdelegado de Chalco para que dentro de cinco días contados desde hoy debuelva el exorto y haga comparecer al padre de la reo apersivido este”.

Los cuatros supuestos analizados vienen a confirmar lo que venimos diciendo respecto a la acepción del término “violación”. El hecho de que se consignara en los registros la “extracción” de la mujer de su casa, podría hacernos pensar en un raptó, pero dichas extracciones se verificaron con consentimiento, sin ningún tipo de fuerza, y también accedieron —suponemos que gustosas— a su “violación”.

Menos problemas presentan los siete asientos que aluden a “violiar la virginidad”. José Manuel Ortega, castizo de 25 años y soltero fue apresado junto a María Dolores Díaz, castiza, soltera de 18 años, “el hombre por haverse extraido a la mujer de su casa y violarle su virginidad, que habrá seis meses que sucedio este lance; y haviendose ido a la ciudad de Toluca allá los aprehendieron y por no haver convenido la mujer en el matrimonio echaron al hombre y le volvieron a juntar en esta corte y ahora estan llanos a casarse”. Se trata de un nuevo caso de estupro en el que el alcalde dispuso que se verificaran las correspondientes diligencias para la boda.⁹⁷

De la misma manera, Miguel Ortiz, castizo mestizo, soltero de 25 años y arriero de oficio, fue detenido “por el alcalde D. Ramón de la Rosa, a pedimiento de D. Dionicio Fuentes (amo del reo) por haver violado a una sobrina de este, nombrada Juana García; en lo que está confeso el reo y en seis meses de incontinencia”. En este supuesto nos encontramos con que a la acción de haber “violado” a Juan García, se añade la circunstancia de seis meses de incontinencia, por lo que el alcalde ordenó que se formara causa a Miguel Ortiz.⁹⁸

Mucho más interesante es el caso de la india María Dominga de la Calzada, soltera de 20 años, que fue detenida a petición de su tía Brígida

⁹⁷ LRAO 1795, f. 81v.

⁹⁸ LRAO 1796, 14 noviembre f. 138v.

Fragoso por “estar grávida, lo que confiesa la rea; quien declara que quien le violó su virginidad fue Mariano García sin palabra de casamiento”.⁹⁹ Días más tarde, Mariano García era detenido a “pedimiento de Brígida quien le acusa de haverle violado su virginidad a Ma. Dominga de la Calzada, de cuyas resultas se halla grávida, lo que niega el reo, sin embargo de habérselo sostenido en su cara, asentando dicho reo que Brígida la cogió en Miscalco encerrada con un mestizo”. Finalmente, el juez dictaminó que “en atención a haver resultado de la comparecencia que el presente reo no le violó su virginidad a Ma. Dominga, póngase en libertad”; simultáneamente el alcalde ordenó que se le formara causa a Dominga.¹⁰⁰

Como se puede observar, en este supuesto la “violación” de la virginidad se había producido “sin palabra de casamiento”. A sensu contrario, al no haberse producido “engaño”, podemos pensar que la violación se produjo con “fuerza”, pero del careo realizado se comprobó la inocencia del reo, por lo que el juez decidió abrirle causa a María Dominga, tal vez por acusación falsa.

“Por pedimento de Francisca Ruíz, que le demanda su virginidad” el boticario español Ignacio Sánchez, soltero de 23 años, fue detenido. El reo negó la demanda, aunque reconoció que “se mezcló con ella, fue por haverle rogado, siendo soltera”. El juez falló disponiendo que la agraviada formalizara su queja para iniciar de esta manera la causa.¹⁰¹ Todo parece indicar que nos encontramos nuevamente ante un caso de estupro más que de violación propiamente dicha.

José Arriola, pintor, indio de 19 años, soltero y Fernanda Baladés, castiza mestiza, fueron “apresados por el cabo quarto a la una y tres cuartos de la mañana, porque los encontró en su ramo; el primero confiesa haver violado a la segunda y ambos están llanos a casarse”. Por esta causa, el juez dispuso que se practicasen las diligencias en la forma ordinaria y José salió bajo fianza durante dos meses bajo la custodia de su maestro.¹⁰² Del mismo modo, por haber “violado su virginidad” el sastre español José Bernardo Vetilano fue acusado y detenido y, al igual que en el supuesto anterior, “estando llano a casarse” el alcalde ordenó que se le pusiera el libertad “bajo fianza

⁹⁹ LRAO 1798, 25 febrero, f. 17r.

¹⁰⁰ LRAO 1798, 3 marzo, f. 19v.

¹⁰¹ LRAO 1798, 4 agosto, f. 64r.

¹⁰² LRAO 1798, 14 diciembre, f. 87v.

de consentimiento de la actora”.¹⁰³ Ambos supuestos, por tanto, no pueden considerarse como “fuerzas” o violaciones.

Pero el caso que presenta más dudas dentro de este grupo en lo que al uso de término “violación” se refiere es el que afectó al español Juan Nepomuceno Ordóñez, de 32 años, casado, quien fue acusado por “violar la virginidad de su hijastra”.¹⁰⁴ No podemos precisar si la mencionada “violación” se verificó mediante el uso de la fuerza o no, ya que de la brevedad del asiento no se pueden inferir más datos. Es evidente que en este caso se presenta no sólo el hecho en sí del acceso carnal, sino también el parentesco que unía al reo con su hijastra. En consecuencia el alcalde ordenó que se incoara la correspondiente causa.

Otro grupo de asientos, cuatro concretamente, consignaron junto al sustantivo “violación” el término “incontinencia”. Se trata, éste último de un concepto genérico ampliamente utilizado en los LR: en 332 registros se calificó la conducta delictiva como “incontinencia”.¹⁰⁵ En ningún cuerpo legal aparece recogido dicho término, que tampoco precisan los prácticos criminalistas castellanos; excepcionalmente J. Marcos Gutiérrez habla de los “delitos de incontinencia”.¹⁰⁶ Según dicho autor, el delito de incontinencia “comprende todas las especies de uniones ilegítimas entre personas de diverso sexo”. Entre los delitos de incontinencia o deshonestidad se encuentran el amancebamiento o concubinato, la prostitución, el estupro, el rapto de una mujer con el fin de corromperla (violación), el incesto, el adulterio, la poligamia, la homosexualidad, el bestialismo y la alcahuetería, es decir, todos los delitos relacionados con el sexo. Si admitimos la explicación de Marcos Gutiérrez resultaría entonces que cuando en los LR se consignaba

¹⁰³ LRAO 1798, 17 diciembre, f. 88v.

¹⁰⁴ LRAO 1798, 23 julio, f. 60v-61r.

¹⁰⁵ En Diccionarios clásicos con el Covarrubias o el Corominas no aparece dicho término. En el Diccionario de autoridades se la define como “vicio opuesto a la castidad”, y en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como “falta de continencia, especialmente en el refrenamiento de las pasiones de la carne”. Escriche, ya a mediados del siglo XIX, por su parte, la define como “el abuso de los placeres sensuales, y toda especie de unión ilegítima entre personas de diversos sexos”. A continuación, parece que siguiendo a Marcos Gutiérrez, señala cuales son los delitos de incontinencia: adulterio, amancebamiento o concubinato, bigamia o poligamia, estupro, incesto, lenocinio, rapto, sodomía, pederastia y bestialismo. Por último concluye diciendo que en los delitos de incontinencia se ha mitigado mucho el rigor de las penas establecidas por las leyes, y sobre todo no se impone la pena de muerte.

¹⁰⁶ *Práctica criminal...*, cit., t. III, pp. 139-167.

“violación e incontinencia” resultaría que estaríamos ante un caso de reiteración de ideas. Sin embargo, no parece que esto sea así.

Juan Timoteo Sánchez, barbero, español, casado de 22 años, fue denunciado por su mujer y detenido por “haver violado y vivido en incontinencia con una bailarina del coliseo”, sin embargo “al haverse compuesto con la querellante de orden del Sr. Jues se puso en livertad”.¹⁰⁷ Del mismo modo, la española María Ignacia Caballero, soltera de 19 años fue apresada junto a José Ignacio Buvio, “por haverla violado y vivido en incontinencia el tiempo de 8 días”. María Ignacia confesó y estaba dispuesta a casarse. Antes de la sentencia existe una nota en el LR que dice: “Ofició al Sr. Coronel manifestándole la anuencia de la rea a casarse, y no habiendo enbaraso de parte del tambor (José Ignacio Buvio) se sirva avisarlo para que se deposite la rea y se encargue a un procurador para sus diligencias”. María Ignacia quedó en depósito en casa de una tía en espera de la boda.¹⁰⁸

También fueron detenidos juntos Manuel Cortés y María Joaquina Ocampo, ambos españoles y solteros “porque los encontraron armando escándalo en su ramo. Confiesan dos años de incontinencia y el hombre asegura haver violado a la mujer y ambos están llanos a casarse”. El corregidor dictaminó que se practicaran las diligencias para la boda en la forma ordinaria.¹⁰⁹ Por último, el cantero español José María Salazar, casado, fue apresado con María Fernández a las 11,45 de la noche “a pedimento de la madre de la reo quien les acusa de haverse ausentado de su lado”; ambos confesaron su incontinencia de 3 meses, y “que Salazar le violó su virginidad”. El corregidor dictaminó lo siguiente: “Respecto a ser casado el hombre, y estar ignorante su muger, en obsequio del matrimonio, haciendo constar ser casado, póngase en libertad, obligándose previamente a darle a la madre de la Fernández quatro reales semanarios hasta el completo de 25 pesos, en atención a tener confesado haverla violado, en que se le condena; y dicha Fernández entréguese a su madre para que cuide de su conducta”. A continuación se consignó la sentencia: “4 reales semanales hasta completar 25 pesos, en atención a ser casado, lo que tiene que probar”. Y en un papel pegado al asiento se lee: “Se entregó María Josefa Fernández a su madre Eusebia Gómez, para que cuide

¹⁰⁷ LRAO 1795, f. 99v.-100r.

¹⁰⁸ LRAO 1785, f. 70v.

¹⁰⁹ LRCO 1798, f. 108r-v.

de su conducta, quien expresó perdonarle a Salazar el agravio inferido a su hija”. En el mismo papel se añade: “Hizo constar Zalasar con el Gobernador y escribano de la República de San Juan, ser casado, por lo que se puso en libertad. Se pasó testimonio de orden de la Real Sala en 11 de febrero de 800”.¹¹⁰

A la vista de los asientos analizados se puede inferir que el término “incontinencia”, al menos en estos asientos, se utilizaba para denominar una relación sexual ilícita prolongada, es decir, no esporádica. Obsérvese que suele ir acompañado del verbo vivir (“han vivido en incontinencia”) así como del tiempo en el que se ha prolongado dicha relación (8 días, dos años, tres meses...). La conjunción de dicho término con el de “violación” debemos entenderlo en sentido análogo a los casos anteriormente estudiados, es decir, como sinónimo de estupro y ni de acceso carnal mediante “fuerza”.

Otro grupo de asientos aluden al término “violar” pero en grado de tentativa (“intento de violar”),¹¹¹ ya sea porque ha ocasionado un gran escándalo,¹¹² o porque se realizó bajo los efectos de la embriaguez.¹¹³ En

¹¹⁰ LRCO 1798, f. 154v.

¹¹¹ Alejo Gama, curtidor, castizo mestizo y casado fue detenido junto a la india Elena de la Cruz, sirvienta, a las 11,45 de la noche “porque la mujer del reo pidió auxilio. La reo dice que estando de sirvienta en su casa y ya acostados se levantó el hombre y a fuerza quería mezclarse con ella, lo que ha intentado en otra ocasión; lo que confiesa el reo” (LRCO 1798, f. 134r-v.). Josefina García, castiza mulata, soltera de 22 años, fue detenida al ser encontrada “en el portal de los Agustinos con un soldado. Ella dice que no lo conoce y que la quería forzar” (LRCO 1798, f. 308v.).

¹¹² José María Cárdenas, indio, casado de 20 años, María Antonia del Carmen, casada, y Juana Timotea Galvez, soltera, ambas indias, fueron arrestados “por haverlos encontrado armando escándalo, lo que confiesan los reos, asentando ellas que él quería por fuerza tener con la 1a. acto carnal, y que por esto lo tenían acido de la fresada” (LRCO 1798, f. 295v-296r.).

¹¹³ Manuel Espineli, español de 25 años, casado, Juana María Bonilla, india, viuda de 29 años, y María Micaela Cupil, castiza mestiza de 19 años, soltera, fueron arrestados “por que vevido el hombre quizo forzar a María Micaela, la que havendo hechado a huir llamó al guarda, y cuando este ocurrió estaba en acto carnal con la Bonilla. Dice el reo que es falso, y también la Bonilla que se mezclase con el; sobre cuiio particular la Cupil acienta en mucha verdad que se mezclaron Espineli y la Bonilla, y que con ella quería executar lo mismo el hombre; en prueba de lo qual hace presente que se acostaron juntos desnudos y se taparon con una misma fresada; como también que la Bonilla le dixo [que] Espineli era su marido, a que contestó la misma Bonilla era cierto [que] se lo había dicho, pero de cólera, porque constándole ser viuda le fue a preguntar si era su marido”. El corregidor sentenció que “comparezcan los guardas para instruir el hecho, y póngase en

estos supuestos en los que el delito quedó en simple tentativa, las sanciones aplicadas por los jueces fueron, obviamente, distintas, aunque en algunos asientos se indica que “a fuerza quería mezclarse con ella” o “que la quería forzar”. En estos dos casos no hay duda de que se intentaba tener acceso carnal en contra de la voluntad de la mujer, es por ello por lo que el reo Alejo Gama, a pesar de su condición de casado, fue sancionado con 25 azotes, si bien es cierto que había sido denunciado por su propia mujer y era reincidente en el intento de forzar a la sirvienta.¹¹⁴ Idéntica corrección —25 azotes— sufrieron, en esta ocasión, los tres indios detenidos armando escándalo en la calle, aunque las mujeres esgrimieron que José María Cárdenas quería tener “por fuerza” acto carnal con una de ellas. Al parecer esta circunstancia —el intento de violación— fue tenida en cuenta por el corregidor a la hora de aplicar el ejemplar castigo de los azotes, pues en otros casos de simple escándalo callejero la sanción más común era la del apercibimiento.¹¹⁵ Lo que no podemos percibir —por lo escueto del texto consignado en el LR— es la razón por la que María Antonia del Carmen y Juana Timotea Gálvez sufrieron la misma corrección que el agresor. Aunque mucho más severo fue el castigo —15 días de obras públicas— que sufrió Manuel Espineli, a pesar de su

libertad a la Cupil, con calidad de estar de manifiesto”. Cupil salió y fue entregada a su tía Rosalia Camacho, con obligación de tenerla de manifiesto. Luego se añade. “Mayo 19/96. Vista la averiguación, acredite Espineli ser casado, y verificado póngase en libertad vajo los mas serios apercibimientos de que se destinará a un presidio si buelbe a sus embriagueses y a comunicar con la Bonilla, quien se entregará a sus deudos para que la trasladen a patria apercibida con recogidas si reincide en sus torpezas con el complice”. Y a continuación: “Habiendo acreditado su estado se puso en livertad apercibido como se mandó”. Y después en otro asiento: “Por no haber comparecido los deudos de la Bonilla se entregó ésta de orden del señor Juez en depósito de María Ignacia Núñez, casera de la casa que llaman de la Oja de Lata, pasada la panadería de don Egidio Marulanda cita por San Sebastián, con encargo de que cuide de su conducta y que frecuente los sacramentos, lo que ofeció executar, como también acreditar, de en quando en quando, dicha frecuencia de sacramentos. México, 4 de junio de 96” (LRCO 1796, n. 439, f. 57r-58v.). Otro caso es el del indio Gabriel Martínez, estañero de oficio, soltero, quien fue detenido “porque ebrio lo halló en un sahuán queriendo forzar a una muger desente; lo que niega el reo asentando ser su conosida y que solo le abló por haberla encontrado” (LRCO 1798, f. 29r.).

¹¹⁴ Véase el texto del asiento en la nota 133.

¹¹⁵ A modo de ejemplo pueden verse: LRCO 1796 n. 406, f. 52r.; LRCO 1796 n. 808, f. 116v.; LRCO 1798, f. 48v.; LRCO 1798, f. 269v. (6 asientos); LRCO 1798, f. 336r.; LRCO 1798, f. 343v (7 asientos), *passim*.

condición de español y casado, por intentar “forzar” a María Micaela Cupil; si bien en el momento de la detención Espineli se encontraba “mezclado” con Juana María Bonilla, con lo que, en este caso, al intento de “forzar” a la Cupil, hay que añadir el acto carnal consentido, según se infiere del asiento, con la Bonilla.¹¹⁶

Lo que me interesa resaltar, a los efectos que ahora nos ocupan, es que en los LR se puede apreciar perfectamente el matiz diferencial entre el verbo “violar”, equivalente a tener simplemente acceso carnal consentido por la mujer, y el verbo “forzar”, como acto carnal obtenido mediante fuerza. Así queda de manifiesto en uno de los dos únicos supuestos en los que en la calificación de delito se introdujo en el asiento el verbo “forzar”. En efecto, el indio Manuel Silvestre Magos, carpintero, soltero de 30 años fue detenido cuando intentaba “forzar” a una mujer valiéndose de un formón cuando, ante los gritos proferidos por la mujer, un guarda de una garita la amparó y entregó a unos conocidos para que la llevaran a su casa. De nuevo “les salio dicho hombre a querérsela quitar, amenazándoles con un formón, sobre lo que se armó pendencia”. Vino el guarda con un sable y redujeron a Manuel Silvestre Magos y lo entregaron al alcalde. El reo dijo que dichas declaraciones eran falsas y que traía el formón porque venía de trabajar. El alcalde dispuso que se formara la correspondiente causa.¹¹⁷

Es cierto que en el incidente protagonizado por el indio Manuel Silvestre Magos concurrieron otras conductas delictivas, como el ataque contra los hombres que llevaban a la mujer a su casa, pero el hecho de que se consignara en el LR como delito justificativo de la detención el “intento de forzar”, así como la orden de que se incoara la causa, permiten afirmar que fue la tentativa de “fuerça” la que fue valorada como acción más grave.

El otro asiento en que el verbo forzar aparece como definidor de la conducta reprobada es, desafortunadamente, poco expresivo. El indio José Antonio Mendoza, de 14 años, fue detenido por intentar “forzar a una señora”. En efecto, salvo los datos personales del joven José Antonio, en el asiento no quedó reflejada otra circunstancia que el fallo dado por el alcalde: “entréguese a sus deudos con encargo de que si es fatuo lo reco-

¹¹⁶ Véase texto en nota 113.

¹¹⁷ LRAO 1795, n. 40, f. 9r.

jan para que no insulte a las gentes”.¹¹⁸ Según parece el ataque de José Antonio se debió a su condición de disminuido mental; ello, unido a su escasa edad, influyó sin duda en el alcalde a la hora de dictar la sentencia.

Hemos comprobado más arriba la estrecha relación que en los textos legales —Fuero Real, Partidas y Nueva Recopilación— y los propios prácticos criminalistas castellanos establecían entre el rapto y la fuerza o violación. En este sentido, en los LR, además de los que directamente consignaron el término “rapto”, encontramos algunos registros en los que la calificación de las conductas delictivas aluden o parecen aludir al rapto como “hurtar a una muchacha”, “hurtar a una doncella”, “robar una niña”, “robar la virginidad” y “robar y estuprar una doncella”. En tres ocasiones el término “rapto aparece solo; en una, con “violación” y en otras tres con “incontinencia”.

El indio José Ignacio Luna, zapatero, soltero de 25 años, fue detenido por “haverse extraído de la casa donde estaba sirviendo a M^a Josefa, muger de un fulano Manuel. El era confeso en haxérsela y llevásela a unos paredones de San Pablo donde la largo sin haver usado de ninguna acción torpe con ella, quien según le expreso se fue con su cuñado cuio nonbre y havitacion ignora”. No quedó el juez muy convencido con la declaración de Luna, pues días después dictó un auto por el que ordenaba: “estréchese con 24 horas de Bartholina para que exprese el paradero de la muger”. No sabemos hasta qué punto el castigo dio el resultado deseado por el alcalde, pero Luna fue sentenciado a 8 días de obra pública y apercibido. Tras la sentencia, en el asiento aparece un nuevo auto: “Respecto a haver conparecido el marido de Ma. Josefa repitiendo su queja contra otro individuo póngase en livrtad a Jose Ignacio Luna apercibido”.¹¹⁹

Es evidente la relación rapto-violación ya que en su testimonio Luna señala que no había tenido ninguna “acción torpe con ella”. Aunque el reo fue depositado durante un día en la celda de castigo, el alcalde no consideró la culpabilidad de Luna ni como raptor ni como violador, pues sólo lo sentenció a 8 días de obra pública; de lo contrario hubiera incoado la correspondiente causa criminal.

¹¹⁸ LRAO 1795, f. 123r.

¹¹⁹ LRAO 1795, f. 65v-66v.

También el indio José Mariano Ordás, soltero, fue detenido por “rapto”, si bien de la lectura del asiento se puede comprobar que no fue un “rapto” perpetrado con violencia y contra la voluntad de la víctima, pues el juez decretó que se formalizara “el depósito de la cómplice, y diga si esta llana a casarse y si tiene padres. Conviene con la declaración del reo y dice que quiere casarse, tiene madre. Dando fianza de practicar matrimonio dentro de un mes póngase en libertad”.¹²⁰

María Teresa Ortega, castiza mulata, fue detenida a petición de D. Jose Ma. Barbuena, quien la acusó de haber ido a por su hija Ma. Ignacia con un falso recado, para que fueran a Nuestra Señora de Guadalupe y hasta la presente no ha vuelto. La reo confesó que sí había ido a por ella, pero que se hallaba en San Agustín de las Cuevas. El alcalde dispuso que se hiciera averiguación del hecho. Por consiguiente, de haberse confirmado la acusación de la actora, estaríamos, en todo caso, ante un rapto que no tenía ninguna finalidad sexual.

José Mariano Hernández, indio soltero, fue arrestado por “rapto e incontinencia” a petición del marido “burlado”. El reo negó la acusación. La brevedad del asiento nos impide saber más de los hechos, pero podemos inferir que Hernández debió “raptar”, posiblemente sin fuerza, a una mujer casada con el consentimiento de ésta, ante lo cual el marido denunció al reo a quien el juez decidió abrir causa criminal.¹²¹ No se trata tampoco de un rapto con intención de violación.

El indio José de la Luz Quirino, soltero, y Vicenta Nava, fueron detenidos bajo la acusación de “rapto e incontinencia” a petición de la madre es ésta “quien asienta que este hombre se rovo a la muger y ha estado en incontinencia con ella. Los reos asientan que solo dos ocasiones se han mezclado; y aunque el reo quiere casarse, ella no quiere”.¹²² A pesar de la calificación de “rapto e incontinencia”, el corregidor no debió apreciar mucha gravedad en la conducta de Quirino a quien puso en libertad apercebido y condenado a pagar las costas procesales.

A petición de María Manuela Berdiquel, madre de la rea, fueron apresados José Francisco Barreto y María Rosa Seberina, ambos indios solteros, el primero por “rapto y violación” y la segunda por “incontinencia”. La madre aseguró que Barreto “violó” a su hija “extralléndola de su casa”. En el

¹²⁰ LRAO 1796, 7 de diciembre, f. 143v.

¹²¹ LRAO 1798, 24 de mayo, f. 41v.

¹²² LRCO 1798, 17 de junio, ronda.

asiento se consignó que “están confesos, asentando ella que él le dio palabra de que se casaría, y él que no se acuerda por que estava ebrio; pero ambos están llanos a casarse”. El corregidor dictó auto para que se hicieran las correspondientes diligencias para preparar la boda, así como para que el fiador del reo se comprometiera a que en dos meses Barreto y Seberina estuvieran casados, de lo contrario lo reduciría a prisión.¹²³

Del asiento no se puede inferir que se produjera un auténtico rapto, sino que, a pesar de la acusación de la madre de Maria Rosa, ésta, sin duda, consintió en la “extracción” de su casa por parte de José Francisco.

Manuel Ruiz de la Cueva, español viudo, fue también arrestado bajo la acusación de “rapto e incontinencia” de la castiza María Guadalupe Solís, soltera, por haberla “extraído a la segunda teniéndola consigo 5 días; ellos dicen que hace unos tres meses tratan ilícitamente y que el violó su virginidad; están llanos a casarse, a lo que se opone la madre de la segunda”. El alcalde ordenó que compareciera la madre para “expresar los motivos de su oposición”. Parece indudable que el término “rapto” que aparece en el asiento no se utilizó como sinónimo de extracción violenta e contra de la voluntad de la víctima; más bien parece que se produjo con el consentimiento de María Guadalupe. A final la historia tuvo un final feliz; en el LR se consignó: “Salieron casados”.¹²⁴

Tras el análisis de los asientos podemos concluir que el uso del término “rapto” no se hizo en ninguna de las ocasiones con la acepción que aparecía en los *Formularios* novohispanos, sino en el sentido de extracción de la mujer de su domicilio familiar. Dicha extracción, en los supuestos conservados se hizo siempre sin que constara haberse realizado con violencia y, probablemente, se realizó con consentimiento de la mujer.

Y otro tanto puede decirse de aquellos asientos en los que consignaron los verbos “hurtar” y “robar”. Así, el español José Castro Eslava, soltero, fue detenido por “hurtar una muchacha” de sus padres a “pedimiento de su amo, el Sr. Marqués de la Colina quien le acusa de haverse hurtado de su casa de sus padres a Maria Josefa; lo que confiesa el reo, asentando haverla extraído y violándole su virginidad”. El alcalde determinó: “Extráigase Ma. Josefa y póngase por detenida en la cárcel, explo-

¹²³ LRCO 1798, 31 de mayo, ronda.

¹²⁴ LRAO 1798, 24 de octubre F. 80v.

rándose a ambos la voluntad; y queriendo verificar el matrimonio practiquen sus diligencias en la forma ordenada, y de no, dese cuenta”.¹²⁵

Situación distinta, por lo que a la sanción se refiere, fue la del indio Felipe Santiago, acusado de “hurtar una doncella”, sin que tengamos más información que lo consignado en la sentencia: “justifique el querellante dentro 30. día. Aprémiese con 12 azotes. De consentimiento de la actora, libre”.¹²⁶ Por último, José Luis Baltasar y María Luisa de la Soledad Aguilar, ambos indios, fueron apresados por participar en el “hurto de una muchacha”. Desconocemos los motivos que se escondían detrás de dicho hurto, pero Baltasar fue sentenciado con 25 azotes; respecto a María Luisa, el juez “infiere que la saco con invento de ir a rovarla”, por lo que fue igualmente condenada a “25 azotes y que se restituya a su pueblo respecto a estar entregada a su padre la criatura”.¹²⁷

No parece que en este caso el “hurto de la muchacha” perpetrado por José Luis y María Luisa tuviera fines sexuales ni que se llegara a consumir, de ahí que el alcalde se limitara a sancionar a los reos con el correctivo de los azotes y no procediera contra ellos criminalmente.

Nos restan, finalmente, aquellos asientos en los que se utilizó el verbo “robar. Recuérdese que dicho verbo en las PART tenía el significado de raptar haciendo uso de la fuerza.

Por su parte, Francisco Morán, indio, fue condenado por “robar y estuprar a una doncella” con 25 azotes, y “estando llano a casarse hagan diligencia. Salió con fianza a practicar sus diligencias”.¹²⁸ Supuesto distinto fue en el que se vio afectado Ignacio Ximénez, español, quien fue acusado por Pedro Lorenzana por “haverle robado a su muger y empeñandola en el obraxe; lo que niega el reo y también le demanda los gastos, y D. Manuel Otero lo que le debe”. El juez dictaminó que “pase a un obraje para que desquite y apércivasele no trate a la muger de Lorenzana”.¹²⁹

El español José Ávila pasó a disposición del alcalde licenciado Allés por “robar una niña”. Muy poca más información nos suministra este asiento; sólo que “el reo esta negativo”. En el apartado reservado a la

125 LRAO 1798, 12 de enero, f. 2v.

126 LRAO 1798, 21 de octubre, f. 80r.

127 LRAO 1795, f. 100v.

128 LRCA 1794, 13 de agosto, f. 8r.

129 LRAO 1798, 7 de junio, f. 45v.

sentencia se escribió: “Justifiquen mutuamente la queixa”.¹³⁰ Igualmente lacónico es el registro en el que el español Andrés Romero fue denunciado por Nicolasa Martínez, esclava de su mujer, por “robar la virginidad e impedir una boda”. El hecho de que le fuera incoada causa a Romero permite inferir que nos encontramos tal vez ante un caso de “fuerça”, pero esto no pasa de una simple suposición.

Recapitulando, a la vista de los asientos analizados, al igual que sucedía con el término “raptar”, los verbos “robar” y “hurtar” no implicaban una acepción que conllevara violencia o fuerza como prescribían las PART. Si “raptar” y “hurtar” no eran formas verbales que aparecían en los tipos legales, “robar”, por el contrario sí, pero podemos afirmar que dicho verbo no se usó en los asientos de los LR en su sentido técnico-legal, sino que tenía el significado de extraer o sacar a una mujer del domicilio, paterno o conyugal, sin hacer uno de la fuerza.

VII. “Sonsacar con engaño o falago”: el estupro

Como ya tuvimos ocasión de ver, el FR no contempló ninguna figura análoga al estupro¹³¹ que, por el contrario, sí incluyeron los redactores de las PART, aunque sin esa denominación. El título 19 de la PART 7a. estaba dedicado a los “que yacen con mugeres de orden, o con biuda que biva honestamente en su casa, o con vírgenes por falago o por engaño, no les haciendo fuerza”. En este enunciado ya queda perfectamente caracterizado este tipo penal: tener relación sexual con una religiosa, viuda o virgen lograda mediante engaño o halagos, ya que éstos, según el legislador alfonsí, eran “como en manera de fuerça”. Quedaban, pues, excluidas de esta figura criminal las mujeres casadas, solteras no vírgenes y, en general, toda mujer vil o deshonestas.

Llama la atención el tratamiento dado por Pradilla al estupro, como pudimos comprobar más arriba. Para dicho autor, el estupro era el “coito ilícito y reprovado por el qual se desflora la muger virgen y doncella”. A primera vista pudiera pensarse que nos encontramos ante una acción criminal distinta a la descrita en PART 7, 19, 1 y 2, puesto que lo único que tiene de común es la existencia de una relación sexual cuando esta se ve-

¹³⁰ LRAO 1796, 6 de noviembre f. 134r.

¹³¹ Para el estupro véase Ma. Dolores Madrid Cruz, “El arte de la seducción engaño-sa: Algunas consideraciones sobre los delitos de estupro y violación en el Tribunal del Bureo. Siglo XVIII”, *CHD*, núm. 9, 2002, pp. 121-159; V. Rodríguez Ortiz, *Historia de la violación*, cit., pp. 318-323 y *Mujeres forzadas*, cit., pp. 58-62.

rificaba con una virgen. En consecuencia, para Pradilla no sería elemento de tipo penal —tal como prescriben las PART— el engaño o el halago. De la misma manera, tampoco sería factible calificar de estupro el coito ilícito con una viuda honesta o con una religiosa. La exclusión de esta última se explicaría porque para dicho autor esta conducta ya estaría incluida en su capítulo V en el que se ocupaba de los que tenían “accessio con monjas”; por consiguiente, en opinión de Pradilla, tampoco era necesario tener presente el factor del engaño o halago como medio para conseguir la relación sexual: el delito se habría concretado desde el momento que se intenta tener acceso carnal con una religiosa con independencia del uso de la fuerza o de los engaños: “tiene pena de muerte aun por solo intentarlo o procurarlo”.¹³² Sin embargo no se entiende la exclusión de las viudas honestas de “su” estupro.¹³³

Estas circunstancias —ausencia del elemento halago y/o engaño, y exclusión de las viudas honestas—, así como el empleo de un término —estupro—, no contemplado en PART, podía hacernos pensar que el estupro de Pradilla se trataba de una conducta criminal distinta a la tipificada en PART 7, 19, 1 y 2, mas no es así. El mencionado práctico sustenta

¹³² *Suma de las leyes penales...*, cit., p. 3v.

¹³³ La razón de esta exclusión puede ser la aducida por Vilanova y Mañés a principios del siglo XIX. Para dicho autor, “por estupro se entiende el violento desfloro de muger virgen; o el acceso con doncella, habido por fuerza, o contra su voluntad”. Obsérvese que, al igual que Pradilla, la figura de la violación ha sido reconducida al concepto de “estupro”. Y puntualiza: “...se colige que para estimarse estupro, ha de verificarse la unión carnal resistiéndolo dicha muger porque consintiendo, solo podrá decirse rigurosamente simple fornicación”. Y añade a continuación: “Esta fuerza que se requiere de esencia para la calificación de estupro, basta que sea por engaño, seducción, temor, o por otra causa mediante la cual se captó la voluntad y condescendencia de la estuprada...”. Luego entiende, como hace Partidas, que el engaño es una especie de fuerza y no tiene que ser física, como la consideraba Pradilla. Y respecto a la exclusión de la viuda honesta nos dice este autor: “La viuda honesta y recogida debía gozar en fuerza de la ley de partida [7, 19, 1] la misma acción que la muger virgen contra el que yació con ella; pero esto no obstante, por general costumbre del Reino, se tolera su acceso. Por consiguiente la instancia o acusación suya no se admite; tampoco está tenido a pena alguna el que así la conoció; y menos se persigue de oficio este delito, como no sea que la reincidencia cause concubinato o amancebamiento” (S. Vilanova y Mañés, *Materia criminal forense o Tratado universal teórico y práctico de los delitos y delinquentes en género y especie para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, 4 tomos, París, 1827, t. III, pp. 198-202; la primera edición es de 1807).

sus afirmaciones precisamente en esas mismas leyes de PART,¹³⁴ luego no cabe otra interpretación.

No deben extrañarnos estas originalidades de Pradilla pues, como también tuvimos ocasión de ver, bajo este concepto tan peculiar del estupro incluyó la violación (= estupro “cometido con fuerza o en yermo”).

Tampoco a Berní le pareció un elemento esencial del tipo el halago o engaño, pues equiparó la figura regulada en PART 7, 19, 1 con lo que él denominaba el “desfloro”; y, desde luego, excluyó igualmente a las viudas honestas y a las monjas; éstas por la misma razón que Pradilla.¹³⁵ Posición análoga a la de Berní encontramos en Asso y de Manuel.¹³⁶

Elizondo coincide con Pradilla y Berní a la hora de la exclusión de las religiosas y las viudas, considerando como único sujeto pasivo a la doncella. Sin embargo, en el modelo de querrela de estupro que reproduce en su obra, se recoge como causas de la misma el haber dado “palabra de casamiento” que el actor se niega a cumplir posteriormente.¹³⁷

Javier Pérez y López es una excepción frente a los autores anteriores para quien la seducción sí constituía un elemento esencial del estupro y, en consecuencia, sólo era factible perpetrar esta figura sobre una viuda honesta o una soltera honrada.¹³⁸

J. Marcos Gutiérrez se encuentra más en la línea de Pradilla y Berní al excluir también del tipo el elemento engañoso y a las viudas pues “hay una notable diferencia entre el acceso con doncella y el que se tenga con viuda, y así es que éste ni se acusa, ni se persigue de oficio”.¹³⁹

Por último, no coincide Álvarez Posadilla con Pradilla, Berní ni Elizondo a la hora de excluir a las viudas y a las religiosas¹⁴⁰ de la figura del estupro y sí con lo dispuesto en PART. Para el citado autor el estupro era “el coito carnal con virgen o viuda que vive honestamente”. En cambio, coincide con los mencionados autores en el hecho de no aludir al engaño como elemento esencial del tipo penal. Pero Álvarez Posadilla justifica esta posición: “Sin duda que en tiempo que se escribieron las Leyes de Partidas, sería tanto el recogimiento de las mugeres que para

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 3r.

¹³⁵ *Práctica criminal...*, pp. 37 y 38.

¹³⁶ *Instituciones de derecho civil...* pp. 236.

¹³⁷ *Práctica universal forense...*, t. II, p. 405.

¹³⁸ *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XIII, pp. 170-173.

¹³⁹ *Práctica criminal...*, t. III, p. 148.

¹⁴⁰ Sobre el estupro de las religiosas, *Práctica criminal...* t. III, p. 199.

que consintiesen y se dexasen corromper de los hombres, sería necesario de parte de éstos tantas máquinas y engaños, que les hacía tan criminales como si las forzasen; pues la ley 1a., tit. 10 (*sic*) de la Part. 7, dice que los que con halagos y engaños yacen con mugeres honestas, yerran mas que si lo ficiesen por fuerza”.¹⁴¹

A finales del siglos XVIII, según Álvarez Posadilla, había cambiado tanto al situación social y era tan grande la libertad de la que gozaban las mujeres que no sólo no era necesario tener que acudir a un engaño o halago para tener acceso carnal con ellas, sino que también se dudaba “si convendría admitir sus demandas sobre desfloro”.

Es evidente que los prácticos criminalistas castellanos se estaban haciendo eco de la realidad social y del cambio de mentalidad operado a la hora de enjuiciar este tipo de causas en la que, como veremos más adelante, gracias al arbitro judicial se produjo una relajación punitiva. Pero una cosa es ser más condescendientes a la hora de sancionar determinados delitos y otra bien distinta modificar los elementos del tipo legal, circunstancia, ésta última, impensable en los tiempos actuales a causa del principio de legalidad. Pero lo cierto es que, en la Península, el elemento del engaño, ya sea bajo la formulación de promesa de matrimonio, ya sea de cualquier otro modo, no parece que desapareciera de la causas de estupro.¹⁴²

Por el contrario, en los *Formularios novohispanos* el engaño sigue constituyendo el elemento esencial del tipo penal. Estupro es “el que comete el que viola a una doncella, aunque sea de su gusto, y que precede algún engaño para ello, y aclarado lo reclama ella a la justicia”.¹⁴³ Pero si

¹⁴¹ Álvarez Posadilla relaciona el tema de la presencia de violencia en el estupro con la acción para emprender la acusación: “Por lo mismo estas Leyes [Partidas], teniendo estos pecados por delitos como si hubiere violencia, dieron la acción a todos para acusarlos como si su castigo interesase a la República, castigando a los hombres y dexando a las mugeres sin castigo; con el tiempo se pensó de otro modo dexando se darse la acción popular y sólo sí oyendo a la desflorada contra el desflorante, quedando un delito privado, y en una acción de injuria y resarcimiento de daños... *Esc.* ¿Con que el delito de estupro no interviniendo violencia ha quedado en un delito privado? *Ab.* Pues no habiendo fuerza ni escándalo ¿qué interés puede tener la República el que se castigue cuando la interesada no lo pide? Hoy ya se ve tanta libertad en las mugeres que se ha dudado si convendría admitir sus demandas sobre desfloro *Práctica criminal...*t. III, pp, 197 y 198.

¹⁴² Ma. D. Madrid, “El arte de la seducción engañosa...”, *cit.*, p. 137.

¹⁴³ *Formularios de las causas criminales...*, *cit.*, p. 128. Recuértese que el verbo “violar” es usado como sinónimo de tener acceso carnal sin llevar implícita la idea de violencia o fuerza.

el autor del *Formulario* se mantiene fiel a las PART al incluir el engaño como definidor del tipo, no sigue al mencionado cuerpo legal a la hora de considerar como sujetos pasivos a las viudas y a las religiosas, pues limita la figura del estupro a las doncellas.

Pero el *Formulario* va aún mucho más lejos y se atreve a formular un tipo de estupro no contemplado en las Partidas: el “estupro inmaduro”: “es como el antecedente —dice— solo se diferencia en que la estuprada sea de la edad de la puericia, que es de cinco a once años, que en adelante ya no es inmaduro y se hace la causa como dicho es”.¹⁴⁴ Probablemente, la frecuencia de este tipo de estupros, perpetrados sobre niñas menores de once años, era frecuente en la Nueva España, razón por la cual fue introducido en el catálogo de delitos que se adjuntaba a estos *Formularios*.

En sede ya de la punición, las PART, teniendo en cuenta que unos de los bienes jurídicos protegidos por esta figura era el honor,¹⁴⁵ estableció distintos castigos en función de la condición social del actor y de la víctima:

E si les fuere probado, deber haber pena en esta manera, de donde, si aquél que lo ficiere fuere hombre honrado, debe perder la meytad de todos los bienes e deber seer de la Cámara del rey. E si fuere home vil, debe seer azotado públicamente e desterrado en alguna isla por cinco años. Pero que si fuese siervo o sirviante de casa aquél que sosacare o corrompiere alguna de las mugeres sobredichas (religiosas, vírgenes y viudas de buena fama), debe seer quemado por esto. Mas si la muger que algún hombre corrompiese non fuese religiosa, nin virgen, nin vidda de buena fama, mas fuese alguna otra muger vil, entonce decimos que le non deben dar pena por ende, solamente que non les faga fuerça (PART. 7, 19, 2).

Todavía en el siglo XVII los duros castigos recogidos en las PART parece que estaban vigentes si admitimos las palabras de Pradilla. La pena —nos dice— que dicha conducta tiene por derecho Canónico, siempre y cuando la mujer fuese tenida y reputada por doncella, consistía en la obligación por parte del actor de dotar a la víctima y de casarse con ella, si ésta y sus padres consentían; pero si éstos no accedían, el autor debía “dotar competentemente” a la doncella. Si el estuprador se negaba,

¹⁴⁴ *Formulario de las causas criminales...* ed. cit. p. 129.

¹⁴⁵ Ma. D. Madrid, “El arte de la seducción engañosa...”, p. 133.

debía ser azotado y hacer penitencia; no obstante, Pradilla precisa que dicha pena no estaba ya en uso, sino que se para estos supuestos se imponía la obligación opcional de o casarse con la estuprada o dotarla “decentemente”. Por su parte, en el “derecho civil” —continúa— el estupro tiene por pena, “si es hombre de calidad”, la pérdida de la mitad de sus bienes; y si es “hombre ordinario”, debía ser azotado y desterrado por cinco años, con lo que Pradilla seguía lo dispuesto por las PART en este punto.¹⁴⁶

En la obra de J. Berní, un siglo después, se puede apreciar un cambio considerable. La pena por el “desfloro” de una doncella consistía en “dotarla o casarse con ella”, es decir, la sanción que imponía el derecho canónico. Curiosamente, Berní cita como fuente a PART 7, 19, 1. Luego añade: “suélese añadir multa o destierro, o Real servicio, según las circunstancias y personas”.¹⁴⁷ Como se puede observar, Berní ha convertido la sanción canónica del estupro en la pena ordinaria del mismo, a la que, según dicho, autor se le podían añadir otras atendiendo a las circunstancias —suponemos que de comisión del delito— y a la condición social del reo. En cualquier caso, ya habían desaparecido la pérdida de la mitad de los bienes, los azotes, el destierro y la *vivicrematio*.

En esta misma línea se manifestó Elizondo, aunque con algunos matices nuevos. Así, según dicho autor, para que el derecho “no quede burlado”, la doncella disponía de una acción a fin de que el que la “violó”, “o la dote, y sufra alguna de las penas corporales más leves, o se case con ella. Siendo digno advertir —prosigue— que “si el estuprante estuviese casado, y no tiene bienes con que dotar a la estuprada, debe ser castigado con una pena corporal, que hoy es la aplicación por quatro años a las armas”.¹⁴⁸

Javier Pérez y López también se hizo eco de la sanción canónica (obligación de contraer matrimonio y de dotar), pero precisaba que si el padre de la estuprada no consentía con el matrimonio, era suficiente la obligación de dotar a la víctima. Sin embargo, “si el estuprador fuese quien se resistiese a casarse, será castigado corporalmente, excomulgado

¹⁴⁶ *Suma de las leyes penales*, fol. 3 r. Part. 7, 19, 3: “...E si fuere probado, deben haber pena en esta manera, de donde, aquél que lo hiciere fuere hombre honrado, debe perder la mitad de todos sus bienes e deben ser de la Cámara del rey. E si fuere hombre vil, deber ser azotado públicamente y desterrado en alguna isla por cinco años...”.

¹⁴⁷ *Práctica criminal...*, p. 37.

¹⁴⁸ *Práctica universal forense...*, t. II, p. 406.

y encerrado en un monasterio para que allí haga penitencia, y del qual no pueda salir sin licencia del Papa, o hasta que case con la estuprada”. Esta pena la contraponía dicho autor a lo dispuesto en las leyes de PART que equiparaban la “pena al forzador de muger viuda y soltera con el robador y estuprador, y dispone sea de muerte, quedando todos sus bienes a favor de la forzada o robada, a no ser que casase con ella, pues entonces los bienes serán del padre. La misma pena impone a los que dan auxilio”. Finalmente, Pérez y López aludía a la ley de la NR en la que se disponía

que los criados que tuviesen acceso carnal con alguna criada o muger de la casa de su amo, si fuesen nobles sean sacados a la vergüenza y desterrados por un año del Reyno, y quatro del lugar donde acaeció el hecho; si plebeyos se les den cien azotes públicamente y se les destierre por dos años; agrava la pena en ciertos casos y la impone igual a los que diesen su ayuda o socorro.¹⁴⁹

Asso y de Manuel, como se recordará, no hablaba de estupro sino que, al igual que Berní, acudieron a concepto de “desfloro”. Éste, si se perpetraba sobre doncella honesta, era castigado con la pena canónica que ya conocemos, a la que —precisan dichos autores— se añadía alguna pena arbitraria, según las circunstancias.¹⁵⁰

J. Marcos Gutiérrez, tras comentar las penas prescritas en PART 7, 19, 2, añadía:

Pero semejantes penas no están en uso, y lo que vemos frecuentemente es que adoptando lo dispuesto por el derecho Canónico se condena al estuprador a que se case con la estuprada, si esta quisiere, o a que la dote según sus circunstancias y las facultades de aquél, y reconozca la prole, si la hubiese, aunque en cado de [no] dotarla ha recibido también la práctica de imponerle la pena de destierro, presidio ú otra según sean las personas.¹⁵¹

También Álvarez Posadilla nos ofrece algunos matices distintos. Dicho autor, tras destacar que el estupro había quedado reducido a un “delito privado”, los jueces imponía como sanción la obligación del reo a dotar a la víctima, aunque podía librarse de este castigo casándose con

¹⁴⁹ *Teatro de la legislación...*, t. XIII, pp. 170-173.

¹⁵⁰ *Instituciones del derecho civil...*, pp. 236 y 237.

¹⁵¹ *Práctica criminal...*, t. III, p. 148.

ella; o bien, si era “persona de circunstancia” podía ser condenado a presidio con la disyuntiva de casarse, “porque juzgándose que el medio de resarcir los daños era casarse, y no pudiendo apremiarse al matrimonio como acto libre, se ha tomado por medio la pena o de presidio, o de dotar, o ambas en caso de que no quiera voluntariamente casarse”. Y ante la pregunta del interlocutor si es posible penar al estuprador con una pena corporal, la respuesta nos ofrece una nueva e interesante información:

Quando la doncella no es aún *viri potente*, de modo que no pueda contraer matrimonio, o cuando son sujetos entre quienes no puede haber matrimonio, en cuyos casos serán penados según las circunstancias del caso y las personas con pena corporal arbitraria, que no pase de la que se impone al adulterio cuando el marido la deja a la disposición de la justicia, que hoy es de presidio al adúltero.

La referencia al estupro de la doncella *viri potente* nos recuerda a la figura del “estupro inmaturo” que aparecía en los *Formularios* novohispanos. Por último, Álvarez Posadilla también recoge un supuesto no recogido por los autores anteriores: el perpetrado por el alcalde sobre una mujer presa.¹⁵²

Si ahora pasamos a analizar las penas que correspondían al estupro según los *Formularios* nos sorprende el hecho de que ni para el estupro ordinario ni para el “inmaturo” aparece consignada pena alguna, con lo que todo parece indicar que las severas sanciones de las PART o bien se han quedado reducidas —lo mismo que la Península, a las del derecho canónico—, o bien se han convertido en penas arbitrarias.

A la vista de todos estos datos podemos obtener tres conclusiones: 1a. Durante los siglos XVII y XVIII, el tipo legal del estupro regulado en las PART (los que yacen con mugeres de orden, o con biuda que biva honestamente en su casa, o con vírgenes por falago o por engaño, no les haciendo fuerza), no se seguía en la práctica. 2a. La desvirtuación del tipo penal se operó en dos direcciones. Una, al sustraer como sujetos pasivos de la acción delictiva a las viudas —a excepción de Pérez y López y Álvarez Posadilla— y a las religiosas, dejándolo circunscrito a las vírgenes o doncellas. La otra, al no considerar como elemento esencial el halago o engaño (Pradilla, Berní, Elizondo, Álvarez Posadilla y J. Marcos

¹⁵² *Ibidem*, pp. 198 y 199.

Gutiérrez), a excepción de Pérez y López (la “seducción”) y los *Formularios* novohispanos. 3a. Tampoco las penas prescritas en las PART para los estupradores eran aplicadas en el siglo XVIII en el que, según la mayoría de los prácticos criminalistas castellanos, se habían impuesto las penas previstas por el derecho canónico.

VIII. EL “ESTUPRO” EN LOS *LIBROS DE REOS*

Si ahora bajamos al plano de los hechos, podemos apreciar que sólo en siete ocasiones el término estupro fue utilizado en los LR para calificar una acción delictiva. Del análisis de esos asientos podremos inferir el contenido del concepto de estupro utilizado por los jueces en cuestión.

La española Juan Simona Álvarez fue detenida, suponemos que a petición propia, para que “la reconozcan las matronas por decir haverla extrupado una persona exente”. En el lugar correspondiente a la sentencia en el LR se consignó: “Resultando del reconocimiento ser cierta la demanda, fórmese causa. Se puso en libertad depositada a sus tíos”. La laconica redacción del registro nos impide conocer las circunstancias en las que se produjo el estupro; lo más interesante es la información acerca del reconocimiento por parte de las matronas, que confirmó el acceso carnal para proceder a incoar la causa criminal.¹⁵³ Pero ese mismo día (curiosa coincidencia), el indio José Francisco Morán fue arrestado por “por haver extrupado a una muchacha, quien no quiere casarse, por no haverlo verificado en más de 2 meses que ha salido de la cárcel con este fin”. El corregidor falló: “Respecto a haver comparecido la mujer expresando estar llana a casarse practiquen sus diligencias”. No se trata, pues, de dos asientos complementarios, ya que mientras en el primero se procede a iniciar la causa contra un reo, de nombre desconocido, pero ausente, en el segundo era la mujer la que no deseaba contraer matrimonio; posiblemente instada por el corregidor aquélla accedió finalmente a casarse con Morán.¹⁵⁴

José Felipe Sosa, español de 20 años, soltero, fue apresado “a pedimiento de Jose Ma. Miranda, quien le acusa de haver intentado estuprar a una hija del querellante, muchacha de cuatro años de edad, según dice el reo que era

¹⁵³ LRCO 1794, 13 de noviembre, f. 59v.

¹⁵⁴ LRCO 1794, 13 de noviembre, f. 59v.

negativo en ese particular”. El asiento añadía la siguiente nota: “Haviendo comparecido el querellante, y su muger expresaron que haviendo reconocido las parteras a la muchacha que se consideró agraviada, aseguraron no tener lesión alguna. Octubre 18/96”.

El tiene este registro, para el tema que nos ocupa, una doble importancia. En primer lugar estaríamos ante la figura que en el *Formulario* aparecía calificada de “estupro inmaturo”, habida cuenta que la presunta víctima contaba sólo con cuatro años de edad. Pero, en segundo lugar, es difícil pensar que pueda mediar el engaño de la promesa de matrimonio para obtener el acceso carnal a una niña de tan corta edad. No descarto que la niña pudiera ser seducida por un juguete u otro objeto, pero no precisamente por la promesa de matrimonio. Me inclino a pensar que en este caso concreto es probable que se trate más de una “fuerça” (violación), que de un estupro. No sabemos qué circunstancias pudo apreciar el alcalde a la hora de dictar su sentencia, tal vez tentativa, porque dispuso que el reo cumpliera 3 días de cárcel y, transcurridos éstos, fuera puesto en libertad apercibido.¹⁵⁵ De ser cierta nuestra hipótesis, el verbo “estuprar” que aparece en el texto del asiento nos indica un uso incorrecto —no técnico— del mismo como equivalente a “forçar”.

José María, de 18 años, y María Manuela, de 11 años, ambos indios y solteros, fueron remitidos por el gobernador de Ystacalco por el estupro que verificó el primero sobre la segunda. José María confesó, por lo que el corregidor ordenó se procediera a formar causa criminal.¹⁵⁶

Tampoco este asiento permite inferir si realmente nos encontramos ante un estupro *stricto sensu*, o ante una violación. La orden de proceder contra el indio José María bien podía tener su causa por la negativa de éste a querer contraer matrimonio con María Manuela, o por haber sido objeto de una “fuerza” o “violación”.

María Apolonia Lozano, castiza mestiza de 15 años, soltera fue detenida por el teniente de la Acordada como compañera de Francisco Atanacio Villavicencio, a quien condujo la noche del día 1o. a la cárcel pública “por haver estuprado a esta muchacha, que confiesan ambos; asentando ésta que fue a fuerza”. No parece que en esta ocasión nos encontremos propiamente ante un estupro en el que mediara el engaño; el hecho de que María Apolonia adujera la existencia de fuerza nos hace

¹⁵⁵ LRAO 1796, f. 125v.

¹⁵⁶ LRCO 1798, f. 87v.

pensar de que se trata de una violación, sin embargo el juez no debió apreciar tal “fuerça” y tuvo en cuenta también la circunstancia de la edad ya que dictaminó que “respecto a la corta edad de muchacho, y a no tener oficio póngase a aprender el que sea con escritura”.¹⁵⁷

A estos supuestos deberíamos añadir los otros que tuvimos la ocasión de analizar en el apartado anterior cuando estudiamos la violación que, como se recordará, por el contenido de los asientos, a pesar de haber sido calificados bajos otros conceptos, pudimos inferir que se trataba de un estupro: el español Juan José González, quien confesó “haber violado con palabra de casamiento” y estara pronto a cumplirla”; o José Francisco Barreto acusado de “rpto y violación” de María Rosa Seberina, quien declaró que él “le dio palabra de que se casaría”.

IX. CONCLUSIONES

Planteamos al principio de este estudio varias hipótesis a las que debemos dar respuesta. En este sentido, podemos señalar las siguientes conclusiones:

1. Desde la creación de la Sala del Crimen en la Real Audiencia de México los alcaldes de dicha Sala entraron en concurrencia con la jurisdicción del corregidor y los alcaldes ordinarios de la ciudad de México quienes, además, quedaron desprovistos de la jurisdicción sobre los casos de corte que pasaron a ser competencia exclusiva de los alcaldes del crimen. Simultáneamente, a lo largo del siglo XVII y XVIII el Cabildo de la ciudad fue creando nuevas instancias jurisdiccionales con competencias privativas en sus respectivas materias. A ellas, a principios del siglo XVIII se sumó el Tribunal de la Acordada. De esta manera, la justicia de la ciudad de México se fue convirtiendo en un complejo entramado de jurisdicciones, no estudiado en la actualidad, con frecuentes conflictos entre ellas.

2. A finales del siglo XVIII la cuantiosa población de la ciudad de México suscitó graves problemas de orden público. Los virreyes intentaron salir al paso de esta situación y elaboraron varios proyectos que culminaron finalmente en las Ordenanzas de 1782, modificadas posteriormente en 1790. La división de la ciudad en “quarteles” al frente de los cinco alcaldes de la Real Sala, el corregidor y los dos alcaldes ordinarios

¹⁵⁷ LRAO 1798, 3 julio, f. 55r.

de la ciudad, así como el establecimiento de un sistema de rondas nocturnas para prevenir la delincuencia, conformaron un eficaz mecanismo de control social que, a la vista de las detenciones reflejadas en los LR, se mostró muy eficiente. Aunque no se han conservado la totalidad de los LR de los ocho cuarteles durante un año, sí disponemos de los LR del corregidor y de uno de los alcaldes ordinarios de la ciudad del año 1798. En el LRCO 1798 quedaron reflejados 3197 asientos y en el LRAO 1798 un total de 723. Si admitimos una media de 1000 detenciones anuales —cifra que con toda seguridad sería mucho más alta— por cada LR, esto supondría unos 8000 encausados y sentenciados anuales por esta vía de justicia rápida.

3. La sustanciación de este tipo de causas era sumaria. A la mañana siguiente de la detención, el juez del cuartel procedía contra los reos que habían sido apresados durante la noche. Aquéllos eran interrogados en presencia de los guardafaroleros o los integrantes de la ronda que habían procedido a su detención. Mediante una vista oral y, si era necesario, la declaración de testigos —normalmente los mismos guardafaroleros—, en ocasiones se verificaba un careo con los mismos; a continuación el juez procedía a dictar sentencia en la misma cárcel. Si se trataba de delitos de gravedad, entonces el juez ordenaba a incoar la correspondiente causa criminal. En ocasiones, si no era posible probar allí mismo las acciones delictivas atribuidas al reo, el juez podía dictar prisión preventiva hasta que se esclarecieran los hechos. Esta prisión preventiva podía durar varios días o semanas y, en algún caso excepcional, hasta dos meses.

Si el reo estaba aforado a alguna jurisdicción especial, por ejemplo, la castrense, el juez procedía al envío del detenido a la jurisdicción competente. Las sentencias dictadas por los jueces de cuartel en esta vía sumaria eran inapelables.

4. Por lo que respecta a las conductas criminales objeto de estudio, comprobamos que en los textos legales (FR, PART y NR) se aprecia, en primer lugar, un tratamiento sistemático conjunto del rapto (“leuar con fuerça”, “robar”) y de la violación (fuerça”), con una tendencia en PART a independizar, aunque no de manera absoluta, ambas figuras.

5. Los prácticos castellanos del derecho criminal no coinciden a la hora de valorar las conductas penales contempladas en los textos normativos y podemos afirmar que no existía una dogmática comúnmente aceptada y utilizada por todos ellos, como hemos podido comprobar en el estudio de sus

obras en los delitos que nos ocupan. Esta falta de unanimidad entre los propios juristas a la hora de utilizar los conceptos criminales determina que debamos ser sumamente cautos a la hora de proceder al análisis de los términos que se recogen no sólo en las fuentes manuscritas, sino también las propias obras de los prácticos.

6. Y otro tanto podemos afirmar de los “formularios” utilizados por los alcaldes legos. Dichas obras, aunque puedan ser consideradas como un género menor, reflejan, no obstante, una realidad jurídica que debía estar muy generalizada en la Nueva España. Con toda seguridad en Castilla también debieron de circular formularios análogos que, en manos de los alcaldes y escribanos de las pequeñas localidades, constituían en derecho a aplicar en las causas de primera instancia. No conozco que se hayan publicado formularios castellanos de esta naturaleza pienso que sería interesante hacer una búsqueda de estas obras y proceder a un estudio de ellas y confrontarlas con el plano legal y doctrinal.

Los dos formularios novohispanos que hemos manejado no se ajustan ni a la legislación vigente ni a las prácticas criminales; por consiguiente, nos muestran otra realidad “vulgar” de la aplicación del derecho.

7. La inexistencia de una dogmática aceptada por los juristas y los cambios de mentalidad operados en el campo del derecho criminal, sobre todo en el siglo XVIII, nos obligan a un análisis casuístico de la documentación. Sólo mediante un riguroso estudio de las circunstancias reflejadas en las causas criminales podremos aventurarnos a proceder a una calificación penal de las mismas, ya que, con frecuencia, se entremezcla una acepción técnica de un delito, con una de uso vulgar.

8. La dureza punitiva, de origen medieval, reflejada en los textos legales, propició que con el tiempo se produjera un cambio de mentalidad importante en la sociedad de la Edad Moderna tendente a mitigar de las penas. Este proceso se evidencia en el siglo XVII y que alcanza su máxima concreción en el siglo XVIII. El instrumento para verificar ese cambio no fue otro que el arbitrio judicial. Gracias al arbitrio, la legislación criminal podía adecuarse a las necesidades de su tiempo sin tener que acudir a elaborar nuevos textos jurídicos. Sólo cuando la vieja legislación de PART o del FR mostraba lagunas a la hora de regular los conflictos de la sociedad por la aparición de nuevas situaciones de hecho, se acudía entonces a crear nuevo derecho. El arbitrio judicial, por consiguiente, en contra de lo que algunos autores han afirmado, lejos de ser una actitud arbitraria de los jueces, operó al mismo tiempo como un elemento moderador y dinámico del ordenamiento jurídico.