

EL PRIMER CÓDIGO PENAL SISTEMÁTICO DE LA MODERNIDAD TEMPRANA EUROPEA: LA CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA DE 1532

THE FIRST SYSTEMATIC CRIMINAL CODE OF EARLY EUROPEAN MODERNITY: THE CONSTITUTIO CRIMINALIS CAROLINA OF 1532

*Bernd Marquardt**

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2017

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2017

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar el primer código penal y procesal de la Europa latina con un carácter completo, sistemático, abstracto y estructurado dogmáticamente, llamado en latín por el Sacro Emperador Romano Carlos V —Carolus— *Constitutio Criminalis Carolina* o, en breve, *la Carolina*¹. Se descubrirá, por una parte, algunos rasgos de modernización significativos, característicos del período del Renacimiento

y, por otra parte, una enorme diferencia cultural por la bestialidad e irracionalidad del derecho penal de la *Modernidad temprana*.

Se iniciará con la introducción teórica-metodológica. El segundo subcapítulo se dedicará a la relación entre el derecho penal y la consolidación del Estado judicial de la paz interna, en el tercero se profundizarán los inicios del Estado legislador que trasladó el derecho celestial inmodificable a la esfera humana en la tierra. En cuarto lugar, se discutirán

* Profesor asociado en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del grupo de investigación CC - Constitucionalismo Comparado (A1). Doctorado *summa cum laude* (1999) en derecho, Post-doctorado (2000) y segundo Doctorado Superior (la Habilitation centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (Staatsexamen, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los posgrados de las Universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria y Nacional en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del Derecho y Derecho ambiental. Tiene 165 publicaciones, con 21 libros, incluyendo Historia constitucional comparada de Iberoamérica (2016), Derechos humanos y fundamentales (2015), los cuatro tomos de la Historia mundial del Estado (2012-2014) y La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (2014) correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch.

1 Edición histórica en alemán: *Constitutio Criminalis Carolina, Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurg und Regenspurg, in Jaren dreissig und zwey und dreyssig gehalten, auffgericht und beschlossen*, Fráncfort del Meno, Johannem Schmidt 1577; ed. moderna: Friedrich-C. Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam, 2000, pp. 24-128.

los delitos tipificados y el sistema de las penas de la *Carolina*. Sigue la quinta sección dedicada al proceso penal inquisitorio, entre el pensamiento mágico y las garantías procesales protegidas por la demanda de nulidad. Sexto, se tratará el alcance de los tres siglos de la *Carolina*. En séptimo lugar, se contextualizará la *Carolina* en perspectiva comparada. En el octavo subcapítulo, se analizará la práctica no tan sangrienta de los señores jurisdiccionales en los juicios entre vecinos, mientras el noveno mirará al lado oscuro de los procesos de brujería y el *erranticidio*. Sigue el décimo apartado sobre los orígenes de una especie de justicia constitucional con base en la *Carolina*. Undécimo, se preguntará por la reedición de la lógica de la *Carolina* en forma de la *Constitutio Criminalis Teresiana* de 1768. En duodécimo lugar, se debatirán los inicios de la reforma ilustrada del derecho penal a finales del siglo XVIII, para terminar con algunas consideraciones conclusivas.

Palabras clave: *Constitutio Criminalis Carolina*; pena de muerte; proceso inquisitorio; tortura judicial; *erranticidio* judicial; lado oscuro del Estado.

ABSTRACT

This article aims to analyze the first criminal and procedural code of Latin Europe with a complete, systematic, abstract and dogmatically structured, Latin name by the Holy Roman Emperor Carlos V —Carolus— *Constitutio Criminalis Carolina* or, in short, *Carolina*. Some significant features of modernization, characteristic of the age of rebirth and, on the other hand, an enormous cultu-

ral difference due to the bestiality and irrationality of the penal law of early modernity will be discovered.

It will begin with the theoretical-methodological introduction. The second subchapter will focus on the relationship between criminal law and the consolidation of the judicial state of internal peace, in the third will deepen the beginnings of the state legislator who transferred the unchangeable celestial law to the human sphere on earth. Fourth, it will discuss the typified crimes and the system of penalties of the *Carolina*. The fifth section is devoted to the criminal inquisitorial process between magical thinking and procedural safeguards protected by the nullity claim. Sixth, the scope of the three centuries of *Carolina* will be discussed. In the seventh place, the *Carolina* will be contextualized in comparative perspective. In the eighth subchapter, we will analyze the not-so-bloody practice of jurisdictional lordships in neighbors' trials, while the ninth will look at the dark side of witchcraft and *erranticide* processes. It follows the tenth paragraph on the origins of a kind of constitutional justice based on *Carolina*. Eleventh, we will ask for the reissue of the logic of the *Carolina* in the form of the *Constitutio Criminalis Teresiana* of 1768. Twelfth, the beginnings of the enlightened reform of criminal law at the end of the eighteenth century will be debated, to conclude with some conclusive considerations.

Keywords: *Constitutio Criminalis Carolina*; death penalty; Inquisitorial process; Judicial torture; Judicial *erranticide*; Dark side of the state.

1. INTRODUCCIÓN TEÓRICA-METODOLÓGICA: LA PERSPECTIVA SOCIO-CULTURAL, ESTATAL Y TRANSNACIONAL

Esta investigación va a fundamentarse principalmente en el análisis de una fuente primaria normativa de la *Modernidad temprana* de Europa central, en el espejo de otras fuentes primarias y la respectiva bibliografía secundaria. El autor aplicará la *escuela socio-cultural de la historia del derecho* que él mismo ha desarrollado detalladamente en otros lugares². De tal manera, se pretende superar el norma-centrismo de varias escuelas iushistóricas más antiguas, contextualizando el derecho del pasado en su sociedad y cultura concreta, preguntando por las precondiciones y consecuencias, sin limitarse a la historia patria, adoptando un enfoque europeo y comparativo³. En otras palabras, la historia del derecho no es solamente la del texto, sino del texto y su contexto.

Hasta hoy, han predominado en la historiografía del derecho penal del Antiguo Régimen las visiones nacionales, sin tener en cuenta la difusión y transculturación europea con la misma profundidad como ha sido estudiada en el área del derecho civil: por ejemplo, la antigua historiografía patria alemana había interpretado la *Carolina* de 1532 en un contexto étnico, afirmando que este texto normativo simbolizaría el reemplazo de una supuesta tradición jurídica *germánica* por la *romana*⁴. Tal interpretación invisibiliza que un primer nivel del derecho penal del Medioevo europeo —sin raíces en tribus germánicas— fue superpuesto por otro derecho europeo de la *Modernidad temprana* —sin similitudes notables con la Antigüedad mediterránea—. En términos sistémicos, la historia del derecho penal debe ser vista en su interacción estrecha con las olas de consolidación del Estado. Tampoco deben ignorarse las investigaciones dedicadas a la criminalidad histórica. La *Constitutio Criminalis Carolina* del Sacro Imperio Romano Germánico puede considerarse un tema bien investigado en múltiples obras en lengua alemana⁵, acompañadas por algunos pocos estudios

- 2 Comp. Bernd Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016, pp. 21 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013, pp. 16 y ss.
- 3 Véase también Pio Caroni, *La soledad del historiador del derecho, Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, 2ª ed., Madrid, Universidad Carlos III, 2014; Juan J. Almonacid Sierra, *Génesis del derecho comercial colombiano*, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 81 y ss.; Michael Stolleis, *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009.
- 4 Comp. el uso excesivo de categorías como “derecho alemán” y “derecho foráneo” en la antigua historia penal de Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo I, *Allgemeine Grundlagen*, reimpr. de la ed. de 1925, Aalen, Scientia, 1971, pp. 159-257.
- 5 Panorama: Richard van Dülmen, *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafroutine der frühen Neuzeit*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014; Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2013, pp. 203-209; Klaus Geppert, “Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. (die «Carolina»)”, en revista *Juristische Ausbildung*, no. 2, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 143-153; Elmar Geus, *Mörder, Diebe, Räuber*, Berlín, Scripvaz, 2002, pp. 26 y ss; Rudolf Gmür & Andreas Roth, *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 14ª ed., Múnich, Vahlen, 2014, pp. 141 y ss; Lukas Gschwend, “Carolina”, en *Historis-*

en inglés e italiano⁶, pero en idioma castellano se trata todavía de una especie de *terra incognita*⁷ a la cual quiere entrar este artículo.

ches Lexikon der Schweiz, de 15 de febrero de 2005, <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8949.php> (18.2.2017); Susanne Hähnchen, *Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2016, pp. 275-279; Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte, Ius Communitatis*, 4ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, pp. 424-428; Christoph Hinkeldey & Wolfgang Schild & Friedrich Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, Rothenburg ob der Tauber, Kriminalmuseum, 1989, pp. 7-350; Rudolf Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Viena, Böhlau, 1996, pp. 424-430; Karl Kroeschell & Albrecht Cordes & Karin Nehlsen-von Stryk, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, 9ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 293-305; Peter Landau & Friedrich-C. Schroeder (Eds.), *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1984; Adolf Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6ª ed., Berlín, de Gruyter, 2006, pp. 130-144; Rolf Lieberwirth, "Constitutio Criminalis Carolina", en Albrecht Cordes *et al.* (Eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlín, Schmidt, 2008, pp. 885-990; Harald Maihold, "«kauf lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen» – Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532", en revista *ius.full, Forum für juristische Bildung*, no. 2, Zürich, Schulthess, 2006, pp. 76-86; Peter Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte, Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2015, pp. 207-215; Íd., "Constitutio Criminalis Carolina", en Friedrich Jaeger *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit Online*, 2014, http://dx.doi.org/10.1163/2352-0248_edn_a0680000 (18.2.2017); Hinrich Rüping & Günter Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2011, pp. 40-47; Wolfgang Scheffknecht, *Scharfrichter*, Constanza, UVK., 1995, pp. 30 y ss; Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, pp. 122-135, 139-144; Mathias Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Colonia, Böhlau, 2005, pp. 246-249; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, *op. cit.*, pp. 131-215; Klaus-P. Schroeder, *Vom Sächenspiegel zum Grundgesetz*, Múnich, C.H. Beck, 2001, pp. 39-62; Wolfgang Sellert, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, tomo 1, Aalen, Scientia, 1989, cap. 4-5; Marcel Senn, *Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Zürich, Schulthess, 2007, pp. 99 y s; Michael Strömer, "Carolina (Constitutio Criminalis Carolina, CCC), Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse", en *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, 2003, https://www.historicum.net/themen/hexenforschung/lexikon/sachbegriffe/artikel/Carolina_Constitutio_Criminalis_Carolina_CCC/ (18.2.2017); Elmar Wadle, *Verfassung und Recht, Wegmarken ihrer Geschichte*, Viena, Böhlau, 2008, pp. 51-66; Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, 4ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2014, pp. 384-394. Obras antiguas con muchos detalles útiles, pero con varias evaluaciones problemáticas fuera del estado del arte: Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 159-257; Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., Berlín & Leipzig, de Gruyter, 1927, pp. 39-48; Albert Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, Berna, Universidad (tesis doctoral), 1910; Gustav Radbruch, "Zur Einführung in die Carolina & Der Raub in der Carolina", en Íd., *Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, C.F. Müller, 2001 (originalmente de 1930-1931), pp. 315-356.

6 En inglés: Ludwig von Bar, *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Company, 1916 (nueva ed. de 1999, título original en alemán: *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1882, con muchas evaluaciones anticuadas), pp. 215 y ss; Richard J. Evans, *Rituals of retribution, Capital punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, University Press, 1996; John H. Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance*, England, Germany, France, 2ª impr., New Jersey, Clark, 2007, pp. 167-208. En italiano: *Ettore Dezza, Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, University Press, 2013, pp. 39-48.

7 Hay referencias breves, sin desarrollo de la temática en: Guillermo Floris Margadant S., *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2013, pp. 220 y s; Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 112 y 155; Fabio Espitia Garzón, *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado, 2004, p. 672. Por su parte, Beatriz Bernal Gómez, *Historia del derecho*, México, Eds. Nostra & UNAM, 2010 presenta un capítulo sobre Alemania en el siglo XVI (pp. 145 y s), pero no detecta la *Carolina*. Ya es anticuada la traducción de un texto alemán escrito más de medio siglo antes: Hellmut von Weber, "La Constitutio Criminalis Carolina de 1532", en revista *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, no. 86, Madrid, Dykinson, 2005 (título original en alemán: "Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.", en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, vol. 77, núm. 1, Viena, Böhlau, 1960, pp. 288-310), pp. 125-137.

2. DERECHO PENAL Y CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO JUDICIAL DE LA PAZ INTERNA

En primer lugar, se considera oportuno subrayar que la *Constitutio Criminalis Carolina* fue un elemento inmanente de la transformación cualitativa del Sacro Imperio Romano Germánico medieval en un *Estado judicial de la paz interna*, llevado a cabo por varias leyes fundamentales entre la *Paz eterna en la tierra* de 1495 y la *Paz religiosa y territorial de Augsburgo* de 1555.

Ya cuatro siglos antes, las *paces territoriales* de 1103 a 1224 construyeron el nexo entre la paz y el derecho penal, cuando se dedicaron a la estatalización originaria del derecho penal hasta entonces compensatorio e inter-familiar y buscaron superar la venganza mediante la definición de catálogos de delitos y de sus respectivas penas⁸. En ese entonces, el Sacro Emperador Romano profundizó su función como juez supremo y monopolizó la facultad de ordenar la pena de muerte mediante la institución jurídica del *bando* (*bannum*) para juzgar sobre la sangre, con el cual delegó el *derecho cesáreo* de la pena capital a vasallos selectos mediante la técnica jurídica del privilegio, con la consecuencia de la diversificación del derecho penal en la multitud de los derechos particulares⁹.

De todos modos, la pacificación fundamental prevista por la *Paz eterna en la Tierra* de 1495¹⁰ y la respectiva creación del monopolio de la violencia legítima del Estado imperial, se adscribió al lema *paz a través del derecho*, incluyendo el penal¹¹. La paz requirió de la superación de la apariencia de la arbitrariedad, inmanente a la diversificación del bando imperial de la sangre en las miles de costumbres penales locales que se unieron sólo simbólicamente en la categoría del derecho cesáreo. Ahora, la unificación y modernización del derecho penal apareció como una tarea de primer rango. El artículo 104 de la *Carolina* expuso la justificación del “amor a la justicia” y de la “utilidad pública”.

- 8 *Mainzer Reichsfriede Heinrichs IV, Paz imperial de Maguncia de Enrique IV* de 1103, ed. por Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 1, Bis 1250, 13ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 205-206; *Reichsfriede Friedrichs I, Paz imperial de Federico I* de 1152 & *Treuga Henrici, Reichsfriede Heinrichs (VII), Paz imperial de Enrique (VII)* de 1224, ed. por Karl Zeumer (Ed.), *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II. bis Friedrich III.*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 7-8, 48-50.
- 9 En alemán: *Blutbann*. Comp. Heiner Lück, “Hochgerichtsbarkeit”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 2, op. cit., pp. 1055-1059.
- 10 *Ewiger Landfriede, Paz Eterna en la Tierra* de 1495, ed. por Johann J. Schmauß & Heinrich Chr. von Senckenberg (Eds.), *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 3-6.
- 11 Bernd Marquardt, *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–, Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017, pp. 46 y ss; Íd., *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, op. cit., pp. 47 y ss.

3. INICIOS DEL ESTADO LEGISLADOR: DEL DERECHO CELESTIAL AL DERECHO HUMANO EN LA TIERRA

De igual forma, puede reconocerse en los 219 artículos de la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 una manifestación de la primera ola de consolidación del Estado legislador. Típicamente, las civilizaciones pre-ilustradas y pre-industriales partieron del origen celestial del derecho, predeterminado por la voluntad divina y no por la del ser humano, comprobado por la tradición desde tiempos casi eternos, es decir, el concepto de un poder legislativo no era aún pensable. Tampoco la primera ola europea hacia el derecho escrito en el siglo XIII había podido superar estas limitaciones sistémicas, de modo que el *Espejo Sajón* de aproximadamente 1225 se presentó a sí mismo como una mera compilación del derecho consuetudinario preexistente¹² y la *Paz territorial de Maguncia* de 1235 sólo funcionó como una auto-obligación entre nobles presentes que juraron personalmente a la norma, pero no como una ley abstracta y general bajo el deber fundamental de la sociedad de cumplir¹³.

La cultura jurídica del siglo XVI superó estas limitaciones bajo la influencia de cuatro factores: primero, el Estado desarrolló una institucionalidad entendida como capaz y legítima para legislar, precisamente el bipolarismo institucionalizado entre el polo monocrático y la asamblea representativa, es decir, en el nivel central colaboraron el Sacro Emperador Romano y las tres curias de la asamblea imperial según procedimientos acordados; segundo, la *cientificación* del pensamiento jurídico en las facultades de derecho de las Universidades imperiales y papales¹⁴, sirvió para entender el derecho cada vez más como una creación humana con calidades más o menos aptas para dirigir una sociedad en vez de una entrega estática del cielo y de la tradición; tercero, la innovación tecnológica de la *imprensa de tipos móviles*, desarrollada alrededor de 1450 por el herrero alemán Johannes Gutenberg de Maguncia, posibilitó publicar leyes en grandes tirajes, de modo rápido, con una identidad exacta de las copias sin

12 *Der Sachsenspiegel, Espejo Sajón* de aprox. 1225, comp. por Eike von Repgow, ed. por Clausdieter Schott, Zürich, Manesse, 1984. Comp. Bernd Marquardt, “El Espejo Sajón de 1225, Derecho público del Medievo europeo en imágenes”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 43, Bogotá, UNAL, 2016, pp. 17-58, 20 y ss.

13 *Mainzer Reichslandfriede, Paz Territorial de Maguncia* de 15 y 21 de agosto de 1235, ed. por Arno Buschmann, *Kaiser und Reich, Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches in Dokumenten*, tomo 1, Baden Baden, Nomos, 1994, pp. 80-103.

14 *Cientificación (Verwissenschaftlichung)* es un concepto del historiador del derecho Franz Wieacker en *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996 (traducción en español: *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2000), pp. 124 y ss, que reemplazó la antigua teoría de la “recepción del derecho romano” –extranjero– por esta visión de la transformación jurídica de Europa en la era del renacimiento. Sobre las Facultades de Derecho del siglo XVI: Karl Heinz Burmeister, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden, Pressler, 1974, pp. 31 y ss.

errores y también por un precio moderado, para que llegaran ahora a un gran círculo de destinatarios¹⁵; cuarto, el cambio a una lengua propia del conjunto normativo en vez del latín europeo y de los dialectos locales —en el caso de la *Carolina* el nuevo alemán estándar de las instituciones imperiales— contribuyó a aumentar la reputación de esta norma que buscó ser entendible para todos. Todavía no apareció la denominación “ley”, sino que la *Carolina* fue nombrada en latín *constitutio* —lo constituido normativamente, por supuesto no el sentido del posterior derecho constitucional— y en alemán “ordenanza” (*Ordnung*), porque ordenaba una materia confusa.

Inmediatamente después de la promulgación de la *Paz eterna en la tierra* de 1495, la asamblea imperial en proceso de consolidación institucional, se aprovechó de su reunión en Friburgo de Brisgovia en 1498 para plantear la necesidad de una reforma penal, retomando la multitud de las quejas sobre detenciones y ejecuciones arbitrarias¹⁶.

Este estímulo fue adoptado, primero, por el emperador Maximiliano en persona, que elaboró en 1499, con el consenso de la asamblea representativa regional del condado principesco tirolés, la *Ordenanza maleficia¹⁷ del Tirol*, que fue el primer código penal modelo de lengua alemana con un alcance regional¹⁸. Siguió un principado vasallo, el obispado de Bamberg en Franconia, gobernado por el príncipe-obispo Jorge III Schenk von Limpurg, quien dejó elaborar una “reformación” penal y procesal denominada *Constitutio Criminalis Bambergensis¹⁹*, sin olvidar indicar en el preámbulo el poder de la majestad romano-imperial en el fondo. Este texto de 1507 fue preparado decisivamente —pero no de modo individual— por el presidente de la corte

15 Véase Timo Holzborn, *Die Geschichte der Gesetzespublikation*, Berlín, Tenea, 2003, pp. 29 y ss.

16 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., pp. 144 y s; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 77; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., p. 132.

17 De lat. *maleficium* = crimen. Quiere indicar los delitos graves de la esfera del *bando de la sangre*. La expresión jurídica no debe ser limitada al significado de *maleficium* en el sentido de la magia negra.

18 *Ordenanza maleficia del Tirol, Tiroler Malefizordnung* de 1499, ed. por Gerhard Köbler, *Fontes*, <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/TirolerMalefizordnung1499.pdf> (19.2.2017). Comp. Martin P. Schennach, *Gesetz und Herrschaft, Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*, Colonia, Böhlau, 2010, pp. 482 y ss.

19 *Bambergische Halsgerichts Ordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis)*, Bamberg, Hans Pfeil, 1507, ed. por Universidad de Mannheim, <http://www.uni-mannheim.de/mateo/desbillons/bambi.html> (18.2.2017). Comp. Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 207 y ss; Andreas Deutsch, “Bambergische Halsgerichtsordnung”, en *Historisches Lexikon Bayerns*, de 28.9.2010, https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergische_Halsgerichtsordnung (18.2.2017); Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 50 y ss.

regional de Bamberg, Johann von Schwarzenberg (1463-1528)²⁰. Este último no fue jurista universitario, sino un profesional formado en la práctica judicial y administrativa. La *Bambergensis* se difundió en el Imperio mediante la imprenta de tipos móviles, por ejemplo en las tres ediciones de Maguncia de 1508 y otra en 1510. En el preámbulo, se detecta la finalidad didáctica de educar a los jueces locales no letrados en un derecho penal que sirve efectivamente para el bien común.



Figura 1. El derecho penal del Renacimiento: se ve la muerte estatal por la rueda y la espada del verdugo.²¹

Buscando las fuentes, puede decirse que los autores de la *Bambergensis* se orientaron, en la parte procesal, en una lógica sistémica que se originó en el derecho espiritual común de Europa, el *derecho canónico* de la Iglesia romana. De igual forma, se fundamentaron en las premisas y características del derecho

20 Sobre Schwarzenberg: Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 145; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 165 y ss; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., pp. 293 y s; Laufs, *Rechtentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 135 y s; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 139 y s; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 47 y ss.

21 Fuente: Ilustración *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507.

penal “común” que se había difundido, de modo consuetudinario, a partir de las paces territoriales de los siglos XII y XIII, sistematizando las mismas en un solo texto bajo la eliminación de contradicciones y abusos. Por ejemplo, el sistema de las penas se había consolidado por dicha tradición de cuatro siglos. Además, tuvieron en cuenta varias obras científicas que estaban de moda en ese entonces, en particular el *Tractatus de maleficiis* del juez Alberto Gandinus (aprox. 1250-1310) de la Italia imperial²² y el *Espejo de las demandas* (Klagspiegel), elaborado por el jurista suabo Conrad Heyden alrededor de 1436²³. Asimismo, se considera plausible una cierta influencia del único código penal elaborado del Medioevo europeo, la *Partida Séptima* de Castilla del siglo XIII, con 363 artículos, “que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen por las que merecen recibir pena”²⁴ y que alcanzó, en el siglo XVI, su cénit de autoridad, pues tanto la sucesión de los Habsburgo alemanes en Castilla a partir de 1506 como los consejeros castellanos de Carlos V y varias similitudes en las lógicas penales y procesales sostienen esta hipótesis, aunque faltan todavía investigaciones detalladas al respecto.

De todas maneras, la influencia textual de la *Bambergensis* fue transmitida al nivel central del Imperio mediante los nuevos cargos administrativos de Schwarzenberg, quien ascendió a la función de consejero imperial en 1521 y asumió otras funciones centrales para Carlos V durante los primeros años del nuevo Emperador. Fueron elaborados varios borradores del futuro código penal imperial en 1521, 1524 y 1529 que se discutieron en la Asamblea Imperial, hasta que el cuarto proyecto, presentado en la asamblea imperial de Augsburgo de 1530, fue aprobado dos años después por la subsiguiente asamblea de Ratisbona y sancionado por Carlos V²⁵. Si se compara la ley imperial con la *Bambergensis*, se detecta una multitud de artículos idénticos, mientras la estructura es diferente. En 1533, apareció la primera impresión de la *Carolina* en Maguncia.

- 22 Hermann Kantorowicz, “Leben und Schriften des Albertus Gandinus”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, RA, vol. 44, no. 1, Weimar, Böhlau, 1924, pp. 224-358.
- 23 Andreas Deutsch, *Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2004.
- 24 *Siete Partidas* del Reino de Castilla y León de 1256/1265, ed. por Real Academia de la Historia, 3 tomos, Madrid, Imprenta Real, 1807. Comp. Bernal Gómez, *Historia del derecho*, op. cit., pp. 97 y s; Alberto du Boys, *Historia del derecho penal de España*, Madrid, Imprenta de J.M. Pérez, 1872, pp. 202 y ss; Margadant S., *Panorama de la historia universal del derecho*, op. cit., pp. 188 y s; Manuel Torres Aguilar et al., *Manual de historia del derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015, p. 142.
- 25 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 172 y s; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., p. 294.



Figura 2. La portada de la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 con el águila bicéfala del Sacro Imperio Romano en la edición de 1577.²⁶

Cabe destacar que, en el preámbulo de la *Carolina*, aparece todavía la *cláusula salvatoria* que declara la ley imperial como subsidiaria frente a las costumbres establecidas, aparte de tres contenidos inmediatamente obligatorios, a saber: las garantías procesales, el carácter de las penas como límites superiores y varios abusos explícitamente suprimidos (art. 218). En dicha *cláusula salvatoria*, exigida en particular por los representantes del derecho sajón²⁷, aparece todavía la antigua debilidad estructural del poder legislativo según la cual el Estado no podía libremente modificar la tradición y negarla desde arriba. El siglo XVI logró imponer la validez inmediata de las leyes fundamentales dedicadas a la paz interna y a la organización judicial, pero no pudo romper generalmente la prioridad de los derechos particulares de las entidades más pequeñas. No obstante, la *Carolina* aseguró su carácter vinculante mediante la estrategia del

26 Fuente: *Constitutio Criminalis Carolina de 1532*.

27 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., p. 173; Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 215 y ss.

juramento, pues los jueces sobre la sangre tuvieron que jurar su respeto (art. 3), es decir, se usó la estrategia fuerte de la auto-maldición condicionada con Dios como el vengador de la falsedad. De todas maneras, la *Carolina* fue un éxito: fue interiorizada muy ampliamente en los derechos particulares²⁸ debido a una conjunción de tres factores: primero, la calidad científica y pragmática del texto; segundo, la atribución del origen del *bando de la sangre* a la autoridad del Emperador; tercero, la posterior fama, casi mítica, que ganó Carlos V como el Emperador más poderoso de toda la historia europea, lo que facilitó que la *Carolina* fuera vista, en la memoria de una o dos generaciones posteriores, como una manifestación del antiguo derecho consuetudinario de la tradición eterna.

4. LOS DELITOS Y EL SISTEMA DE LAS PENAS

Los artículos 104-176 de la *Carolina* definen una multitud de conductas como delitos que violaban la esfera pública garantizada. Los delitos con connotaciones religiosas y mágicas eran los más graves, por ejemplo, la blasfemia (art. 106), el perjurio (arts. 107-108) y la hechicería con magia negra (art. 109); sin embargo, la *Carolina* no dejó el conocimiento de estas causas en manos de tribunales eclesiásticos, sino que declaró competente a la justicia ordinaria. A diferencia del artículo 130 de la *Bambergensis*, faltó incluir la herejía²⁹, pues el Sacro Imperio Romano acordó, en 1532, la *Paz religiosa provisional de Núremberg* que aseguró la tolerancia a la minoría luterana, lo que la *Paz religiosa de Augsburgo* de 1555 convirtió en una decisión definitiva³⁰. En la estructura de la *Carolina*, siguen los delitos de falsificación de monedas, sellos o medidas, los delitos sexuales (arts. 116-123)³¹, los delitos contra la seguridad pública (arts. 124-129) incluyendo la traición³², los delitos contra la vida (arts. 130-156) y los delitos contra la propiedad (arts. 157-175). Tampoco se olvidó especificar casos particulares como la muerte por el médico negligente (art. 134), el suicidio (art. 135) y el animal doméstico peligroso (art. 136) o el hurto de madera (art. 168), pescados (art. 169) y bienes eclesiásticos (arts. 171-174). Múltiples delitos incluidos en la *Carolina* coinciden con los de la actualidad, menos los religiosos, mágicos, sexuales y post-mortales.

A diferencia de los catálogos gruesos de las *paces territoriales* de 1103 a 1224 o del estilo casuístico de las normas penales del *Espejo Sajón* de aproximadamente

28 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 142 y s.

29 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., p. 180.

30 *Paz territorial y religiosa de Augsburgo* de 1555, digitalizado por Bayerische Staatsbibliothek, <http://daten.digital-sammlungen.de/~db/bsb00001441/images/index.html> (31.1.2017).

31 Isabel V. Hull, *Sexuality, State, and Civil Society in Germany, 1700-1815*, Ithaca & Landres, Cornell University Press, 1996, pp. 61 y ss.

32 A diferencia del art. 132 de la *Bambergensis*, no se elabora explícitamente la *lesa majestad* contra el Emperador, aunque el art. 218 parte de su existencia; Philip Czech, *Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube*, Viena, Böhlau, 2010, p. 35

1225³³, el lector detecta en la *Carolina* el nuevo estilo de definición de delitos, con características detalladas y diferenciaciones finas entre conductas, en vez de la mera mención sumaria de una conducta reprochable. La *Carolina* buscó establecer una nueva precisión de los elementos del delito, pese a que algunos delitos y/o sus penas quedaron todavía indefinidos por la remisión a la tradición (p. ej. art. 120).

De igual forma, la *Carolina* se dedicó a la dogmática penal y alcanzó incluso una primera aproximación a una especie de “parte general”, en particular contenida en los artículos 139-156 y 177-179³⁴. En este marco, promovió la responsabilidad penal por culpabilidad (art. 179), superando la visión medieval de la responsabilidad fundamentada en el resultado (p. ej. la persona muerta). Se reconoce la diferenciación entre dolo y negligencia, bajo la impunidad de los delitos sin culpa (art. 146), además el privilegio para el crimen pasional cometido en estado de ira momentánea (art. 137) y en los casos de fuerza mayor dada por una situación de hambre irresistible (art. 166), con un sentido social. De igual forma, introdujo la tentativa del delito (art. 178), la complicidad y asistencia (art. 177), el problema de la imputabilidad por edad o locura (art. 179), la legítima defensa (arts. 139-145), el delito juvenil para el cual se previeron sanciones más suaves —por ejemplo para los ladrones con menos de 14 años de edad (arts. 164 y 190)— y promovió la consideración de las circunstancias particulares del caso y del delincuente (art. 104)³⁵.

A diferencia del posterior derecho penal de tipo ilustrado, la *Carolina* no prohibió la analogía. En vez de la máxima *nulla poena sine lege*, la analogía fue permitida por el artículo 105³⁶. No obstante, según su ideal de combatir la arbitrariedad penal, definió sus sanciones como límites superiores, quitándoles la potestad a los jurados locales de agravar la pena.

Un buen ejemplo de la modernidad relativa de la *Constitutio Criminalis Carolina*, puede reconocerse en el delito de adulterio, en cuanto la norma rompió con el castigo unilateral de las mujeres infieles. Más bien, mediante una de las primeras

33 Marquardt, *El Espejo Sajón de 1225*, op. cit., pp. 44 y ss.

34 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 204 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 143 y ss; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 79 y s; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., p. 53.

35 Brigitte Stump, «Adult time for adult crime», *Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Sanktionierung junger Straftäter*, Godesberg, Forum, 2003, pp. 23 y s.

36 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 146; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., p. 79.

normas de la historia del derecho sobre la igualdad entre los géneros, introdujo el tratamiento equivalente de hombres y mujeres (art. 120).



Figura 3. Las diversas penas de muerte y corporales del siglo XVI según una ilustración de la: en la línea arriba: cortar oreja en la picota, ahogar, quemar y ahorcar; en la mitad: eviscerar y cegar; en la línea abajo: lapidar, decapitar, enrodar y cortar mano.³⁷

Por otra parte, la *Carolina* retomó el estilo penal común de la baja Edad Media y de la *Modernidad temprana*, caracterizado por el historiador del derecho Eberhard Schmidt como “una crueldad cerca a la bestialidad [...] una severidad brutal”³⁸, y por su colega Richard van Dülmen como el “teatro del terror”³⁹. En el sistema de las sanciones, se prevé una diversidad de medidas que pretendía tener en cuenta la gravedad del delito y que diferenciaba las penas según el grado de dolor y deshonra que causarían. Predominaron las penas de muerte, las corporales, las de honor y la de destierro. También fueron definidas diversas penas que concretaron el núcleo del *bando imperial de la sangre*. Se previó, por ejemplo, la decapitación mediante la espada del verdugo para violadores sexuales (art. 119), para los atracadores con fuerza (art. 126) y para los rebeldes (art. 127); el ahorcamiento para casos de hurtos de bienes en casa o en serie

37 Fuente: Obra privada *Espejo para los legos* (Laienspiegel) de 1509.

38 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 95 y s.

39 Dülmen, *Theater des Schreckens*, op. cit., título.

(arts. 159 y 162); la desmembración⁴⁰ para la traición (art. 124); la rotura del cuerpo mediante la rueda para los asesinos intencionales (art. 137); la hoguera para los hechiceros (art. 109), falsificadores de monedas (art. 111), homosexuales (art. 116) y pirómanos (art. 125); el ahogamiento o el entierro prematuro para asesinatos mediante veneno e infanticidios cometidos por autoras femeninas (arts. 130-131); el castigo reflectante de la amputación de los dedos usados para el juramento en casos de perjurio (art. 105)⁴¹; la picota para los proxenetas (art. 123) o la multa para el hurto menor (art. 157)⁴². En cuanto a la rueda, hay que diferenciar entre dos modos de ejecución: la menos dolorosa con el primer golpe al cuello y la excesivamente dolorosa, en la cual el delincuente era testigo de la destrucción de sus brazos, piernas y columna y sobrevivía, a veces, algunas horas adicionales cuando era amarrado a la rueda elevada algunos metros por encima de la tierra⁴³. Fue posible agravar algunas penas, arrastrando con un caballo al delincuente que era conducido a la ejecución (art. 193) y pellizcándolo con pinzas de hierro ardientes (art. 194).

Jugó un papel importante la teoría de las penas honorables y no honorables, que se derivaban de la creencia de la época en que la espada de la ejecución no impedía necesariamente la entrada del alma a la vida eterna en el más allá⁴⁴, mientras que las demás penas de muerte destruían también el alma del malhechor. Por lo tanto, fue viable la práctica de conceder un indulto de una pena de muerte a otra. En cambio, la privación de la libertad no era ninguna pena ordinaria, sino que se limitaba a la detención mientras se adelantaba la investigación y a los casos de detención preventiva de algunos pocos delincuentes privilegiados (arts. 176, 195); a corto plazo, era usada en reemplazo de la multa para los ladrones menores sin recursos (art. 157). La casi ausencia de la pena estándar actualmente, puede explicarse principalmente por la escasez notoria de alimentos, dentro de un contexto en que se dependía de la energía solar para la producción agraria, limitada inevitablemente por las capacidades de la fotosíntesis, de modo que nadie podía imaginarse que la imposición de una pena implicara asumir una responsabilidad pública de alimentar a los delincuentes durante largos años.

40 Comp. imagen 5.

41 En cambio, la *Ordenanza malefica del Tirol* de 1499 previó la pena de muerte.

42 Sobre las sanciones: Hinckeldey & Schild & Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, op. cit., pp. 327 y ss; Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 30-100; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 211 y ss.

43 Véase el uso de la rueda en las imágenes 1, 3 y 6.

44 Comp. el sacerdote presente en este modo de ejecución según las imágenes 1 y 3.

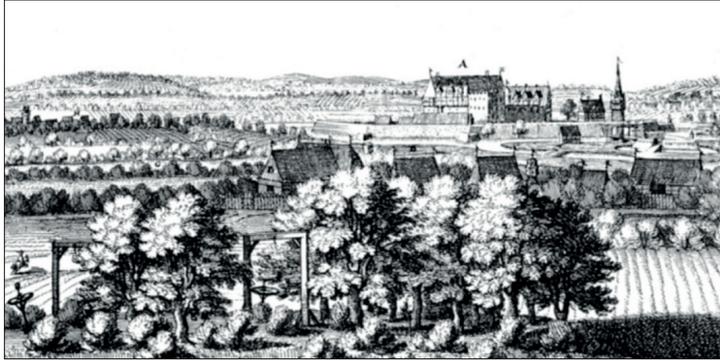


Figura 4. La “estética” típica del siglo XVII: la visualización del señorío —aquí el “Amt” Calenberg de los Güelfos en la Baja Sajonia— está decorada por el lugar de las ejecuciones en el primer plano.⁴⁵

En el ritual de la ejecución pública del condenado, que mostraba la típica apariencia de una fiesta popular⁴⁶, tenía lugar una escenificación plástica de la autoridad del Estado, que se fundamentaba en la inmortalidad del poder y la cercanía del monarca al poder divino sobre la vida y la muerte. No es ninguna casualidad que muchas visualizaciones de los señoríos jurisdiccionales y ciudades de la *Modernidad temprana*, muestren de modo estandarizado la horca como un símbolo orgulloso del poder gubernamental inherente al *bando de la sangre* delegado. De igual forma, el ritual de la muerte pública sirvió tanto para la represión del hecho reprochable como para la neutralización del enemigo social en pro de la seguridad y, además, de modo preventivo para la intimidación de los imitadores potenciales, así de modo evidente en el deber de exponer las cuatro partes del cuerpo desmembrado en un cruce vial (art. 192). En la mentalidad del Antiguo Régimen europeo, la política de paz de la supresión de la venganza de sangre sólo funcionaba cuando la familia de la víctima de un asesinato era complacida con una substitución estatal adecuada y si simultáneamente, era disuadido de vengarse por la amenaza estatal de ser ejecutado de modo igual al asesino.

A pesar de que la *Carolina* parece muy detallada, hay que consultar dos fuentes adicionales para generar un panorama completo del derecho penal imperial de entonces: por una parte, deben tenerse en cuenta los delitos políticos contra la *paz eterna en la tierra*, incluidos en las paces territoriales de 1495, 1521, 1541, 1548 y 1555, en particular, la ruptura de la paz pública (*Landfriedensbruch*), que reemplazaron el anterior *ius ad bellum* de la nobleza y de las ciudades por la

45 Fuente: De Matthäus Merian de 1654.

46 Dülmen, *Theater des Schreckens*, op. cit., pp. 102 y ss.

nueva evaluación de criminalidad grave⁴⁷. Por ejemplo, en 1567, se desmembró públicamente en la plaza mayor de Gotha al noble y transgresor de la paz Guillermo de Grumbach, por su papel en varias guerras internas ilegales⁴⁸.



Figura 5. Derecho penal del enemigo: el desmembramiento del perturbador de la paz Guillermo de Grumbach en 1567⁴⁹.

Por otra parte, debe consultarse la *Ordenanza imperial de policía* del emperador Carlos V de 1530 y sus dos sucesoras de 1548 y 1577⁵⁰, las cuales estipularon un montón de delitos menores, previendo castigos para el lenguaje agresivo, el consumo exagerado de alcohol, la gula, las fiestas excesivas de matrimonio, de bautismo y del año nuevo, la auto-representación vanidosa mediante vestidos, zapatos, pelucas y joyas llamativas, los bailes libertinos, la promiscuidad, los trabajos en el domingo y la ociosidad. La motivación de la llamada *buena policía* osciló entre la promoción de la *paz eterna en la tierra* mediante la supresión de los instintos y afectos negativos y la promoción de la *ética cristiana* para acompañar el camino exitoso del pueblo hacia el fin de la existencia terrenal, la vida eterna en el más allá. La pena más típica en esta esfera fue la multa⁵¹.

47 *Ewiger Landfriede, Paz Eterna en la Tierra* de 1495, op. cit.; *Landfriede, Paz territorial* de 1521, ed. por Schmauß & Senckenberg, *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, op. cit., pp. 179 y ss; *Paz territorial y religiosa de Augsburgo* de 1555, op. cit. Comp. Andreas Roth, "Landfriedensbruch", en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, op. cit., pp. 505-509.

48 Michael Kotulla, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Berlin & Heidelberg, Springer, 2008, pp. 60 y s.

49 Fuente: grabado en cobre del siglo XVII, lugar: Landesbibliothek Coburg, Alemania, HP-Q 68,47(1-2)#2.

50 *Reichspolizeiordnungen, Leyes imperiales de policía* de 1530, 1548 y 1577, eds. por Karl Härter & Michael Stolleis (Eds.), *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit*, tomo 1, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1996. Comp. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 214 y ss.

51 Véase p. ej. Ernst Ziegler, *Sitte und Moral in früheren Zeiten*, Sigmaringen, Thorbecke, 1991.

5. EL PROCESO PENAL INQUISITORIO: ENTRE EL PENSAMIENTO MÁGICO Y LAS GARANTÍAS PROCESALES PROTEGIDAS POR LA DEMANDA DE NULIDAD

La *Constitutio Criminalis Carolina* no puso en duda el modelo establecido de que la jurisdicción penal estaba en manos de jurados locales, sino que confirmó dicho estándar (arts. 1 y ss, 84) de consejos de siete, diez o doce ancianos. En los señoríos jurisdiccionales del campo —donde vivió el 90% de la población—, pertenecieron, según el principio del indigenato, a la comunidad local misma y no fueron ni juristas ni letrados. Múltiples textos locales, como la *Costumbre* (Landsbrauch) del condado de Hohenems-Vaduz de 1667, precisaron los detalles de trabajo de modo ritualizado y folclórico⁵². En cierto sentido, la *Carolina* fue prevista como un “manual” procesal claro y entendible para estas personas.

En ello, la *Carolina* se dedicó a la ética de los jueces y jurados penales: según la fórmula de juramento en los artículos 3 y 4, tuvieron que aplicar la misma justicia para el pobre y para el rico, sin desviarse por amistad, compasión, pago o regalo. Además, el artículo 205 prohibió la corrupción en forma de aceptación de pagos de eventuales acusadores privados. Tampoco fue posible el rescate del condenado por un pago alternativo.

Como una reminiscencia al pasado, la *Carolina* conservó formalmente la alternativa del proceso acusatorio medieval, que en la práctica se desvirtuaba, porque el demandante tenía el deber de garantizar completamente la seguridad del acusado mediante fiadores, o era sometido a la detención durante la investigación junto con el demandado. Efectivamente, la segunda alternativa fue la más recurrida, en cuanto se consagró la persecución *ex officio* de los delitos normativizados (arts. 6-10). También en la práctica, predominó el proceso inquisitorio derivado del proceso canónico de la inquisición eclesiástica contra herejes⁵³. De tal manera, se concluyó el proceso de la estatalización del derecho penal: el combate contra el crimen, en lo sucesivo, era una tarea del Estado, no de la víctima.

En este marco, la *Carolina* se dedicó a la tarea de reconstruir la *verdad histórica* de los delitos en vez de querer pacificar a las familias de víctimas y victimarios. Por una parte, promovió una des-magificación parcial del proceso penal,

52 *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte Maleficia* de 1667, en Karin Rogl, *Lands Brauch, oder Erbrecht in der Vaduzischen Grafschaft üblichen, ein Dokument aus dem Jahre 1667 als Grundlage für die landschaftliche Rechtsprechung*, Vaduz, Historischer Verein des Fsm. Liechtenstein, 2002, pp. 46 y ss, 103 y ss.

53 Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 150; Thorsten Guthke, *Die Herausbildung der Strafklage*, Colonia, Böhlau, 2009, pp. 105 y ss; Maihold, *Auß lieb der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., pp. 80 y s; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 126.

suprimiendo definitivamente las ordalías, orientadas a invocar la benevolencia divina para determinar la culpabilidad o inocencia —por ejemplo la prueba del brazo en el agua hirviendo— y suprimiendo la práctica del juramento de depuración⁵⁴. Por otra parte, prolongó otro tipo de pensamiento mágico cuando confirmó⁵⁵ la *tortura judicial* como un medio probatorio estandarizado para obtener confesiones por parte de los imputados⁵⁶. Con base en citas bíblicas, hubo una creencia en el potencial de purificación de la confesión. Según el artículo 22, la confesión fue la única prueba permitida al lado de la alternativa de dos testigos (art. 67) que típicamente no fue viable. A través de la *pregunta dolorosa*, se creía poder “ayudar” a la comunicación de la verdad, superando de tal manera el poder de los demonios anidados en el cuerpo y alma del malhechor. Otra explicación de la tortura judicial se enfoca en aspectos tecnológicos, señalando que antes de la Revolución Industrial faltaron prácticamente todas las precondiciones tecnológicas para una criminología científica, es decir, no fue imaginable reemplazar el potro del verdugo por la lupa del criminalista⁵⁷. La tortura probatoria fue aplicada de modo clandestino sin presencia de los comuneros jurisdiccionales y sin diferenciación entre el órgano de investigación y el órgano de decisión. Cuando el interrogado resistía la tortura y se negaba a la confesión, había que absolverlo, aunque tales casos fueron extremadamente raros. La muerte accidental del interrogado fue vista como un error grave del interrogador. No se contempló el riesgo de que el torturado repitiera todo lo que quería escuchar el interrogador, pero no la verdad; el medio de averiguación destruyó la voluntad existencial de la persona que, finalmente, se redujo a querer escapar del dolor insoportable. Por lo menos para el observador actual, es obvia la capacidad desastrosa del modelo para diferenciar entre los autores de delito y las personas inocentes⁵⁸.

54 En cuanto a estas pruebas en el siglo XIII: Marquardt, *El Espejo Sajón de 1225*, op. cit., pp. 44 y ss.

55 La tortura había aparecido en el derecho die Wiener Neustadt de 1221/1230 y en Geldern en 1233. La ola principal de difusión empezó con la *Peste Negra* de 1348; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 91 y ss.

56 Jens Andreas Sickor, *Das Geständnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 116 y ss.

57 Lukas Gschwend, *Justitias Griff zur Lupe*, Graz, Leykam, 2004, pp. 11 y ss.

58 Sobre la tortura según la *Carolina*: Dieter Baldauf, *Die Folter, Eine deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Böhlau, 2004; Hähnchen, *Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 274 y ss; Franz Helbing, *Geschichte der Folter*, reimpr. de la ed. 1926, Hamburgo, Severus, 2013, pp. 189 y ss; Hinckeldey & Schild & Merzbacher, *Justiz in alter Zeit*, op. cit., pp. 241 y ss; Laufs, *Rechtsentwicklung in Deutschland*, op. cit., pp. 139 y ss; Maihold, *Außerblick der gerechtigkeit vnd umb gemeynes nutz willen*, op. cit., pp. 82 y s; Peter Oestmann, “Rechtmäßige und rechtswidrige Folter im geheimen Strafprozess”, en Thomas Weitin (Ed.), *Wahrheit und Gewalt*, Bielefeld, Transcript, 2010, pp. 87-110, 92 y ss; Radbruch, *Zur Einführung in die Carolina*, op. cit., pp. 325 y ss; Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 100 y ss; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 125 y ss; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., pp. 208 y ss; Schroeder, *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, op. cit., pp. 54 y ss. Para comparar: Francisco Tomás y Valiente, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000, pp. 15 y ss.



Figura 6. La visualización satírica del derecho penal público en el arte: la Justicia de Pieter Brueghel el Viejo de 1559 muestra dicha virtud ciega y enrodada por la corte urbana de Amberes en el Círculo imperial de Borgoña, diversos métodos de tortura procesal y varias penas de muerte. El comentario del dibujo dice: “El objetivo de la ley es o que el castigado mejore o que por medio del castigo otros se intimiden o que, así, por medio de la represión de los malhechores, los demás puedan vivir más seguros”. Evidentemente, Justicia no cumple⁵⁹.

Es importante subrayar que la *Carolina* no quiso simplemente consagrar prácticas procesales preexistentes, sino que buscó la reforma de las mismas. Se propuso establecer lo que en el horizonte del siglo XVI se entendía como un debido proceso, en la forma de una variedad de derechos fundamentales procesales.

Respecto a la tortura procesal, hay que tener en cuenta que la *Constitutio Criminalis Carolina* no sólo la legitimó como una medida regular para generar pruebas, sino que estipuló paralelamente límites estrechos⁶⁰, en particular: insistiendo en el prerrequisito de que hubiera indicios suficientes (art. 20), como la mala reputación del sospechoso, su presencia en el camino que se dirigía hacia el lugar del crimen, la presencia de vestidos sangrientos, la venta de bienes robados, el embarazo anterior al infanticidio, etc. (arts. 25-26, 33-44). De igual forma, fue prevista la consulta a médicos y matronas como peritos, por

59 *Justitia*; lugar: Bibliothèque Royale, Cabinet Estampes, Bruselas. Interpretación del dibujo: Karl Heinz Burmeister, “La Justicia de Pieter Brueghel el Viejo”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 24, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 19-38.

60 Radbruch, Zur Einführung in die Carolina, op. cit., p. 326.

ejemplo en los casos de infanticidio, aborto, negligencia médica, lesión mortal y muerte dudosa (arts. 35-36, 131-134, 147-149), iniciando la línea de la medicina forense. De tal manera, se reservó la *pregunta dolorosa* a contextos en los cuales los indicios fueron muy fuertes —muchas veces comparables con las posibilidades del derecho penal actual de condenar inmediatamente en el fundamento de los mismos—, pero aun así el proceso inquisitorio del Antiguo Régimen no aceptó ninguna condena directa con esta base, sino requirió adicionalmente de la confesión del delincuente, pues la verdad debía ser evidente para todos. La confesión necesitó ser repetida sin que mediara tortura para ser válida (arts. 48 y ss), en particular, en la última fase pública del juicio llamada el *día final del derecho* (endlicher Rechtstag). Sin embargo, sólo se regularon las precondiciones de la tortura, pero no su intensidad, que fue delegada a la conciencia del “juez racional” (art. 58). Indudablemente, esto fue nada menos que la cuadratura del círculo: la simbiosis estrecha entre una especie de estatalidad de derecho y su antítesis, la tortura.

Además, la *Carolina* estableció la protección frente a detenciones arbitrarias (arts. 11 y 218), cuyo origen es muchas veces asociado erróneamente con el posterior *habeas corpus* inglés de 1679⁶¹. A la garantía de un debido proceso conforme a la ley perteneció el derecho a la notificación de la causa de la acusación, la oportunidad de una defensa adecuada, la imparcialidad de los jueces y jurados, la prohibición de pruebas de inocencia a través de ordalías y la proscripción de preguntas sugestivas (art. 56).

En general, la condena no fue apelable, es decir, se partió de una sola instancia penal. Sin embargo, se protegieron las garantías procesales de la *Constitutio Criminalis Carolina* mediante un recurso especial, la *demanda de nulidad*, con la cual se pudieron impugnar violaciones bajo el acceso directo a una de las dos cortes supremas del Sacro Imperio Romano, el Consejo Cesáreo-Imperial Áulico —finalmente en Viena— o la Corte de la Cámara Imperial —finalmente en Wetzlar—⁶². Varios autores han comparado dicha demanda con el *amparo constitucional* moderno, pues con ello se viabilizó la defensa de derechos que hoy son fundamentales frente a abusos del poder público. En múltiples casos, los magistrados apoyaron a víctimas de abusos de la justicia local. De igual forma, la *Carolina* quiso disciplinar a los consejos locales de los jurados mediante la

61 Hermann Baltl, “Oder binnen 24 Stunden freizulassen, Ein Beitrag zur Geschichte des Grundrechts auf persönliche Freiheit”, en Clausdieter Schott & Eva Petrig Schuler (Eds.), *Festschrift für Claudio Soliva*, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 9-20, 13 y ss.

62 Bernhard Diestelkamp, *Rechtsfälle aus dem Alten Reich, Denkwürdige Prozesse vor dem Reichskammergericht*, München, C.H. Beck, 1995, pp. 28, 111 y ss, 117 y ss, 126 y ss, 218 y ss; Ralf-P. Fuchs, *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 1994, pp. 14 y ss; Wolfgang Sellert, *Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht*, Aalen, Scientia, 1965, p. 39.

solicitud de obtener, en casos difíciles y dudosos, el dictamen de una Facultad de Derecho de una Universidad (art. 219)⁶³.

Cabe enfatizar que la *Carolina* no se expresó detalladamente sobre los verdugos como funcionarios especializados en la ejecución y tortura, pero partió de la centralidad de este cargo. Varios estudios especializados muestran la ambigüedad de su estatus. Por una parte, los verdugos fueron considerados personas fuera de la sociedad de los honorables, es decir, según la lógica estamental heredaron su función a sus hijos, necesitaron casarse con hijas de otros verdugos, dispusieron en la taberna de su vaso propio y fue posible condenar a una “mujer caída” al baile público con el verdugo, al estilo de una pena de honor. Por otra parte, nadie conoció mejor el cuerpo humano, de modo que el verdugo fue estimado como médico y cirujano⁶⁴.

6. LOS TRES SIGLOS DE LA CAROLINA

La *Constitutio Criminalis Carolina* fue un éxito en el sentido de servir durante toda la *Modernidad temprana* como el fundamento del derecho penal en el Sacro Imperio Romano, pues fue percibida como apropiada para el combate del Estado contra el crimen. Pese a que la *Carolina* reconoció formalmente su propia subsidiaridad frente a los derechos locales tradicionales, excepto el carácter obligatorio de las garantías procesales y de los castigos máximos, motivó una ola normativizante de los principados regionales, señoríos jurisdiccionales y ciudades que transformaron ahora las costumbres penales en formas escritas e interiorizaron, en este marco, el núcleo de la *Carolina*. Hippel y Schmidt han reconstruido, sin reclamar completitud, una docena de derechos regionales que materializaron, a partir del langraviato de Hesse en 1535, la *Carolina*⁶⁵. Incluso en la zona con la autonomía más amplia dentro del Imperio, Suiza, varios vasallos adoptaron los contenidos claves⁶⁶. A veces, las ordenanzas penales locales sólo se dedicaron de modo ejemplar a algunos delitos considerados centrales: por ejemplo, la *Ordenanza de la corte maleficia* del Condado de Vaduz de 1667 transfirió el delito de la hechicería en un lenguaje menos abstracto y más

63 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 134 y s; Schroeder, *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.*, op. cit., p. 214.

64 Sobre los verdugos: Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., pp. 13 y ss, 86 y ss, 125 y ss.

65 Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 222 y ss; Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 142 y s

66 Theodor Bühler, “L'appartenance à l'Empire a-t-elle influencé le droit de la Principauté de Bâle (XIIe-XVIIe siècle)” en Jean D. Morerod et al. (Eds.), *La Suisse occidentale et L' Empire*, Lausana, SHSR, 2004, pp. 359-378, 374 y s; Gschwend, *Carolina*, op. cit.; Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, op. cit., pp. 186 y s, 223 y ss, 228; René Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zürich, Dike, 2007, pp. 122, 215; Anton Philipp von Segesser, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, tomo 4, Lucerna, Räber, 1858, pp. 182 y s, 212 y ss.

folclórico bajo advertencias de ser atento, pero no se dedicó explícitamente a delitos contra la vida, integridad física o propiedad⁶⁷. De todos modos, por su calidad dogmática y su reputación casi mítica de *derecho cesáreo* de los monarcas primarios de Europa, la *Carolina* fue una de las legislaciones más exitosas de entonces: más en las cortes urbanas y en las capitales regionales con jueces universitarios, menos en las cortes rurales de los señoríos locales, donde los jurados campesinos pretendieron defender su visión de aplicar un derecho consuetudinario proveniente de una supuesta memoria eterna. También para la ciencia del derecho penal, la Carolina sirvió como el punto de referencia⁶⁸. En general, sobrevivió hasta la destrucción napoleónica del Sacro Imperio Romano en 1806 e, incluso algunos decenios más, en varios de los Estados sucesores de la primera mitad del siglo XIX.

7. EL CONTEXTO EUROPEO Y MUNDIAL

La variante latina de la *Constitutio Criminalis Carolina*, fue entendible en toda la Europa latina. Fuera del Sacro Imperio Romano, el juez polaco Bartłomiej Groicki elaboró una traducción en polaco en 1559⁶⁹ y el ducado vasallo polaco de Prusia se orientó parcialmente en la *Carolina* a partir de 1620⁷⁰. De igual forma, fue traducida al francés y sirvió, a partir de 1734, como el código penal para las tropas de mercenarios extranjeros del Rey de Francia⁷¹.

En general, puede reconocerse en la *Carolina* al precursor europeo del derecho penal de la era del Renacimiento. En Francia, la *Ordenanza sobre el hecho de la justicia, policía y finanzas de Villers-Cotterêts* de 1539⁷² no fue ningún código penal, sino que se dedicó de modo mixto y breve a múltiples asuntos públicos y contuvo sólo entre otras disposiciones, algunas aclaraciones penales como el reconocimiento de la legítima defensa del artículo 168. En general, Francia esperó un siglo y medio hasta que adoptó con la *Ordonnance criminelle* de 1670⁷³,

67 *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte Maleficia* de 1667, op. cit., pp. 103 y ss.

68 También el famoso penalista Benedict Carpzov (1595-1666) se fundamentó en la *Carolina*; Hippel, *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, op. cit., pp. 226 y ss; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., p. 296.

69 Peter Oestmann, “Gemeines Recht und Rechtseinheit”, en Eva Schumann (Ed.), *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 1-50, 30.

70 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 143.

71 Segesser, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republic Lucern*, tomo 4, op. cit., pp. 198 y ss.

72 *Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539*, ed. por Jacques Lecler (Ed.), *Histoire de la langue française*, http://www.tlfg.ulaval.ca/axl/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm (20.2.2017). Comp. Benoît Garnot, *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne, XVIe, XVIIe, XVIIIe siècles*, Paris, Ed. Bréal, 2006, p. 129; Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, op. cit., pp. 243 y ss.

73 *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, pour les matières criminelles, données à Saint Germain-en-Haye au mois d'Août 1670*, Paris, 1670. Véase Garnot, *La justice et l'histoire*, op. cit., p. 137.

un texto que fue, por lo menos en la parte procesal, comparable con la *Carolina*. En Inglaterra, el *estatuto de fianza* de 1554 y el *estatuto de procesamiento* de 1555 tocaron varias dimensiones penales, pero no fueron códigos completos⁷⁴. La única normatividad penal comparable fue la ya citada *Partida séptima* de Castilla, aunque esta conservó muchas lógicas del siglo XIII que requirieron de la interpretación profunda para adaptarlas a la mentalidad jurídica del siglo XVI, así en particular mediante la reedición glosada y actualizada de 1555. En el siglo XVI, la *Partida séptima* se difundió también a los virreinos americanos de la monarquía madrileña⁷⁵. Por su parte, el Libro VII de la *Recopilación de las Indias* de 1680 contuvo más normas complementarias de la *buena policía* que características de un código penal⁷⁶. En cuanto a los rasgos generales, se coincide con Francisco Tomás y Valiente que “el derecho penal de los siglos XVI a XVIII es sensiblemente análogo en todos los grandes países europeos”⁷⁷, aunque con particularidades significativas como la persecución penal de los *herejes* en la Europa mediterránea a manos de tribunales (semi) eclesiásticos⁷⁸ y la de las *brujas* en la Europa noralpina por cortes ordinarias, por lo que el carácter general de una familia jurídica no se fundamentó tanto en supuestas raíces en la antigüedad romana, sino principalmente en el proceso formativo de la cultura jurídica de Europa en los siglos XIII a XVI.

A nivel mundial, el texto más comparable de la *Modernidad temprana* fue el *Código Qing*, elaborado en 1646 por el Imperio Chino con un total de 436 artículos. El enfoque procesal en la confesión de los delincuentes, obtenida por la tortura judicial, parece semejante. Por su parte, el Imperio Otomano del Sultán Solimán “el legislador” (1520-1566) dejó elaborar un montón de *kanunes*, inclusive penales, que se unieron en el *Kanun-Nameh*. Los *kanunes* penales articularon la tendencia a atenuar las interpretaciones duras de la *sharia* religiosa, así por ejemplo en la esfera de los delitos sexuales que se enfocaron en multas en vez de la muerte cruel por la lapidación. A pesar de que dichas normas penales asiáticas conocieron también la tortura y múltiples penas de muerte, la tendencia general parece menos cruel que la europea de entonces⁷⁹.

74 Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, op. cit., pp. 5 y ss.

75 *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*, Salamanca, Impr. por Andrea de Portonaris, 1555.

76 Libro VII de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2ª ed., Madrid, por Antonio Balbas, 1756, 3ª ed., Madrid, por Andrés Ortega, 1774 (1680). Comp. Heikki Pihlajamäki, “The Westernization of Police Regulation”, en Íd & Thomas Duve (Eds.), *New Horizons in Spanish Colonial Law, Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 97-124, 107 y s.

77 Tomás y Valiente, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, op. cit., p. 112.

78 Para Hispanoamérica: Antonio M. García-Molina Riquelme, *Las hogueras de la inquisición en México, México*, UNAM, 2016.

79 Bernd Marquardt, *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 72 y ss, 84 y ss; Harro von Senger, “Die Strafe im kaiserlichen China”, en Société Jean Bodin pour l’Histoire (Ed.), *La peine*, tomo 4, Bruselas, De Boeck, 1991, pp. 371-385.

8. LA PRÁCTICA NO TAN SANGRIENTA DE LOS SEÑORÍOS JURISDICCIONALES EN LOS JUICIOS DE VECINOS

Cabe precisar que ningún juez local de la *Modernidad temprana* aplicó la *Constitutio Criminalis Carolina* al estilo de la subsunción de la posterior Ilustración, sino que los señoríos jurisdiccionales del campo continuaron utilizando el antiguo modo jurídico de los consejos de ancianos, al estilo de memorias colectivas del derecho particular que se orientaron casuísticamente en la memoria de decisiones anteriores, usando en sus referencias al derecho imperial visiones generales y no tan precisas; aunque pudo comprobarse que ello generaba el de demandas de nulidad.

Además, cabe señalar que la corte local fue libre en elegir una entre dos modalidades penales. La primera fue el *proceso maleficio* —también llamado justicia alta, del cuello o de la sangre— según la *Carolina*, con base en el *bando de la sangre* obtenido de manos del emperador. La segunda alternativa fue el camino de la *justicia menor* (Niedergerichtsbarkeit), que se entendió como una facultad originaria de los señoríos jurisdiccionales y que incluyó también todos los delitos, menos la facultad de condenar a la pena de muerte. En otras palabras, por elegir la lógica de la *justicia menor*, la corte local pudo escaparse por lo menos fácticamente de las reglas establecidas en la *Carolina*⁸⁰.

Esto fue altamente relevante en los juicios contra vecinos de la comunidad local misma, donde hubo una aversión a quitarle la vida a una persona bien conocida durante múltiples años. Como ejemplo del castigo de un vecino, se señala el caso del campesino Lorenntz Mathöw de 1553 del señorío de Sonnenberg en la zona alpina de Arlberg —hoy en Austria— quien, debido a que violó dos veces la prohibición de cazar venados, fue juzgado con cuatro condenas llamativas: debía llevar siempre en su ropa un ciervo bordado de color amarillo, así el delincuente y el delito eran marcados para la burla de todos; segundo, no podía cargar ningún arma por el resto de su vida, con la excepción de un “cuchillo roto para el pan”; tercero, en la iglesia debía hacerse siempre en la parte de atrás, cerca de la puerta y, cuarto, le fue prohibido visitar la taberna local⁸¹. La lógica fue la de castigar mediante la *exclusión* social, en lo que la prohibición de visitar la taberna significó la exclusión de la actividad más importante del tiempo libre de entonces y el aislamiento de la vida pública del pueblo, mientras la prohibición del porte de armas simbolizó la descalificación del círculo de los hombres milicianos con el efecto de la pérdida de los derechos políticos en

80 Los señoríos no aceptaron los intentos de reservar los delitos graves exclusivamente para la *justicia alta*. Sobre la última: Lück, *Hochgerichtsbarkeit*, op. cit., pp. 1055-1059.

81 *Sentencia del señorío de Sonnenberg* de 1553, ed. por Alois Niederstätter, *Vorarlberger Urfehdebrieße*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985, pp. 139 y s.

las asambleas comunitarias. Cabe precisar que, en vez de castigar con el *internamiento* en lugares carcelarios, que es en la actualidad típico en los Estados territoriales de las sociedades de masas individualizadas con un alto grado de movilidad, se castigó al revés, con la *exclusión*, lo cual estaba en consonancia con las condiciones de sociedades pequeñas no móviles, en las cuales todos los miembros de la comunidad se conocían bien entre sí. De vez en cuando, la corte local actuó de modo maléfico bajo el ritual de condenar al malhechor a la muerte, de dirigirlo al lugar de ejecución, de escuchar en este lugar la intercesión de sus familiares y amigos y de indultar en el último momento viable las penas típicas entre vecinos, lo que significó una intimidación máxima para evitar la repetición. Muchas veces los parientes del condenado eran obligados a ser garantes de su vida futura honorable y sin crímenes, de modo que el delincuente era controlado socialmente. Además, tuvo que jurar la paz en el sentido de la renuncia a la venganza frente a la corte (Urfehde) por lo ocurrido en la detención preventiva, por ejemplo la tortura⁸². De igual forma, aparece la pena local de la peregrinación obligatoria, influenciada por los ideales religiosos de purificación⁸³. Como la forma máxima de la pena de exclusión, apareció el destierro⁸⁴. No obstante, la verdadera reina de las penas frente a vecinos fue la multa, que tuvo la ventaja adicional de generar ingresos públicos.

También juicios en constelaciones inter-urbanas pudieron funcionar de modo semejante: cuando el consejo de la ciudad imperial de Basilea tuvo que dedicarse, en 1547, a un caso de violación sexual por un autor de la ciudad vecina de Schaffhausen, consultó al profesor universitario local Bonifacius Amerbach, quien elaboró su dictamen con base en la *Carolina*, pero cuando el consejo quiso juzgar con este fundamento a la muerte, intervino Schaffhausen en pro de su ciudadano, indicando la alianza entre ambas urbes, de modo que el consejo basilense decidió de modo político y condenó a un mero destierro junto con una multa alta⁸⁵.

En resumen, es muy importante evitar la trampa de deducir del texto disuasivo de la *Carolina* una práctica de frecuentes penas de muerte para todo tipo de delito. En la vida real de las ciudades y señoríos jurisdiccionales, hubo típicamente muchos años sin que se ejecutara ninguna pena de muerte.

82 Günter Jerouschek & Andreas Blauert, "Zwischen Einigungsschwur und Unterwerfungseid, Zur obrigkeitlichen Usurpation des Urfehdewesens", en Hans Schlosser et al. (Eds.), *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, Formen und Entwicklungsstufen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2002, pp. 227-246; Niederstätter, *Vorarlberger Urfehdebrieife*, op. cit., pp. 14-22.

83 Louis Carlen, *Wallfahrt und Recht im Abendland*, Friburgo, Universitätsverlag, 1987, pp. 82 y ss.

84 Rudolf His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, reimpr. de la ed. Weimar 1920 y 1935, Aalen, Scientia, 1964, pp. 410 y ss, 533 y ss.

85 Hans-R. Hagemann, *Aus dem Rechtsleben im alten Basel*, Basilea, Verlag Basler Zeitung, 1989, pp. 61 y ss.

9. PROCESOS DE BRUJERÍA Y ERRANTICIDIO

Según el análisis de los documentos de las cortes de justicia, se reservaron las penas duras de la *Constitutio Criminalis Carolina* a tres constelaciones principales: primero, para perseguir el delito concebido como el más peligroso de la época, es decir, la magia negra de supuestas brujas y brujos en colaboración con el diablo; segundo, para la represión penal de la extensa clase sub-campesina de los errantes no sedentarios sin pertenencia jurídica a nada; y tercero, para combatir algunos pocos delitos vistos extremadamente graves como parricidio e infanticidio. Los procesos de brujería se fundamentaron en el artículo 109 de hechicería junto con la blasfemia (art. 106), la sodomía (art. 116)⁸⁶ y el adulterio (art. 120) si la bruja era casada, pues se creía que las brujas hacían una celebración sexual del pacto con el diablo. Típicamente, la corte local preguntó en los interrogatorios de brujería por coautores del delito, lo que llevó bajo la tortura a cadenas de denunciations: por eso, la bruja nunca era autora individual de delito, sino se construyó la misma como miembro de una secta amplia de personas diabólicas. La casualidad de los nombres en los testimonios extorsionados, llevó al fenómeno de víctimas más o menos casuales con decenas de ejecuciones en un solo contexto. En la época principal, entre 1560 y 1690, la persecución judicial de la brujería costó la vida de aproximadamente 60 mil europeos —de ellos 25 mil en el Sacro Imperio Romano— al estilo de sacrificios humanos para calmar el lado peligroso de la naturaleza y para ganar la benevolencia divina. El autor ha analizado este fenómeno en otro lugar de manera detallada, de modo que aquí se considera suficiente una referencia sistemática⁸⁷.

En cambio, quiere profundizarse en la persecución penal de los errantes (*Vaganten*) o viajeros (*Fahrende*), un grupo caracterizado por la no-pertenencia a ninguna “ciudadanía” local, en la dimensión del 10% al 20% del total de la población. Se trató de personas que nacieron en el interior del Imperio, pero en un mundo sin ciudadanía nacional, no dispusieron de la única pertenencia jurídica establecida, la de un señorío local o una ciudad. Múltiples obras han tocado el *erranticidio* judicial de modo marginal, sin ignorarlo pero tampoco de modo profundo, pues parece que la mayor parte de los autores jurídicos prefiere detectar en su objeto de estudio el combate serio contra el crimen en vez de

86 En la variante del sexo con un animal, pues el diablo fue visto así. En caso de brujos masculinos, se aplicó también la variante del homosexualismo.

87 Bernd Marquardt, “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 30, Bogotá, UNAL, 2011, pp. 217-244, 223 y ss. Véase también: Wolfgang Behringer, *Witches and Witch-Hunts, A Global History*, 3ª reimpr., Cambridge, Polity Press, 2008, pp. 165 y ss; Verena J. Dorn-Haag, *Hexerei und Magie im Strafrecht, Historische und dogmatische Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 42 y ss, 54 y ss; Ströhmer, *Carolina, Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse*, op. cit.; Rita Voltmer & Franz Irsigler, “Die europäischen Hexenverfolgungen der frühen Neuzeit”, en Rosmarie Beier-de-Haan et al. (Eds.), *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002, pp. 30-47.

una especie de estatalidad criminal, sin abrirse suficientemente a visiones del *lado oscuro del Estado*.

Por una parte, puede verse en los errantes el producto de la práctica frecuente de la justicia penal segmentaria de castigar con el destierro; por otra parte, se trató de una consecuencia de las características del sistema socio-ambiental agrario, donde el modo de control del tamaño demográfico local se basaba en presunciones sobre la capacidad de carga local, con una diferenciación estricta entre la reproducción sexual legal e ilegal y la exclusión rabiata de hijos considerados ilegítimos por su origen no matrimonial; además, el derecho demográfico excluyó los hijos sin derecho a la sucesión en un puesto de subsistencia —quienes habían sido concebidos suplementariamente para compensar el riesgo de la mortalidad epidémica— de las posibilidades de reproducción, es decir, estas personas se encontraron al fin en una posición social marginal, sirviendo de su hermano y sin derecho a casarse, frente a lo cual el *errantismo* pudo aparecer como una opción de escape más interesante. Otro origen del *errantismo* fueron los mercenarios sin empleo en tiempos de paz, quienes disponían de un alto nivel de profesionalismo como expertos de la violencia. En cambio, no es posible entender a los errantes como un grupo étnico⁸⁸, pues los gitanos provenientes de la India fueron un subgrupo relativamente pequeño dentro de los mismos, aunque vivieron bajo una presión de persecución aun mayor por su estigmatización adicional como supuestos espías del Imperio Otomano islámico⁸⁹.

A causa de la falta de toda base de una vida regular, los errantes fueron presionados estructuralmente a la criminalidad para sobrevivir. Por lo tanto, los señoríos y ciudades los vieron sólo según el aspecto del peligro que representaban —bajo la estigmatización sumaria como los *hombres nocivos para el país* (landschädliche Leute)—. El patrón general fue que toda jurisdicción declaró ilegal la presencia de los mendigos forasteros, desplazándolos hasta una cierta fecha bajo la amenaza a los infractores con el flagelo y la marcación a fuego con la horca en la cara o incluso con la aplicación real de la horca en caso del regreso. Si hubo delitos reales contra la propiedad o integridad física, se aplicaron de modo intransigente y muchas veces en meros juicios sumarios, las posibilidades mortales puestas a disposición por el *bando de la sangre* y la *Carolina*, ignorando el artículo 166 de esta que pretendió privilegiar la fuerza mayor social del hambre irresistible. Una alternativa lucrativa consistió en vender los errantes condenados al servicio forzoso como remeros encadenados en las galeras habsburgas, papales o venecianas en el mar Mediterráneo, lo que fue

88 A diferencia de los otros países de Europa central, la Suiza de hoy ha reconocido a los *yeniches* como una minoría nacional (a pesar de su origen social, no étnico).

89 Sobre la situación legal de los gitanos (zíngaros, rom, sinti): Peter Putzer, “Wie lustig war das Zigeunerleben im Erzstift Salzburg? Ein Beitrag zur Geschichte des Erzstift-Salzburgischen Zigeunerrechts”, en revista Salzburg Archív, no. 20, Salzburgo, Verein Freunde der Salzburger Geschichte, 1995, pp. 63-88.

una especie de esclavitud penal sin retorno y pena de muerte prolongada⁹⁰. Por lo tanto, en los juicios contra errantes, la finalidad de la pena pública no fue la corrección, tampoco la intimidación, sino el exterminio de una sobrepoblación vista como indeseada. Sintetizando, puede percibirse una tendencia permanente al *erranticidio* judicial.



Figura 7. El erranticidio judicial en el señorío jurisdiccional de Hohenems en el río Rin según una carta requisitoria e intimidadora de 1749.⁹¹

En los juicios anti-errantes, pudo manifestarse una mezcla con los elementos de los procesos contra demonios. Como ejemplo, se plantea la persecución de la *banda del hechicero Jacobo* (Zauberjackel) que se llevó a cabo, desde 1675 hasta 1681, en los señoríos jurisdiccionales del principado-obispado de Salzburgo, en el Círculo imperial de Baviera. El resultado consistió en la ejecución de 138 errantes, entre ellos 56 niños entre los nueve y dieciséis años, sin respeto por los relativos beneficios reconocidos a los delincuentes juveniles en la *Carolina*. Entre

90 Formalmente, su estatus no fue la esclavitud, sino la muerte civil; Beat Graf, *Freiheitsstrafen in der Fürststabei St. Gallen ... bis zum Ende des Ancien régime*, Wil, 1996, pp. 39 y ss, 99 y s; Hans Schlosser, "Galeerenstrafe", en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, op. cit., pp. 1914-1917.

91 Fuente: Carta requisitoria de Bregenz en Austria de 1749, *Landesarchiv* de Vorarlberg, signatura HoA.

los delitos “probados” bajo la tortura procesal, se detectan también la sodomía, la transformación en hombres lobos y los asesinatos ritualizados. Seguramente, los hombres lobos fueron exagerados, pero no el bandidaje peligroso como tal⁹².

De todos modos, la práctica del *erranticidio* judicial tuvo efectos desastrosos. Por una parte, si las normas de la seguridad anti-errante se enfocaron en la expulsión de la respectiva jurisdicción, la aplicación de esta estrategia sólo aumentó la velocidad de circulación, sin acercarse a las raíces de la existencia de esta clase sub-campesina. Por otra parte, la persecución penal sin piedad no hizo desaparecer a manos de los verdugos a esta décima o quinta parte de la población, pues no se comprendieron los modos de reproducción ni la violencia estructural⁹³ que presionó fácticamente a ladronear para sobrevivir. Mucho menos fue tomada en serio la alternativa hipotética de dedicarse a suprimir las precondiciones sociales de esta clase sub-campesina⁹⁴.

En términos generales, hay que deducir que tanto frente a su propio ideal de la igualdad legal, como respecto a la habilidad de diferenciar bajo la tortura procesal los culpables de los inocentes, el sistema de la *Carolina* mostró resultados pésimos. Lo más llamativo fue la dicotomía entre el sosiego generoso y el sacrificio humano sin piedad: de modo muy selectivo, el Estado de la *Moderidad temprana* estuvo dispuesto a aplicar una justicia ejemplar y mostrar su poder casi divino con la muerte pública, teatral, cruel y horrorosa, mientras en la próxima constelación castigó con la mera prohibición de visitar la taberna.

10. JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON BASE EN LA CAROLINA

De todas maneras, la *Constitutio Criminalis Carolina* fue ambigua y mostró también aspectos visionarios. En particular, cabe destacar que las normas enfocadas en garantías procesales y la protección por la demanda de nulidad,

92 Caso según Fritz Byloff, *Hexenglaube und Hexenverfolgung in den österreichischen Alpenländern*, Hamburgo, Severus, 2011, pp. 174-177; Johann Schleich, *Hexen, Zauberer und Teufelskult in Österreich*, Graz, Steirische Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 113-122.

93 Concepto de Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means, Peace and Conflict, Development and Civilization*, Thousand Oaks, Sage, 1996.

94 Sobre los errantes, su vida criminal y el *erranticidio* judicial: Gianna Burret, *Der Inquisitionsprozess im Laienspiegel des Ulrich Tengler*, Colonia, Böhlau, 2010, pp. 69 y ss; Geppert, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.*, op. cit., p. 164; Kroeschell & Cordes & Nehlsen, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, 1250-1650, op. cit., pp. 220 y ss; Carsten Küther, “Räuber, Volk und Obrigkeit”, en Heinz Reif (Ed.), *Räuber, Volk und Obrigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1984, pp. 17-42; Rüping & Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 55 y ss; Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, op. cit., pp. 264 y s; Ernst Schubert, “Mobilität ohne Chance, Die Ausgrenzung des fahrenden Volkes”, en Winfried Schulze (Ed.), *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, Múnich, Oldenbourg, 1988, pp. 113-164; Wolfgang Sellert, “Landschädliche Leute”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, op. cit., pp. 578-581; Monika Spicker-Beck, *Räuber, Mordbrenner, umschweifendes Gesind, Zur Kriminalität im 16. Jahrhundert*, Friburgo, Rombach, 1995.

fueron mucho más que letra muerta. La bibliografía ha reconstruido múltiples casos en los cuales los jueces supremos del Estado imperial defendieron estas garantías con base en un recurso del hombre común frente a abusos por los juzgados locales⁹⁵. Como ejemplo sirve la ola de 122 procesos de brujería ilegales, efectuada de 1678 a 1680 en el condado alpino de Hohenems-Vaduz, bajo la violación sistemática de las garantías procesales de la *Carolina* por torturas salvajes, chantajes excesivos, preguntas sugestivas y la negación de toda defensa adecuada, lo que llevó a la demanda de nulidad de varios súbditos ante el Consejo Cesáreo-Imperial Áulico en Viena, que ordenó, en 1684, con base en un dictamen de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salzburgo, la nulidad de todas estas condenas locales, la destitución del conde por abuso de poder y tiranía, el arresto del mismo para esperar su propio juicio de homicidio y la indemnización de las víctimas. Desde entonces, los procesos de brujería perdieron su viabilidad en el Sacro Imperio Romano⁹⁶.

11. LA CONSTITUTIO CRIMINALIS TERESIANA DE 1768

En 1768, la “majestad romano-cesárea” María Teresa promulgó un nuevo código penal, no para todo el Sacro Imperio Romano, sino para dos regiones con una centralidad mayor, el Círculo imperial austríaco y la Corona de Bohemia. Ya la denominación *Constitutio Criminalis Theresiana* subrayó la tradición conservada de la *Constitutio Criminalis Carolina*. También en los contenidos, se trató de una reedición más detallada de las grandes líneas de la *Carolina*, incluyendo los delitos mágicos de la “hechicería, brujería y adivinación” (art. 58) y la tortura probatoria (art. 38). Al igual que en la *Carolina* no apareció la herejía, pero sí la apostasía como la negación completa del cristianismo (art. 57). En cuanto a la *pregunta dolorosa*, lo más novedoso fueron las precisiones de la intensidad permitida y las visualizaciones exactas de los métodos⁹⁷.

95 Diestelkamp, *Rechtsfälle aus dem Alten Reich*, op. cit., pp. 28, 111 y ss, 117 y ss, 126 y ss, 218 y ss. El historiador de derecho Uwe Wesel reconoce en este ámbito “una especie de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) para defenderse frente a violaciones de derechos por parte del Estado”; Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., p. 364 y s. Véase también: Peter Oestmann, “Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich”, en Georg Schmidt von Rhein & Albrecht Cordes (Eds.), *Altes Reich und Neues Recht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 2006, pp. 57-74.

96 Estudio detallado del caso: Marquardt, *El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional*, op. cit., pp. 232 y ss. Véase además: Fuchs, *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht*, op. cit., pp. 14 y ss; Peter Oestmann, *Hexenprozesse am Reichskammergericht*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 1997.

97 *Constitutio Criminalis Theresiana, oder der Römisch-Kaiserl[ichen ...] Majestät Mariä Theresiä [...] peinliche Gerichtsordnung*, Viena, Johann Thomas Edlen von Trattner, 1769. Comp. Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 248 y ss; Wilhelm Brauner, “Constitutio Criminalis Theresiana”, en Cordes et al., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, op. cit., pp. 890-891; Helbing, *Geschichte der Folter*, op. cit., pp. 352 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 240, 430 y s; Karl Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, Seit 1650, 5ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008, pp. 91 y ss; Oestmann, *Rechtmäßige und rechtswidrige Folter*, op. cit., pp. 95 y ss;

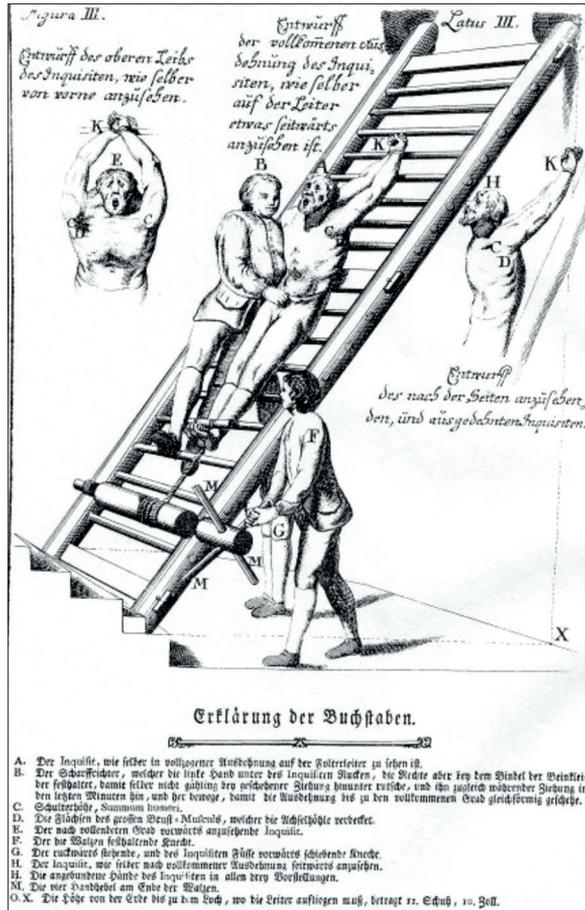


Figura 8. La “escalera de la tortura”, una especie de potro diagonal, para la pregunta dolorosa según la Constitutio Criminalis Teresiana de 1768.⁹⁸

12. DESENCANTAMIENTO Y REFORMA ILUSTRADA DEL DERECHO PENAL

En el prelude inmediato de la *gran transformación* ilustrada e industrial del derecho europeo, caracterizada según Max Weber por el *desencantamiento*⁹⁹ que reemplazó las visiones mágicas y religiosas de la naturaleza por las del racionalismo físico-newtoniano, el delito mágico de la hechicería del artículo 109 de la *Carolina* y el artículo 58 de la *Teresiana* se convirtió en irracional e

Scheffknecht, *Scharfrichter*, op. cit., p. 102; Schmidt, *Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., pp. 182 y s.

98 Fuente: Constitutio Criminalis Theresiana, op.cit., anexos, p. XXVI.

99 Otra traducción de *Entzauberung*: deshechización. Término según Max Weber, *Wissenschaft als Beruf*, Múnich, 1919, <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Schriften+zur+Wissenschaftslehre/Wissenschaft+als+Beruf> (21.2.2017).

injustificable¹⁰⁰. Cuando la corte local de Glaris en Suiza ejecutó, en 1782, a Anna Göldi como la última bruja del ámbito de aplicación de la *Carolina* y de toda Europa, estalló una tormenta de indignación en los círculos educados¹⁰¹.

Otro debate crítico se refirió a la tortura judicial vista cada vez más como contraproducente para el combate contra la delincuencia, pues este núcleo del proceso inquisitorio no diferenció eficazmente entre los culpables e inocentes¹⁰². La misma fue limitada en Prusia a los delitos políticos a partir de 1740 y abolida en Austria en 1776, en el Palatinado electoral en 1779, en Baviera en 1806, en Wurtemberg en 1809, en Hanóver en 1822, en Sajonia-Coburg-Gotha en 1828, en Baden y Zúrich en 1831 y en el cantón suizo de Glaris en 1851¹⁰³. Sin embargo, varios Estados sucesores del Sacro Imperio Romano continuaron durante algunos decenios adicionales con el sustituto semejante de la *pena procesal para la mentira y desobediencia*¹⁰⁴. En el papel de últimas aplicaciones, se han discutido los cantones suizos de Zug en 1868 y Schaffhausen en 1892¹⁰⁵. Finalmente, hay que reconocer las nuevas pruebas tecnológicas de la era industrial, basadas en las ciencias naturales de la física, química, biología y medicina, el avance decisivo que convirtió la confesión en innecesaria¹⁰⁶.

Ahora tampoco convencieron las penas de muerte aterradoras: la más brutal de la *Carolina*, la rotura del cuerpo mediante la rueda, desapreció en Baviera después de 1813, en Hanóver en 1828, en Hesse en 1836 y en Prusia en 1841¹⁰⁷.

Otro punto de cristalización para criticar y desmontar el derecho penal del Antiguo Régimen, fue el delito de infanticidio según el artículo 131 de la *Carolina* y el 87 de la *Teresiana*. Mientras ambas leyes habían discriminado este delito como

100 Thomas Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., Heidelberg, Springer, 2016 (traducción en inglés de la 1ª ed.: *A Modern History of German Criminal Law*, Berlín, Springer, 2014), p. 26.

101 Behringer, *Witches and witch-hunts*, op. cit., p. 190.

102 Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 29 y ss.

103 En términos occidentales, abolición en Dinamarca en 1770, en Suecia e Inglaterra (*Peine forte et dure*) en 1772, en Polonia-Lituania en 1776, en Francia en 1789, en Hispano-América en 1810/1821, en España en 1814, en los Estados Pontificios en 1815. Comp. Helbing, *Geschichte der Folter*, op. cit., p. 395, 400; Mathias Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison*, Colonia, Böhlau, 2000, pp. 19 y ss, 50 y ss; Jan Zopf, “Die Fürsten schaffen die Folter ab, Zur Beseitigung der Folter in Preußen, Österreich und Bayern (1740-1806)”, en Karsten Altenhain & Nicola Willenberg (Eds.), *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R, 2011, pp. 25-38.

104 Nicola Willenberg, “Lügen- und Ungehorsamsstrafen, Eine Fortsetzung der Folter?”, en Íd. & Altenhain, *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, op. cit., pp. 115-146.

105 Lukas Gschwend, “Folter”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 5 de marzo de 2015, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9598.php> (22.2.2017); Íd. & Marc Winiger, *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zúrich, Dike, 2008, pp. 112 y ss.

106 Gschwend, *Justitias Griff zur Lupe*, op. cit., pp. 11 y ss.

107 Matthias Blazek, “Die Praxis des Zerstoßens der Glieder mit eisernen Keulen wurde hierzulande noch bis 1828 angewandt”, en revista *Südniedersachsen, Zeitschrift für regionale Forschung und Heimatpflege*, no. 3, Northheim, AG für Südniedersächsische Heimatforschung, 2010, pp. 72-79.

una modalidad extremadamente grave del parricidio, pues en la ética del Antiguo Régimen pareció que incluso los animales cuidaban mejor su descendencia, los debates de la década de 1770 empezaron a tematizar los apuros psicológicos de la madre soltera y pobre que se vio amenazada con una dura vergüenza social y penal por dar la vida a un niño extramatrimonial. Todo fue ambiguo, como lo subrayó el jurista y poeta Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), quien tematizó el problema en su obra literaria *Fausto* de 1808, pero participó activamente en las respectivas sentencias de muerte. De todos modos, el debate aclaró cada vez más la necesidad de evaluar el ser humano concreto en su contexto real, no para despenalizar el delito, pero con la finalidad de disminuir las penas¹⁰⁸.

De igual forma, se suprimió el *erranticidio* judicial, pues el Estado ilustrado con base en la *ciudadanía general* e igualdad legal, destruyó lo precario de su estatus. Las migraciones urbanizadoras de la transformación a la sociedad industrial, eliminaron también su perfil social como el pueblo de las carreteras rurales. Varios fueron presionados por medios policiales a la vida sedentaria. Los últimos *yeniches* representan una variación de la vida moderna sin presión a la criminalidad.

La historia mundial del reemplazo del derecho penal y procesal pre-ilustrado por códigos de corte ilustrado, empezó con la *Josefina* del Sacro Emperador Romano JOSÉ II de 1787 y la *Franciscana*, del último Sacro Emperador Romano FRANCISCO II de 1803¹⁰⁹, ambos con una limitación de validez en los territorios inmediatos del emperador. Renunciaron a la tortura probatoria, promulgaron la *proporcionalidad* entre delito y pena, se enfocaron en la utilidad para la sociedad, promovieron el principio de la legalidad y se orientaron más en la pena privativa de la libertad. No obstante, en otros territorios la *Carolina* sobrevivió la muerte del Sacro Imperio Romano en 1806, de modo que el respectivo derecho común quedó en vigor en partes de Suiza hasta 1848¹¹⁰ y en Mecklemburgo, Lauenburgo y Schaumburgo-Lippe incluso hasta 1870, aunque sin aplicación de las normas más violentas e incompatibles con el *desencantamiento* de la mentalidad europea¹¹¹.

108 Kent D. Lerch et al., “Die Leiden des jungen «Gretchen», Ein Frankfurter Kriminalfall anno 1771/1772”, en revista *Forschung Aktuell*, núm. 2, Fráncfort del Meno, Universidad, 2011, pp.49-54; Otto Ulbricht, “Kindsmord in der Frühen Neuzeit”, en Ute Gerhard (Ed.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, Múnich, C.H. Beck, 1997, pp. 235-247; Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., p. 28.

109 *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Josefina*, Viena, Trattner, 1787; *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen für die deutschen Erblande, Franciscana*, Viena, 1803. Véase Bar, *A History of Continental Criminal Law*, op. cit., pp. 251 y ss, 257 y ss; Hoke, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, op. cit., pp. 432 y ss; Rüping & Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 75 y s; Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 33 y ss.

110 Gschwend, *Carolina*, op. cit.; Meier, *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung*, op. cit., pp. 186 y s, 223 y ss, 228; Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, op. cit., p. 215.

111 Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, op. cit., p. 323.

OBSERVACIONES FINALES

A fin de cuentas, queda un balance muy ambiguo del poder punitivo del Estado de la *Modernidad temprana*. También el modelo penal más avanzado de Europa en ese entonces, no puede ser evaluado en meros términos optimistas. Por una parte, los tres siglos de la *Constitutio Criminalis Carolina* muestran avances que también el observador del presente puede valorar, en particular la precisión de los delitos, la diferenciación de los castigos según la gravedad, una especie de parte general, el enfoque en la culpa, el derecho penal juvenil, normas de igualdad de género, los indicios, la medicina forense y, en particular, las garantías procesales que se pudieron defender ante las cortes supremas.

Por otra parte, aparece el *lado oscuro del Estado* con un pico de la bestialidad pública para escenificar el poder estatal, caracterizada por fiestas de la muerte en las formas más brutales imaginables, y el uso sistemático de la tortura probatoria para presionar a confesiones que fueron muchas veces falsas, con un alto nivel de desigualdad ejemplar en la aplicación real y con una capacidad muy baja de diferenciar entre los delincuentes reales e imaginados. Oficialmente se quiso suprimir los homicidios y asesinatos, pero el Estado mismo se convirtió en el gran asesino cuando ejecutó a varios miles de personas que el observador de hoy percibe como inocentes, al estilo de sacrificios humanos judiciales para calmar la ira divina (procesos de hechiceros y brujas), y además cuando intentó dejar desaparecer una sobrepoblación indeseada bajo la espada del verdugo (juicios de errantes).

No obstante, si el lector se pregunta si hubo alternativas, en el sentido de la posibilidad de aplicar la pena hoy dominante de privación de la libertad, hay que evitar las respuestas simplistas, ya que, en términos culturales y socio-ambientales, no era viable encarcelar y alimentar, por ejemplo, a toda la clase errante. Tampoco debe idealizarse el sistema del presente: si en Colombia, donde el autor escribe este artículo, la Corte Constitucional ha declarado el sistema carcelario como un estado de cosas inconstitucional, aparece otra vez el *lado oscuro del Estado*, ahora materializando la visión espantosa de la prisión en términos foucaultianos, ante la mera falta de voluntad de invertir los recursos requeridos por la dignidad humana. También hay que preguntarse, en vista del debate actual sobre la impunidad, si la eficiencia penal colombiana supera realmente la arbitrariedad *de facto* del castigo público en la era de la *Carolina*.

BIBLIOGRAFÍA

a. Fuentes primarias

- (1103) *Mainzer Reichsfriede Heinrichs IV, Paz imperial de Maguncia de Enrique IV*, ed. por Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 1, *Bis 1250*, 13ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2008, pp. 205-206.
- (1152) *Reichsfriede Friedrichs I, Paz imperial de Federico I*, ed. por Zeumer, Karl (Ed.): *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II. bis Friedrich III.*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 7-8.
- (1224) *Treuga Henrici, Reichsfriede Heinrichs (VII), Paz imperial de Enrique (VII)*, ed. por Zeumer, Karl (Ed.): *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, 1ª parte, *Von Otto II bis Friedrich III*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1913, pp. 48-50.
- (1225) *Der Sachsenspiegel, Espejo Sajón* de aprox. 1225, comp. por Eike von Repgow, ed. por Clausdieter Schott, Zürich, Manesse Verlag, 1984.
- (1235) *Mainzer Reichslandfriede, Paz Territorial de Maguncia* de 15 y 21 de agosto de 1235, ed. por Buschmann, Arno: *Kaiser und Reich, Verfassungsgeschichte des Heiligen Römischen Reiches in Dokumenten*, tomo 1, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, pp. 80-103.
- (1256) *Siete Partidas* del Reino de Castilla y León, ed. por Real Academia de la Historia, 3 tomos, Madrid, Imprenta Real, 1807.
- (1495) *Ewiger Landfiede, Paz Eterna en la Tierra*, ed. por Schmauß, Johann J. & Senckenberg, Heinrich Chr. von (Eds.): *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 3-6.
- (1499) *Tiroler Malefizordnung, Ordenanza maleficia del Tirol*, ed. por Köbler, Gerhard (Ed.): *Fontes*, disponible en: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/TirolerMalefizordnung1499.pdf>. (19.2.2017).
- (1507) *Bambergische Halßgerichts Ordnung (Constitutio Criminalis Bambergensis)*, Bamberg, Hans Pfeil, 1507, ed. por Universidad de Mannheim, disponible en: <http://www.uni-mannheim.de/mateo/desbillons/bambi.html> (18.2.2017).

- (1521) *Landfriede, Paz territorial*, ed. por Schmauß, Johann J. & Senckenberg, Heinrich Chr. von (Eds.): *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede*, tomo 2, reimpr. de la ed. de Fráncfort del Meno de 1747, Osnabrück, Zeller, 1967, pp. 179 y ss.
- (1530) *Reichspolizeiordnungen, Leyes imperiales de policía de 1530, 1548 y 1577*, eds. por Härter, Karl & Stolleis, Michael (Eds.): *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit*, tomo 1, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1996.
- (1532) *Constitutio Criminalis Carolina, Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurg und Regenspurg, in Jaren dreissig und zwey und dreyssig gehalten, auffgericht und beschlossen*, Fráncfort del Meno, Johannem Schmidt 1577. Edición moderna: Schroeder, Friedrich-C.: *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam Verlag, pp. 24-128.
- (1539) *Ordonnance générale sur le fait de la justice, police et finances, enregistrée au Parlement de Paris le 6 septembre 1539*, ed por Lecler, Jacques (Ed.): *Histoire de la langue française*, http://www.tlfq.ulaval.ca/axl/francophonie/Edit_Villers-Cotterets-complt.htm (20.2.2017).
- (1553) *Sentencia del señorío de Sonnenberg*, ed. por Niederstätter, Alois: *Vorarlberger Urfehdbriefe*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985, pp. 139 y s.
- (1555) *Paz territorial y religiosa de Augsburgo, Abschiedt der Römischen Könighen Maiestat, und gemeiner Stendt, auff dem Reichstag zu Augspurg, Anno Domini M.D.L.V. auffgericht [...]*, Maguncia, Franciscum Behem, 1555, digitalizado por Bayerische Staatsbibliothek, <http://daten.digitalensammlungen.de/~db/bsb00001441/images/index.html> (31.1.2017).
- (1555) *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*, Salamanca, Impr. por Andrea de Portonaris.
- (1667) *Costumbres del Condado de Vaduz, Ordenanza de la Corte maleficia*, en Rogl, Karin: *Landts Brauch, oder Erbrecht in der Vaduzischen Grafschaft üblichen, ein Dokument aus dem Jahre 1667 als Grundlage für die landschaftliche Rechtsprechung*, Vaduz, Historischer Verein des Fsm. Liechtenstein, 2002.

- (1670) *Ordonnance de Louis XIV, Roy de France et de Navarre, pour les matières criminelles, données à Saint Germain-en-Haye au mois d’Août 1670*, París, 1670.
- (1680) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, 2ª ed., Madrid, por Antonio Balbas, 1756, 3ª ed., Madrid, por Andrés Ortega, 1774.
- (1768) *Constitutio Criminalis Theresiana, oder der Römisch-Kaiserl[ichen ...] Majestät Mariä Theresiä [...] peinliche Gerichtsordnung*, Viena, Johann Thomas Edlen von Trattnern, 1769.
- (1787) *Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung, Josefina*, Viena, Trattner, 1787.
- (1803) *Strafgesetz über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen für die deutschen Erblande, Franciscana*, Viena, 1803.

b. Bibliografía secundaria

- Almonacid Sierra, Juan: *Génesis del derecho comercial colombiano*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Baldauf, Dieter: *Die Folter, Eine deutsche Rechtsgeschichte*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2004.
- Baltl, Hermann: “Oder binnen 24 Stunden freizulassen, Ein Beitrag zur Geschichte des Grundrechts auf persönliche Freiheit”, en Schott, Claud Dieter & Petrig Schuler, Eva (Eds.): *Festschrift für Claudio Soliva*, Zurich, Schulthess, 1994, pp. 9-20.
- Bar, Ludwig von: *A History of Continental Criminal Law*, Boston, Little, Brown & Company, 1916 (nueva ed. de 1999). Título original en alemán: *Geschichte des deutschen Strafrechts*, Berlín, Weidmannsche Buchhandlung, 1882.
- Behringer, Wolfgang: *Witches and Witch-Hunts, A Global History*, 3ª reimpr. Cambridge, Polity Press, 2008.
- Bernal Gómez, Beatriz: *Historia del derecho*, México, Eds. Nostra & Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Blazek, Matthias: “Die Praxis des Zerstoßens der Glieder mit eisernen Keulen wurde hierzulande noch bis 1828 angewandt”, en revista *Südniedersach-*

sen, *Zeitschrift für regionale Forschung und Heimatpflege*, no. 3, Northeim, AG für Südniedersächsische Heimatforschung, 2010, pp. 72-79.

Brauneder, Wilhelm: “Constitutio Criminalis Theresiana”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 890-891.

Bühler, Theodor: “L'appartenance à l'Empire a-t-elle influencé le droit de la Principauté de Bâle (XIIe-XVIe siècle)” en Morerod, Jean D. et al. (Eds.): *La Suisse occidentale et L' Empire*, Lausana, SHSR, 2004, pp. 359-378.

Burmeister, Karl Heinz: *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich*, Wiesbaden, Guido Pressler Verlag, 1974.

— “La Justicia de Pieter Brueghel el Viejo”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 24, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 19-38.

Burret, Gianna: *Der Inquisitionsprozess im Laienspiegel des Ulrich Tengler*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2010.

Byloff, Fritz: *Hexenglaube und Hexenverfolgung in den österreichischen Alpenländern*, Hamburgo, Severus Verlag, 2011.

Carlen, Louis: *Wallfahrt und Recht im Abendland*, Friburgo de Suiza, Universitätsverlag, 1987.

Caroni, Pio: *La soledad del historiador del derecho, Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, 2ª ed., Madrid, Ed. Universidad Carlos III, 2014.

Czech, Philip: *Der Kaiser ist ein Lump und Spitzbube*, Viena, Böhlau Verlag, 2010.

Deutsch, Andreas: “Bambergische Halsgerichtsordnung”, en *Historisches Lexikon Bayerns*, de 28 de septiembre de 2010, disponible en: https://www.historisches-lexikon-bayerns.de/Lexikon/Bambergische_Halsgerichtsordnung (18.2.2017).

— *Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden, Ein Rechtsbuch des 15. Jahrhunderts als Wegbereiter der Rezeption*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2004.

Dezza, Ettore: *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, University Press, 2013.

- Diestelkamp, Bernhard: *Rechtsfälle aus dem Alten Reich, Denkwürdige Prozesse vor dem Reichskammergericht*, München, Verlag C.H. Beck, 1995.
- Dorn-Haag, Verena J.: *Hexerei und Magie im Strafrecht, Historische und dogmatische Aspekte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- Dülmen, Richard van: *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale der frühen Neuzeit*, 6ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Eisenhardt, Ulrich: *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2013.
- Espitia Garzón, Fabio: *Historia del derecho romano*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Evans, Richard J.: *Rituals of retribution, Capital punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, University Press, 1996.
- Fuchs, Ralf-P.: *Hexerei und Zauberei vor dem Reichskammergericht, Nichtigkeit und Injurien*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 1994.
- Galtung, Johan: *Peace by Peaceful Means, Peace and Conflict, Development and Civilization*, Thousand Oaks, Sage, 1996.
- García-Molina Riquelme, Antonio M.: *Las hogueras de la inquisición en México*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Garnot, Benoît: *La justice et l'histoire, Sources judiciaires à l'époque moderne, XVIIe, XVIIIe, XVIIIe siècles*, París, Ed. Bréal, 2006.
- Geppert, Klaus: "Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V (die «Carolina»)", en revista *Juristische Ausbildung*, no. 2, Berlín, de Gruyter, 2015, pp. 143-153.
- Geus, Elmar: *Mörder, Diebe, Räuber, Historische Betrachtung des deutschen Strafrechts von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuch*, Berlín, Scrpvaz Verlag Krauskopf, 2002.
- Gmür, Rudolf & Roth, Andreas: *Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte*, 14ª ed., München, Verlag Franz Vahlen, 2014.
- Graf, Beat: *Freiheitsstrafen in der Fürstabtei St. Gallen... bis zum Ende des Ancien régime*, Wil, 1996.

- Gschwend, Lukas: “Carolina”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 15 de febrero de 2005, disponible en: <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8949.php> (18.2.2017).
- “Folter”, en *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 5 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9598.php> (22.2.2017).
- *Justitias Griff zur Lupe*, Graz, Leykam Verlag, 2004.
- & Winiger, Marc: *Die Abschaffung der Folter in der Schweiz*, Zürich, Dike Verlag, 2008.
- Guthke, Thorsten: *Die Herausbildung der Strafklage, Exemplarische Studien anhand deutscher, französischer und flämischer Quellen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2009.
- Hagemann, Hans-R.: *Aus dem Rechtsleben im alten Basel*, Basilea, Buchverlag Basler Zeitung, 1989.
- Hähnchen, Susanne: *Rechtsgeschichte*, 6ª ed., Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2016.
- Hattenhauer, Hans: *Europäische Rechtsgeschichte, Ius Communitatis*, 4ª ed., Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2004.
- Helbing, Franz: *Geschichte der Folter*, reimpr. de la ed. 1926, Hamburgo, Severus Verlag, 2013.
- Hinckeldey, Christoph & Schild, Wolfgang & Merzbacher, Friedrich: *Justiz in alter Zeit*, Rothenburg ob der Tauber, Mittelalterliches Kriminalmuseum, 1989.
- Hippel, Robert von: *Deutsches Strafrecht*, tomo 1, *Allgemeine Grundlagen*, reimpr. de la ed. de 1925, Aalen, Scientia Verlag, 1971.
- His, Rudolf: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, reimpr. de la ed. Weimar 1920 y 1935, Aalen, Scientia Verlag, 1964.
- Holzborn, Timo: *Die Geschichte der Gesetzespublikation*, Berlín, Tenea Verlag, 2003.
- Hoke, Rudolf: *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 2ª ed., Viena, Böhlau Verlag, 1996.

- Hull, Isabel V.: *Sexuality, State, and Civil Society in Germany, 1700-1815*, Ithaca & Landres, Cornell University Press, 1996.
- Jerouschek, Günter & Blauert, Andreas: “Zwischen Einigungsschwur und Unterwerfungseid, Zur obrigkeitlichen Usurpation des Urfehdedewesens”, en Schlosser, Hans et al. (Eds.): *Herrschaftliches Strafen seit dem Hochmittelalter, Formen und Entwicklungsstufen*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2002, pp. 227-246.
- Kantorowicz, Hermann: “Leben und Schriften des Albertus Gandinus”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, RA, vol. 44, no. 1, Weimar, Böhlau, 1924, pp. 224-358.
- Kotulla, Michael: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Berlín & Heidelberg, Springer Verlag, 2008.
- Kroeschell, Karl: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 3, *Seit 1650*, 5ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2008.
- & Cordes, Albrecht & Nehlsen-von Stryk, Karin: *Deutsche Rechtsgeschichte*, tomo 2, *1250-1650*, 9ª ed., Colonia, Weimar & Viena, Böhlau, 2008.
- Küther, Carsten: “Räuber, Volk und Obrigkeit”, en Reif, Heinz (Ed.): *Räuber, Volk und Obrigkeit*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 1984, pp. 17-42.
- Landau, Peter & Schroeder, Friedrich-C. (Eds.): *Strafrecht, Strafprozeß und Rezeption, Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1984.
- Langbein, John H.: *Prosecuting Crime in the Renaissance, England, Germany, France*, 2ª impr., New Jersey, Clark, 2007.
- Laufs, Adolf: *Rechtsentwicklung in Deutschland*, 6ª ed., Berlín, de Gruyter, 2006.
- Lerch, Kent D. et al.: “Die Leiden des jungen «Gretchen», Ein Frankfurter Kriminalfall anno 1771/1772”, en revista *Forschung Aktuell*, núm. 2, Fráncfort del Meno, Universidad, 2011, pp. 49-54.
- Lieberwirth, Rolf: “Constitutio Criminalis Carolina”, en Cordes, Albrecht *et al.* (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 885-990.

- Liszt, Franz von: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., Berlin & Leipzig, de Gruyter, 1927.
- Lück, Heiner: “Hochgerichtsbarkeit”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 2, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2011, pp. 1055-1059.
- Maihold, Harald: “«auß lieb der gerechtigkeyt vnd umb gemeynes nutz willen» – Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532”, en revista *ius.full, Forum für juristische Bildung*, no. 2, Zürich, Schulthess, 2006, pp. 76-86.
- Margadant S., Guillermo Floris: *Panorama de la historia universal del derecho*, 7ª ed., México, Ed. Porrúa, 2013.
- Marquardt, Bernd: “El Espejo Sajón de 1225, Derecho público del Medioevo europeo en imágenes”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 43, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2016, pp. 17-58.
- “El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII”, en revista *Pensamiento Jurídico*, no. 30, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2011, pp. 217-244.
- *Historia constitucional comparada de Iberoamérica, Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2016.
- *Historia del Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- *Historia mundial del Estado*, tomo 2, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Bogotá, Ed. Temis, 2013.
- *Ius contra bellum, La promoción del potencial humano a la paz mediante el derecho público –interno e internacional–, Recorrido del último milenio*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2017.
- Meier, Albert: *Die Geltung der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. im Gebiet der heutigen Schweiz*, Berna, Universidad (tesis doctoral), 1910.
- Niederstätter, Alois: *Vorarlberger Urfehdbriefe*, Dornbirn, Vorarlberger Verlagsanstalt, 1985.

- Oestmann, Peter: “Constitutio Criminalis Carolina”, en Friedrich Jaeger *et al.*, *Enzyklopädie der Neuzeit Online*, 2014, disponible en: http://dx.doi.org/10.1163/2352-0248_edn_a0680000 (18.2.2017).
- “Gemeines Recht und Rechtseinheit”, en Schumann, Eva (Ed.): *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, Berlin, de Gruyter, 2015, pp. 1-50.
- “Menschenrechte und ihre Durchsetzung im Alten Reich”, en Schmidt von Rhein, Georg & Cordes, Albrecht (Eds.): *Altes Reich und Neues Recht*, Wetzlar, Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, 2006, pp. 57-74.
- “Rechtmäßige und rechtswidrige Folter im geheimen Strafprozess”, en Weitin, Thomas (Ed.): *Wahrheit und Gewalt*, Bielefeld, Transcript Verlag, 2010, pp. 87-110.
- *Wege zur Rechtsgeschichte, Gerichtsbarkeit und Verfahren*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2015.
- Pahud de Mortanges, René: *Schweizerische Rechtsgeschichte, Ein Grundriss*, Zürich & St. Gallen, Dike Verlag, 2007.
- Pihlajamäki, Heikki: “The Westernization of Police Regulation”, en Íd & Duve, Thomas (Eds.): *New Horizons in Spanish Colonial Law, Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 97-124.
- Putzer, Peter: “Wie lustig war das Zigeunerleben im Erzstift Salzburg? Ein Beitrag zur Geschichte des Erzstift-Salzburgischen Zigeunerrechts”, en revista *Salzburg Archiv*, no. 20, Salzburgo, Verein Freunde der Salzburger Geschichte, 1995, pp. 63-88.
- Radbruch, Gustav: “Zur Einführung in die Carolina & Der Raub in der Carolina”, en Íd.: *Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, pp. 315-356.
- Roth, Andreas: “Landfriedensbruch”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2014, pp. 505-509.
- Rüping, Hinrich & Jerouschek, Günter: *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2011.

- Scheffknecht, Wolfgang: *Scharfrichter*, Constanza, UVK., 1995.
- Schennach, Martin P.: *Gesetz und Herrschaft, Die Entstehung des Gesetzgebungsstaates am Beispiel Tirols*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2010.
- Schleich, Johann: *Hexen, Zauberer und Teufelskult in Österreich*, Graz, Steirische Verlagsgesellschaft, 1999.
- Schlosser, Hans: “Galeerenstrafe”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 1, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2008, pp. 1914-1917.
- Schmidt, Eberhard: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- Schmoeckel, Mathias: *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2005.
- *Humanität und Staatsraison*, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, 2000.
- Schroeder, Friedrich-C.: *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reiches*, Stuttgart, Reclam Verlag, 2000.
- Schroeder, Klaus-P.: *Vom Sachsenspiegel zum Grundgesetz*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 2001.
- Schubert, Ernst: “Mobilität ohne Chance, Die Ausgrenzung des fahrenden Volkes”, en Schulze, Winfried (Ed.): *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, Múnich, Oldenbourg, 1988, pp. 113-164.
- Segesser, Anton Philipp von: *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, tomo 4, Lucerna, Räber, 1858.
- Sellert, Wolfgang: “Landschädliche Leute”, en Cordes, Albrecht et al. (Eds.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, tomo 3, 2ª ed., Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2014, pp. 578-581.
- *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, tomo 1, Aalen, Scientia Verlag, 1989.
- *Über die Zuständigkeitsabgrenzung von Reichshofrat und Reichskammergericht*, Aalen, Scientia Verlag, 1965.

- Senger, Harro von: “Die Strafe im kaiserlichen China”, en Société Jean Bodin pour l’Histoire (Ed.): *La peine*, tomo 4, Bruselas, De Boeck, 1991, pp. 371-385.
- Senn, Marcel: *Rechtsgeschichte*, 4ª ed., Zürich, Schulthess Verlag, 2007.
- Sickor, Jens Andreas: *Das Geständnis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.
- Spicker-Beck, Monika: *Räuber, Mordbrenner, umschweifendes Gesind, Zur Kriminalität im 16. Jahrhundert*, Friburgo de Brisgovia, Rombach, 1995.
- Stolleis, Michael: *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, Comares, 2009.
- Ströhmer, Michael: “Carolina (Constitutio Criminalis Carolina, CCC), Die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. im Kontext der frühneuzeitlichen Hexenprozesse”, en *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, 2003, disponible en: https://www.historicum.net/themen/hexenforschung/lexikon/sachbegriffe/artikel/Carolina_Constitutio_Criminalis_Carolina_CCC/ (18.2.2017).
- Stump, Brigitte: «*Adult time for adult crime*», *Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung zur Sanktionierung junger Straftäter*, Godesberg, Forum-Verlag, 2003.
- Tomás y Valiente, Francisco: *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992.
- *La tortura judicial en España*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000.
- Torres Aguilar, Manuel et al.: *Manual de historia del derecho*, Madrid, Ed. Tecnos, 2015.
- Ulbricht, Otto: “Kindsmord in der Frühen Neuzeit”, en Gerhard, Ute (Ed.): *Frauen in der Geschichte des Rechts*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 1997, pp. 235-247.
- Voltmer, Rita & Irsigler, Franz: “Die europäischen Hexenverfolgungen der frühen Neuzeit”, en Beier-de-Haan, Rosmarie et al. (Eds.): *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*, Berlín, Deutsches Historisches Museum, 2002, pp. 30-47.
- Vormbaum, Thomas: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3ª ed., Heidelberg, Springer Verlag, 2016. Traducción en inglés de la 1ª ed.: *A Modern History of German Criminal Law*, Berlín, Springer Verlag, 2014.

- Wadle, Elmar: *Verfassung und Recht, Wegmarken ihrer Geschichte*, Viena, Böhlau, 2008.
- Weber, Max: *Wissenschaft als Beruf*, Múnich, 1919, disponible en: <http://www.zeno.org/Soziologie/M/Weber,+Max/Schriften+zur+Wissenschaftslehre/Wissenschaft+als+Beruf> (21.2.2017).
- Weber, Hellmut von: “La Constitutio Criminalis Carolina de 1532”, en revista *Cuadernos de Política Criminal*, 2ª época, no. 86, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 125-137. Título original en alemán: “Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V.”, en revista *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, GA, vol. 77, núm. 1, Viena, Böhlau, 1960, pp. 288-310.
- Wesel, Uwe: *Geschichte des Rechts*, 4ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2014.
- Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª reimpr. de la 2ª ed., Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. Traducción en español: *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Granada, Ed. Comares, 2000.
- Willenberg, Nicola: “Lügen- und Ungehorsamsstrafen, Eine Fortsetzung der Folter?”, en Íd. & Altenhain, Karsten (Eds.): *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R Verlag, 2011, pp. 115-146.
- Ziegler, Ernst: *Sitte und Moral in früheren Zeiten*, Sigmaringen, Thorbecke, 1991.
- Zopfs, Jan: “Die Fürsten schaffen die Folter ab, Zur Beseitigung der Folter in Preußen, Österreich und Bayern (1740-1806)”, en Altenhain, Karsten & Willenberg, Nicola (Eds.): *Die Geschichte der Folter seit ihrer Abschaffung*, Göttingen, V & R Verlag, 2011, pp. 25-38.