

# **IMPUNÈ OCCIDI AL ENCARTADO?: UNA CUESTIÓN DE DERECHO CRIMINAL EN EL SISTEMA DE DERECHO COMÚN**

**Emma Montanos Ferrín**

*Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones  
Universidad de A Coruña*

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

**RESUMEN:** La investigación sobre la cuestión: "impunè occidi al encartado" supone la respuesta, desde la temática criminal, a dos objetivos. Por una parte, a la demostración de cómo nuestros juristas (peninsulares e indianos) construyeron su obra y razonaron siguiendo las grandes elaboraciones de los juristas europeos de la conocida como 'edad de oro' del derecho común (siglos XII al XV), de la misma manera que elaboraron su obra según el mismo planteamiento juristas de las distintas formaciones de Europa. Por otra parte se evidencia cómo también, en el caso propuesto, notables juristas de la época de esplendor del *ius commune* plantean una cuestión – retomada siglos después por la literatura jurídica – objeto de diversidad de debates y consideraciones jurídicas estudiados desde matices jurídicos muy diversos en el ámbito del *ius commune* y en el de los *iura propria*, como elementos constitutivos del 'sistema de derecho común'.

**PALABRAS CLAVE:** 'encartado', *impune*, *ius commune*, *iura propria*, Giason del Maino, Paolo di Castro, Bartolo da Sassoferrato, Nello de San Geminiano, 'Partidas', fueros municipales.

**ABSTRACT:** The investigation on the question: "impunè occidi al encartado". It supposes the answer to two objectives, as they were seen from the criminal law point of view. On the one hand, are the demonstration of how our jurists (peninsulars and indianos) had built their work and their reasoning by following step by step the same elaborations of the European jurists of the known as 'golden age' of the *ius commune* (centuries XII to the XV), in the way that the work they done was devised according to the same approaches already adopted by jurists of the different backgrounds from all over Europe. And on the other hand shows also evidence, as in the proposed case, of how notable jurists of the same brilliant time of the *ius commune* have presented a question – that was taken up

again centuries later by the legal literature - object of *various* debates and legal considerations that were studied from diverse legal views of the *ius commune* and of the *iura propria*, establishing a critical element of the 'system of *ius commune*'.

**KEY WORDS:** 'encartado', *impune*, *ius commune*, *iura propria*, Giason del Maino, Paolo di Castro, Bartolo da Sassoferrato, Nello de San Geminiano, 'Partidas', municipal statutes.

SUMARIO: I. EN TORNO AL "ENCARTADO". II. SISTEMA DE DERECHO COMÚN. 1. *Ius proprium*: A. derecho municipal; B. derecho real. 2. *Ius commune*: A. planteamiento general; B. literatura jurídica. III. CONCLUSIÓN.

## I. EN TORNO AL "ENCARTADO"

Partidas 4.18.4 define al individuo que es "pregonado o encartado" por algún delito cometido y lo identifica con el *bannitus*. Con relación a la definición del 'encartado' (*bannitus*) solamente quiero poner de relieve la dificultad de su concreción que se puede comprobar en esta misma ley que indica, por ejemplo, que "a las vegadas son contados entre los deportados e las vegadas entre los relegados". La misma falta de concreción sobre su contenido se observa a través de la literatura jurídica analizada y de la que hay muchos exponentes como, por ejemplo, Giason del Maino (1435-1519), quien invoca la l. *si servus* (C.3.27.2) para identificar al *bannitus* con el desertor y el ladrón público<sup>1</sup>, o Paolo di Castro (1441), quien amplía la calificación de *bannitus* al *nocturno depopulatore agrorum* y al ladrón de caminos<sup>2</sup>. Entre las obras sobre el tema merecen destacarse dos *Tractati bannitorum* correspondientes, según todo parece indicar, a Bartolo da Sassoferrato († 1357<sup>3</sup>) y a Nello de San Geminiano († 1430<sup>4</sup>). A este propósito se constata de forma clara que no se aporta una definición específica de este delincuente, sino que se resaltan distintos aspectos criminales que intentan identificar al *bannitus* (encartado) con los autores de determinadas actividades delictivas que merecen sanciones muy graves.

## II. SISTEMA DE DERECHO COMÚN

### 1. *Ius proprium*:

#### A. Derecho municipal

La problemática que, dentro del sistema de derecho común, tiene lugar sobre el tema que estudiamos<sup>5</sup>, puede hacerse girar en torno al desarrollo de dos planteamientos de Bartolo

\* Investigación financiada por el Ministerio de Economía y Competitividad con cargo al proyecto DER2012-31265 ("Juristas de formación europea entre España y las Indias, siglos XVI a XVIII) del que la autora es investigadora principal.

- 1 GIASON DEL MAINO, *Comm. in C.2.4.40, de transactionibus. l. ubi pactum*, nr. 12 (Venetiis, 1579) fol.81va.
- 2 PAOLO DI CASTRO, *Comm. in C.3.27.1, quando liceat unicuique sine iudice se vindicare. l. liberam* (Venetiis, 1575) fol. 139rb-va.
- 3 En este artículo sigo la edición de BAPTISTA DE TORTIS: BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus bannitorum* (Venetiis, 1506; reprod. anast., vol. IX, Il Cigno Edizioni, Roma, 1998) fol. 125vb-126va; y BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus exbannitorum* (ed. cit.) fol. 209ra-va.
- 4 NELLO DE SAN GIMIGNANO, *Tractatus de bannitis* (Ludguni, 1550).
- 5 Sobre el argumento destacado como objetivo de este estudio vid.: CONDORELLI, O. "Ius" e "lex" nel sistema del diritto comune (secoli XIV-XV, "Lex und Ius. Beiträge zur Begründung des Rechts in der Philosophie des Mittelalters und der Frühen Neuzeit. Herausgegeben von A. Fidora – M. Lutz Bacmann – A. Wagner (Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und dr Neuzeit. Abteilung II: Untersuchungen, 1) (Frommann-Holzboog Stuttgart,

al comentar la l. *ut vim* (D.1.1.3). Por una parte argumenta que los *banniti* "non possint de iure communi offendi impune"<sup>6</sup>; por otra parte argumenta acerca de que el *bannitus* "ex forma statuti potest offendi si se defendendo occidit punitur..."<sup>7</sup>, problema que la realidad diaria debió de pantear a nivel práctico y que, por tanto, pertenece a un nivel estatutario.

Los fueros municipales extensos consultados, y que responden a una completa selección de las diferentes configuraciones políticas que componen la Corona de Castilla y la Corona de Aragón, no recogen el término *bannitus*, concepto latino que se ve en la necesidad de explicar su contenido la disposición de Partidas a la que he aludido. Sin embargo, está claro que los textos forales recogen situaciones criminales que coinciden con el contenido que Alfonso X da sobre el ámbito criminal de este sujeto delictivo autor de fechorías por las que, de ordinario, merece la calificación de enemistad que conlleva la posibilidad de dar muerte al enemigo. Y está claro también que los fueros determinan para la declaración del *inimicus* y para las consecuencias penales derivadas de ella ciertos pasos procesales a partir del primero de ellos, el desafío<sup>8</sup>, desarrollado de forma más o menos complicada, más o menos técnica, según los diferentes fueros. Se puede dar muerte al ladrón o al homicida pero se han de seguir elementales hitos procedimentales. Todo parece indicar que los redactores de los fueros del siglo XIII tienen claro que los autores de determinados comportamientos delictivos son merecedores de la pena de muerte, pero también que el ejercicio de esta pena debe conllevar un proceso, incluso tratándose de una situación de *inimicitia*.

Por ejemplo, el fuero de Andújar (anterior a 1241) dispone que el que prendiere a un ladrón fuera de la villa, lo debería llevar al concejo de la villa en donde sería ajusticiado, imponiéndosele una pena económica al que no actuase de esta forma<sup>9</sup>; de la misma manera que será 'justiçiado' aquél que cometiere homicidio en Andújar aunque el muerto fuera su enemigo<sup>10</sup>. En ambos casos se puede apreciar la necesidad de hacer justicia, sin dejar ésta en manos del individuo. Un texto coetáneo, el fuero de Coria (1236?), de forma rudimentaria contempla el que podemos considerar como primer paso procesal, el desafío. El redactor tiene la situación criminal muy clara puesto que, después de señalar que el ladrón que robare y el homicida (ambos podrían entrar en la categoría del *bannitus*) son merecedores de la horca<sup>11</sup>,

2010) 72-74 y literatura citada; SORICE, R. "Impune occidetur, licite occidetur?". *La non punibilità dell'omicidio nella dottrina medievale e moderna*, "Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur". III. Straf- und Strafprozessrecht herausgegeben von Mathias Schmoeckel – Orazio Condorelli – Franck Roumy (Norm und Struktur 37.3; Boehlau, Köln – Weimar – Wien, 2012) 99-106.

6 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Comm. in D.1.1.3, de iustitia et iure. l. ut vim*, nr. 1, fol. 5va

7 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Comm. in D.1.1.3, de iustitia et iure. l. ut vim*, nr. 4, fol. 5va

8 Vid. TORRES LÓPEZ, M. "Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media", *Anuario de Historia del Derecho Español* 10 (1933) 161-174; OTERO VÁRELA, A. *El ripto en el derecho castellano-leonés. Dos estudios histórico-jurídicos* (Cuadernos del Instituto Jurídico Español 4; Roma-Madrid, 1955) 9-82.

9 Fuero de Andújar, título 231 (MARTÍNEZ LLORENTE, F. y GONZÁLEZ DÍEZ, E.) *Fuero de Andújar. Estudio y edición* (Jaén, 2006): "Del que ladrón prisiere. Orosy qualquier que ladrón prisiere fuera de la villa, adugar a concejo de la villa y sea justiçiado, e sy non lo troxere e fuera de la villa los justiçiare, peche cien maravedía al juez e a los alcaldes".

10 Fuero de Andújar, título 8, *ed. cit.*: "Todo ome de otra villa que homicidio fiziere en Andújar sea justiçiado nin val iglesia nin monasterio mager que el muerto sea enemigo ante que andújar sea presa o después".

11 Fuero de Coria, 347 (*El Fuero de Coria. Estudio histórico-jurídico por MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J.*

determina que por muerte de hombre, o por mujer forzada se debe desafiar en concejo tres domingos con dos alcaldes<sup>12</sup>. Tampoco, por tanto, se puede dar muerte al delincuente sin previo desafío sobre el que este texto foral no dice más, pero que otros textos forales más técnicos explicitan detallando que ese paso trae como consecuencia la declaración de enemistad y al enemigo sí que se le puede dar muerte como de forma clara determina el Fuero de Soria (1256) que, sin embargo, no se detiene a concretar el desafío<sup>13</sup>, lo que sí hace el Fuero General de Navarra (1237) cuando establece que "un fidalgo a otro non debe enair ni matar sen desafiar, et cómo et delant quien debe desafiar"<sup>14</sup>. Se suele indicar un pequeño proceso a seguir en el desarrollo del desafío, en el que se determina el día en que debe de llevarse a cabo que será de ordinario el domingo, según establecen por ejemplo los Fueros de Alcáraz (1296)<sup>15</sup> y de Alarcón (2ª mitad s. XIII)<sup>16</sup>, o el viernes según determina el Fuero de Guadalajara (1219)<sup>17</sup>. Hay otras situaciones criminales que también se castigan con la pena de muerte y cuyos autores seguramente merecieron la consideración de *inimicus* tratándose, por tanto, de situaciones criminales muy graves que podrían ser consideradas propias de un *bannitus*; por ejemplo, el quemar una casa ajena conlleva la muerte al autor del mismo, la horca según el Fuero de Usagre<sup>18</sup> (siglo XIII), pero su autor lo mismo que el homicida o el violador, debe de ser desafiado en concejo<sup>19</sup>. Al resaltar la necesidad de desafío previo a la ejecución del delincuente, resulta singularmente expresivo el Fuero de Jaca (1163, sirvió de base a los Fueros de Aragón de 1247) que determina la consideración de traidor respecto del que mata sin desafiar<sup>20</sup>. Como un verdadero proceso refieren el Fuero de Plasencia (1089), el Fuero de Andújar (anterior a 1241), el Fuero de Úbeda (1235) los diferentes pasos a seguir

---

*Transcripción y fijación del texto por SÁEZ, E. Madrid, 1949): "Ladron que furtare. Ladron que furtare, enforquenlo..."; Fuero de Coria, 50: "Qualquier ome que a ome matar, si lo supieren por verdad queste lo mato, enforquenlo..."*

- 12 Fuero de Coria, 52, *ed. cit.*: "De muerte de ome. Por muerte de ome, o por lision, o por mujer forçada, desafien en concejo tres domingos con dos alcaldes..."
- 13 Fuero de Soria, 55, título de las muertes [1] (*Fuero de Soria 1256-2006. Edición crítica*, Soria, 2006): "Todo aquel que matare a otro peche dozientos et çinquo maravedies et sea enemigo de los parientes del muerto, salvo si matare su enemigo coñoscido..."
- 14 *Fuero General de Navarra. Amejoramiento del rey don Phelipe. Amejoramiento de Carlos III. Edición realizada conforme a la obra de PABLO ILARREGUI, P. y LAPUERTA, S. Año 1869* (Pamplona, 1964).
- 15 Fuero de Alcáraz, 5, 1 (*Les Fueros d'Alcaraz et d'Alarcón. Édition synoptique avec les variantes du Fuero d'Alcáraz. Introduction, notes et glossaire I-II*, ROUDIL, J. ed., Paris, 1968) 255: "... qual quier que homezillo fiziere, peche las calonnas... Mas ante que peche las calonnas o exca enemigo debe ser desafiado el día de omingo en conceio d'esta manera...", .
- 16 Fuero de Alarcón, 315: "... tod omne que homicidio fiziere, peche calonnas... mas ante que peche o que ixca enemigo debe ser desafiado en el día del domingo en çonçeio por esta manera..."
- 17 Fuero de Guadalajara (KENISTON, H. ed., reimpr. New York, 1965): "Qui oviere a desafiar, dia viernes desafie ante los alcaldes e los alcaldes faganlo saber..."
- 18 Fuero de Usagre, 165 (*Fuero de Usagre*, UREÑA Y SMENJAUD, R. y BONILLA Y SAN MARTÍN, a. ed. Madrid, 1907): "Nullus homo qui casa quemare aliena a sapiendas enforquenlo..."
- 19 Fuero de Usagre, 20, *cit.*: "Pro morte de homine o por lision o por mugier forciada, desfie en conceio tres dominicos con ll. alcaldes..."
- 20 Fuero de Jaca, 104 (*Fuero de Jaca*, MOLHO, M. ed. Zaragoza, 1964): "Dito et establdo es que ningún omnes en desafiamyento de X días primero feito delant ll cavalleros que non sian vasallos de la una nyn de la otra part, non fieran nyn maten a nynguno hotro omne ... et aquel que lo fara sera traidor manifesto..."

en el desafío previo a la declaración de enemistad<sup>21</sup> en el que se detalla el día y la institución ante la que se debe de hacer, quiénes deben de realizarla, y los momentos procesales a seguir según el número de desafiados y si éstos son o no manifiestos<sup>22</sup>.

Se puede afirmar que los fueros bajomedievales no recogen la figura del *bannitus* ni hacen alusión a la existencia de un *liber bannitorum* en el municipio. Ni siquiera el Fuero de Cuenca (1189), ni su adaptación el Fuero de Iznatoraf (1240), redactado de una forma inusualmente técnica, se refiere a ello ni lo contempla y sin embargo dedica 25 leyes a detallar el desafío<sup>23</sup> y desarrolla en varios títulos los diversos hitos procedimentales e instituciones que pueden comprender un proceso – abogados, alcaldes, jueces, apelaciones, pruebas, testigos, emplazamientos, apelaciones<sup>24</sup> – a un nivel de conocimiento jurídico que tampoco hemos visto en otros fueros.

Por tanto, todo parece indicar que, si bien nuestros fueros municipales no contemplan la figura del *bannitus*, éste en cuanto a sus consecuencias penales, puede asimilarse al delincuente autor de gravísimos delitos por los que pudiera incluso merecer la consideración de *inimicus*, al que se puede dar muerte, previo desafío en concejo. Se exige, por tanto, un cierto procedimiento para dar muerte al *inimicus*.

## B. Derecho real

Leyendo las normativas de los fueros dedicados al caso de la muerte al *bannitus* se observa que los redactores no tienen clara consciencia y conocimiento de las diferencias entre proceso inquisitorio y acusatorio. Y me parece natural que haya sucedido así. Al tiempo de las redacciones de los *fueros* estamos en ambientes municipales o ciudadanos y estamos en los siglos XIII y XIV, en ciudades en donde trabajan *iurisperiti* de modesta altura cultural, en ciudades frecuentemente lejanas de aquellos centros urbanos en los que están activas las nuevas escuelas del derecho. Sin embargo, Bologna es ya un importante centro de aprendizaje jurídico y quizás por ello sus estatutos incluyen ya la *figura banni*, sujeta para su calificación como tal a ciertos tecnicismos.

Otro escenario aparece leyendo las *Siete Partidas*, que son leyes escritas por juristas cultos, activos en la casa de un rey Sabio. En ellas se encuentran normas que establecen de

---

21 Fuero de Plasencia, 352 (*Fuero de Plasencia*, MAJADA NEILA, J. ed., Plasencia, 1986); Fuero de Andújar, 307, *cit.*: "Todo omne que a otro matare, peche CC mrs. e exca enemigo; mas que la calonna peche o exca enemgio dévenlle desafiar los parientes de cerca... por esta manera..." : "Enpero ante que peche isca enemigo debe ser deshafiado el dia del domingo en concejo desta manera...". Fuero de Úbeda 32 (GUTIÉRREZ CUADRADO, J. *Fuero de Úbeda* ed., Valencia, 1979): "Mando aun que aquel que omiçidio fyciere peche dozientos moravedis de calonna... e salga enemigo. Enpero ante que peche e salga enemigo debe ser desafiado el dia de domingo en concejo en esta manera..."

22 En efecto, el Fuero de Plasencia dedica desde la disposición 353 a la 370 al pormenorizado desarrollo de este proceso, *Fuero de Plasencia*, 83-87; el Fuero de Andújar desde el título 307 al 334, *Fuero de Andújar*, 142-148; el Fuero de Úbeda detalla toda la temática en el título 32 comprensivo de 7 extensas leyes, *Fuero de Úbeda*, 313-319.

23 Comprendidas en el título 4 del libro 2, *Fuero de Cuenca (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf. Edición crítica, con introducción, notas y apéndice*, UREÑA Y SMENJAUD, R.ed., Madrid, 1935).

24 Por ejemplo: Fuero de Cuenca 3, 8: "De los que apellan dela corte delos alcaldes"; 3, 9: "De la manera de la alegación de aquel que en derecho defienda rresponder e demuestra por que..."; 3, 10: "De las ferias en que non conviene a ninguno preñar nin emplazar"; 3, 11: "De quales cosas debe el ome apellar al rey".

qué modo se debe dar prueba de la calificación de los que "según language de España son dichos encartados", lo que dará pié a determinados pasos procesales. La premisa de derecho sustancial está en *Partidas* 4.18.4. Vale la pena repetir las palabras de esta disposición porque en ellas, al final, se precisa el momento procesal: "Banniti son llamados en latín, omes que son pregonados, e encartados, por algund yerro que ayan fecho. E esto es, como quando emplazan algunos, que vengan fazer derecho, a aquellos que se querellan dellos, por razón de algund mal fecho, o yerro de que los acusan; e non quieren venir a los plazos que los ponen, o no quieren fazer emienda del mal que fizieron. E por esta razón los Juezes mandanlos apregonar, que non entren en la Cibdad, o en la Villa"<sup>25</sup>. Ni una sola alusión a que la justicia e imposición de la pena pueda recaer en particulares. Son los jueces quienes toman la iniciativa, como también son éstos los que pueden imponerles la pena de mandarles "tomar todo quanto han, o alguna partida dello, según qual es el yerro que fizieron"<sup>26</sup>. Es decir, también corresponde al juez la calificación del delito y la imposición de la correspondiente sanción que a su criterio puede ser perpetua o temporal<sup>27</sup>. Así pues la norma, con el paso final, hace referencia a la normativa relativa de derecho procesal. Ni el fragmento final aquí recordado de derecho real tiene necesidad de añadidos particulares por Gregorio López (1490-1560), que escribe a distancia de siglos del tiempo en que habían sido compiladas las *Siete Partidas*. Gregorio está activo en el siglo XVI y su glosa a la norma de las *Partidas* se limita por ello a dar por conocido que el proceso contra el *bannitus* corresponde al juez y a insistir solamente en la calificación penal del acusado<sup>28</sup>.

De todas formas, seguían existiendo dudas al respecto puesto que en la misma línea se va a insistir, más de doscientos años después, en el otro gran exponente de la legislación real, las Leyes de Toro que, como sabemos, tienen como objetivo establecer leyes ciertas por las que se pudieran librar los pleitos y las contiendas<sup>29</sup>. En su ley 76 queda claramente determinado que es la Curia del rey y sus oficiales quienes deben de llevar a cabo la calificación como rebelde del delincuente (*bannitus*), probar el acto delictivo que lo sustenta y establecer la condena a petición del acusador, llegando a considerarse nula la sentencia que se diere sin atender a lo dispuesto<sup>30</sup>. Cabe destacar que esta ley no utiliza el término

25 *Partidas* 4,18.4

26 *Partidas* 4,18.4

27 *Partidas* 4,18.4: "... E aun a la vegadas ponenles mayor pena: ca mandanles tomar todo quanto han, o alguna partida dello, según qual es el yerro que fizieron... a las vegadas son contados entre los deportados, e las vegadas entre los relegados; ca si son echados para siempre, e les toman lo que han, son contados entre los deportados; e si son echados a tiempo, enon para siempre, e non les toman lo que han, son contados entre los relegados".

28 GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a Partidas* 4,18,4: "Ob contumaciam banniti, si perpetuo bonis ademptis baniatur, comparantur deportatis; sed si ad tempus vel perpetuo, non ademptis bonis, comparantur relegatis. Hoc dicit".

29 La primera de las Leyes de Toro incorpora la graduación de fuentes establecida en las Cortes de Alcalá del año 1348 y sus mismas palabras introductorias: Leyes de Toro, 1, "... Nuestra intención y voluntad es que los nuestros naturales y moradores de los nuestros Reynos sean mandados en paz y justicia, y como para esto sea menester dar leyes ciertas por do se librasen los pleitos, y las contiendas que acaescen entre ellos...".

30 Leyes de Toro, 76: "Mandamos que ninguna de nuestras Justicias por enemigo den rebeldía sin provanza legitima, y pasados tres meses, á lo menos después de la condemnacion, y que sea pedido por el acusador, y si de otra manera lo diesen, que sea en sí ninguna la sentencia que sobre ello se diere, en lo que toca à darlo por enemigo".

*bannitus* para referirse al rebelde, pero la identificación debía de estar clara puesto que, por ejemplo, el indianista Juan de Matienzo utiliza justamente la disposición de las leyes de Toro para elaborar su comentario sobre la muerte al *bannitus*<sup>31</sup>. Queda, por otra parte, evidente que no cabe el ejercicio de la pena por un particular, situación que ni siquiera se plantea. No obstante, Antonio Gómez (1501-1572), al plasmar su pensamiento sobre esta ley, insiste y concreta determinados aspectos del 'proceso' que debe seguirse para dar muerte al reo fugitivo por parte del ofendido: éste ha de estar comisionado para ello por la Curia regia. El jurista aclara además que la posibilidad de matar al *bannitus* no se extiende fuera de los dominios del rey, ni puede tener lugar una vez que el delincuente hubiera sido ya apresado, así como tampoco se puede utilizar para dicha ejecución veneno u otro medio proditorio<sup>32</sup>. Juan de Matienzo matiza de forma contundente esta interpretación y afirma que, estando el *bannitus* ausente y habiendo sido legítimamente llamado a juicio por un crimen que conlleva la pena de muerte, resulta contumaz y el juez por derecho puede conceder licencia a quien sea para que le de muerte<sup>33</sup>. A pesar de esta posibilidad, sigue siendo necesario el paso previo de la declaración de contumacia con relación al *bannitus* para poder darle muerte.

## 2. *Ius commune*

### A. Planteamiento general

Nos situámos en un escenario en donde se conjugan e integran las normas del *ius proprium* y las del *ius commune* porque al elaborarse los diferentes argumentos de esta *quaestio emergens* sobre la realidad de si se puede, o no, dar muerte al *bannitus*, regulada por el *ius proprium* (estatutos municipales fundamentalmente) éstos se coligan con el *ius commune* siendo una pieza más del funcionamiento real del sistema de derecho común.

### B. Literatura jurídica

Bartolo da Sassoferrato plantea que al *excommunicatus* no se le puede dar muerte impunemente a no ser que se pueda considerar *incoregibilis*, pero que el *bannitus* podría impunemente ser matado *ex forma statuti* cuando pudiese ser considerado *tránsfuga civitatis sue*<sup>34</sup>. Insiste de nuevo en ello al preguntarse acerca de si al *bannitus* se le puede matar impunemente o si el autor de esa muerte puede ser castigado con pena menor por

31 IOHANNES MATIENZO, *Commentaira* [sic]... *in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* (Mantuae Carpentinae, 1580) fol. 215va.

32 Comentario a la ley de Toro 76 nr. 5, *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro ANTONIO GÓMEZ a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1777): "La Comisión que se da al ofendido para matar al reo fugitivo no se entiende fuera de los dominios del rey que la concede, ni tiene lugar una vez que al delinquente se le hubiere ya preso, ni para ejecutarle se puede usar veneno, ú otro medio proditorio; bien que si de hecho asi se practicase, no quedara responsable por todo el delito el tal comisionado, sino solamente en cuanto al exceso y modo con que hizo la muerte, y por consiguiente se le impondrá una pena arbitraria", .

33 IOHANNES MATIENZO, *Commentaira* [sic], cit. (vid. *supra*, nt. 32, fol. 5215va: "... quoniam bannitus absens legitimè ad iudicium vocatus in eius contumaciam et absentiam, propter crimen aliquod iuste damnatur poena mortis, et ne respublica illudatur, concedit iure iudex licentiam cuilibet illum occidendi...".

34 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus bannitorum*, fol. 126ra (*ultra med.*): "Dico talem bannitum ex forma statuti impune occidi posse sed recte et proprie dici transfugam civitatis sue...".



ello, situación que piensa solo debe de admitirse en el caso de que el *bannitus* pueda ser calificado como tráfuga, lo que no siempre coincide. Puede suceder que *talis bannitus non est proprie transfuga nec hostis civitatis* porque no reúna los requisitos para dicha consideración previstos en la l. *amissione* (D.4.5.5), que califica como desertores a los que abandonan a sus jefes y se pasan al enemigo, o también a aquéllos que han perdido la ciudadanía por haber sido declarados enemigos mediante ley o por el Senado. Mantiene que solamente la conjunción de estos requisitos puede equiparar el *bannitus* con esas personas viles a quienes por injurialas se recibe menor pena porque han perdido la ciudadanía y que ésta se pierde tanto *iure communi* como *iure civitatis* cuando, de forma expresa, se ha calificado al *bannitus* como tráfuga o como *hostem sue civitatis*<sup>35</sup>, según el contenido de la l. *amissione* (D.4.5.5)<sup>36</sup>.

En este momento me parece necesario tener en cuenta como *auctoritates* las argumentaciones jurídicas que sobre el tema desarrollan Nello de San Gemignano († 1430) y Antonio Gómez (1475-1534) cuyas obras jurídicas tuvieron gran difusión en Europa. Leyendo estos autores se ve que el *ius commune* determina unas consideraciones y que, sin embargo, la realidad práctica del *ius proprium* pudiera plantear otras. Me explico, Nello de San Gemignano se pregunta quién puede considerar a otro *bannitus* (supongo que con la finalidad de proceder, o no, a la imposición de pena) y responde que según el derecho común aquellos mismos que pueden deportar o relegar a alguien<sup>37</sup>, y se basa para esta afirmación en textos del *Digestum* que utiliza *a simili* en ambiente estatutario. Determina que los que pueden calificar a una persona como *bannitus* son los *rectores civitatum* equiparables a los *praesides provinciarum* y ningún otro que no esté dotado de mero y mixto imperio según los estatutos de los diversos lugares<sup>38</sup>. Por lo tanto, nadie fuera de esas consideraciones puede ser considerado *bannitus* ni sancionado como tal, salvo que el estatuto no prevea la *potestas bannientis*. En este caso y aplicando la l. *de his. § ibi* a la que se refiere Bartolo en su comentario a la l. *solemus § latruculator* el estatuto podría modificar dicha jurisdicción y anularla<sup>39</sup>. Todo parece indicar que, al menos, es necesaria la declaración de una persona como *bannitus* para poder proceder contra él de forma impune. Pero también es cierto que la cuestión es *subtibilis* porque de forma excepcional *ex forma statuti* se puede impunemente matar al *bannitus* cuando no se puede recibir la acusación

35 BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus bannitorum*, fol. 126rb: "Sed quero quid de bannito qui non impune occidi potest, sed offendens vel qui occidit minori pena punitur. Respondeo quod talis bannitus non est proprie transfuga nec hostis civitatis... ergo iura communia et iura civitatis...".

36 D.4.5.5.pr.-1: "Amissione civitatis fit capitis minutio, ut in aqua et igni interdicione. [1] Qui deficiunt, capite minuuntur (deficere autem dicuntur, qui ab his, quorum sub imperio sunt, desistunt et in hostium numerum se conferunt); sed et hi, quos senatus hostes iudicavit vel lege lata: utique usque eo, ut civitatem amittant...".

37 NELLO DE SAN GEMIGNANO, *Tractatus de bannitis* (Ludguni 1550) fol. 10ra: "... Qui possunt aliquem bannire? Ad hoc respondetur, quod de iure communi essent omnes illi, qui possunt deportari seu relegari...".

38 NELLO DE SAN GEMIGNANO, *op. y loc. cit.*: "Breviter... dico quod omnes illi rectores, quibus specifice per statutum concessum est, vel ex eo quod sit concessum est, vel ex eo quod si concessum merum et mixtum imperium poterunt illi loco subditos ratione domicilii ubique delinquentes... infra suos limites... bannire, servata forma statuti...".

39 NELLO DE SAN GEMIGNANO, *Tractatus de bannitis*, fol. 10rb: "Statutum praedictum iurisdictionem modificans est illud idem quo iurisdictionem tribuit. Ergo etiam sine decreto... quod ipsum statutum annullat...".

y queda impedido el proceso, como destaca Giason del Maino<sup>40</sup>siguiendo a Bartolo en su comentario a la l. *si servus* (C.3.27.2)<sup>41</sup>, que concede a los habitantes de las provincias la facultad de detener a los desertores e incluso de dar muerte a éstos y a los ladrones, si se resisten pudiendo ejercer el derecho de venganza en pro de la común tranquilidad. Apela también a la utilidad pública Paolo di Castro cuando, al analizar si es lícito a alguien llevar a cabo una venganza sin juez, es decir sin proceso<sup>42</sup>, determina que estatutariamente se puede considerar lícito *occidere vel offendere bannitum* (ladrón, salteador de caminos, desertor), si éste intenta impedir su captura<sup>43</sup>, de la misma forma que se permitiría a los jueces o a los *ministri reipublicae* porque en estos asuntos son iguales<sup>44</sup>. Al mismo tiempo este jurista parece manifestar que la respuesta no está tan clara desde el punto de vista de la literatura jurídica cuando advierte que algunos doctores distinguen si se trata de un *bannitus* a quien por su delito se puede imponer pena de muerte, o de un *bannitus pro causa pecuniaria* advirtiendo que en este último caso estatutariamente se determina la cantidad en cien libras para *impune offendit*<sup>45</sup>. A pesar de estas consideraciones, Paolo di Castro parece tener claro que cuando el estatuto permite dar muerte 'privadamente' al *bannitus* que intenta huir, lo hace por razón de utilidad pública "cui quis non potest renuntiare"<sup>46</sup> apelando para esta justificación a la l. *ius publicum* (D.2.14.38). El interés público es al que Paolo di Castro apela de forma continua para justificar la posibilidad de dar muerte al *bannitus*; incluso cuando se refiere a la cuestión disputada por Bartolo que plantea la situación de si se puede o no dar muerte al que había sido enemigo y con el que se había llegado a un acuerdo de amistad y *postea banniat*, a lo que basándose en Baldo responde que *favore publico* el estatuto permite darle muerte y no puede considerarse como ofensa al *bannito*<sup>47</sup>. Esto nos llevaría al tema del declarado enemigo al que, si es considerado *bannitus*, se puede dar muerte con el

40 GIASON DEL MAINO, *Comm. in C.2.4.40, de transactionibus. l. ubi pactum*, nr. 12 (Venetiis 1579) fol. 81va: "... erat bannitus et ex forma statuti poterat impune occidi...".

41 C.3.27.2: "Opprimendorum desertorum facultatem provincialibus iure permittimus. Qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubicunque iubemus esse supplicium. Cuncti etenim adversus latrones publicos desertoresque militiae ius sibi sciunt pro quiete communi exercendae publicae ultionis indultum".

42 PAOLO DI CASTRO, *Comm. in C.3.27.1, cit. (vid. supra, nt. 5)* fol. 139rb.

43 PAOLO DI CASTRO, *op. et loc. cit.*: "... In isto titulo ponuntur casus, in quibus non expedit, quod aliquem iudicem adeat, sed propria autoritate potest ius sibi dicere etiam occidendo, scilicet in nocturno depopulatore agrorum et in robatore, seu in latrone stratarum, et in desertore militiae. Nam licitum est tales occidere et etiam capere, nec illis est licita defensio, et si in captura se defendant possunt occidi impune, et hoc est introductum ob publicam utilitatem. Et ideo dicunt doctores per istas leges valere statutum, quo cavetur ut licitum sit occidere vel offendere bannitum, quia concernit publicam utilitatem...".

44 PAOLO DI CASTRO, *op. et loc. cit.*: "... Videbatur contrarium, quia permittit homicidium, sed sicut permittitur iudicibus et ministris reipublicae ita permittitur cuilibet privato, quia in hoc sunt ministri reipublicae".

45 PAOLO DI CASTRO, *op. et loc. cit.*: "... Alii distinguunt, an si bannitus propter maleficium, ex quo imponitur poena mortis, et verum sit hoc, an pro causa pecuniaria, et tunc secus, sed communiter videtur teneri contrarium, si statutum dicat quod bannitus a centum libris supra possit impune offendi...".

46 *Comm. in C.3.27.1, cit. (vid. supra, nt. 3)* fol. 139va.

47 PAOLO DI CASTRO, *op. y loc. cit.*: "... si aliquis fecit pacem cum inimico et promisit eum non offendere, si postea banniat, vel est bannitus, quod possit postea per statutum offendi bannitus, non obstante pace et promissione facta poterit eum offendere, nec tenebitur de pace rupta, nec incideret in poenam... Io(hannes) An(dree)...dicit hoc est verum quando favore publico statutum hoc permitteret...".

beneplácito estatutario por determinarlo reo de peligrosos delitos y en definitiva por tratarse de hombres que frecuentemente *ex iracundia vel superbia prorrumpunt*<sup>48</sup>.

### III. CONCLUSIÓN

Siguiendo la calificación de Bartolo, la *quaestio* que plantea la permisividad o no de dar muerte al *bannitus* (encartado) es *subtilis* y da origen a diversidad de matices jurídicos y morales. Como hemos visto, todo parece indicar que se puede dar muerte al *bannitus* (encartado) de forma impune siempre y cuando se siga el rigor, mayor o menor, de una determinada *forma iuris* que parte ya como primer paso de la calificación de un delincuente como *bannitus* (encartado). No se puede dar muerte a este tipo de delincuente si no se observa un determinado *ordo* o *rigor iuris* que será más o menos simple o más o menos complicado y técnico según estemos en ambientes municipales o en escenarios de la legislación real. Parte de la literatura jurídica, sin embargo, aboga por la posibilidad de que un particular pueda dar muerte al *bannitus* (encartado) de forma impune siempre que éste haya sido autor de algún maleficio ejemplar y en pro del bienestar común; ésta sería, por ejemplo, la situación del transfuga o la del desertor que necesitan una inmediata actuación penal.

Como hemos visto esta cuestión fue objeto de diversos razonamientos jurídicos durante siglos por tratarse de una inquietante situación que dejaría sin pena a autores de gravísimos crímenes que podían darse a la fuga y resultar impunes: *impunè occidi al encartado?*, una cuestión de derecho criminal en el sistema de derecho común.

48 Expresión que PAOLO DI CASTRO atribuye a BALDO DEGLI UBALDI a propósito de la referencia que éste hace al estatuto florentino en que se contempla la situación, PAOLO DI CASTRO, *op. cit.*, fol. 139va.