



Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

ISSN: 0716-5455

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

Chamocco Cantudo, Miguel Ángel

El delito de sodomía femenina en la obra del Padre franciscano Sinistrati D'Ameno, "De Sodomía  
Tractatus"

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, núm. XXX, 2008, pp. 387-424

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173819211014>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos  
 [Sección Historia del Pensamiento Jurídico]  
 XXX (Valparaíso, Chile, 2008)  
 [pp. 387 - 424]

EL DELITO DE SODOMÍA FEMENINA EN LA OBRA DEL  
 PADRE FRANCISCANO SINISTRATI D'AMENO,  
 “DE SODOMÍA TRACTATUS”  
 [The Crime of Femenine Sodomy in the Owrk of Franciscan Father Sinistrati  
 D'Ameno, “De Sodomía Tractatus”]

MIGUEL ÁNGEL CHAMOCO CANTUDO\*  
 Universidad de Jaén

RESUMEN

*De Sodomia tractatus* es cuando menos una obra singular del Padre franciscano Sinistrati D'Ameno. Escrita a mediados del siglo XVIII, se nos muestra, de una forma más o menos ordenada, la construcción doctrinal del delito de sodomía, ubicado dentro de los delitos que, convertidos en pecado nefando, atentan contra la naturaleza. Asimilada al yerro de luxuria, al delito de lesa majestad, y junto a las molcicies y el bestialismo, la sodomía se encarga de castigar, y muy duramente, aquellas conductas sexuales que se separan de la ortodoxia cristiana y de la moral católica, tales como la homosexualidad femenina y masculina, y aquellas relaciones heterosexuales que no vayan encaminadas a la procreación. Y en todo este controvertido entramado jurídico-doctrinal, civil y canónico, Sinistrati nos muestra su particular teoría del *nymphium* como condición natural *sine qua non*, que unida a la voluntad dolosa, castiga irremediablemente la sodomía homosexual femenina.

**PALABRAS CLAVE:** Sodomía – Crimen y pecado nefando contra natura – Homosexualidad – Sexualidad pecaminosa.

ABSTRACT

*De Sodomia tractatus* is, to say the least, a singular work by Franciscan Father Sinistrati D'Ameno. Written in the middle of the XVIII<sup>th</sup> century, the author shows us, in a more or less orderly way, the doctrinal construction of the crime of sodomy, located within the crimes that, converted in nefando sins, attempt against nature. Assimilated to the mistake of lust, the crime of lesa majestad, and together with laziness and bestialism, sodomy is in charge of punishing, and very harshly, those sexual conducts that are separated from the Christian orthodox and catholic moral, such as feminine and masculine homosexuality, and those heterosexual relations that are not aimed at procreation. And in all this controverted doctrinal-judicial, civil, canonic interconnections, Sinistrati shows us his particular theory of the *nymphium* as a *sine qua non natural condition*, which joined to guilty will, irremediably punishes feminine homosexual sodomy.

**KEY WORDS:** Sodomy – Crime and wicked sin against nature – Homosexuality – Sinful Sexuality

\* Profesor Titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Jaén, España. Dirección postal: C/ Enamorados 1, 23640 Torredelcampo, Jaén, España. Correo electrónico: chamocho@ujaen.es

## I. INTRODUCCIÓN

Cuando desde un punto de vista puramente jurídico procesal, los procesos incaudos por razón del delito de sodomía son absolutamente excepcionales en el universo del barroco europeo, con relación a otro tipo de causas penales, esta absoluta excepcionalidad se vuelve irrisoria cuando menos, si de la sodomía tratada y penada es la femenina. Frente a esta realidad procesal, la teología moral inaugurada en el siglo XVI, sigue esforzándose con el paso de los siglos, en seguir adoctrinando sobre el papel de la mujer, a partir del idealismo femenino que llegó a representar la encarnación de la Virgen María. La virginidad, la belleza, la abstinencia y los deberes conyugales en el seno del matrimonio cristiano, se convertían, para la moralidad europea del renacimiento, en los pilares de la virtud femenina. Las mujeres eran el pilar básico de la sociedad cristiana para el proceso de procreación, para el mantenimiento de la sociedad cristiana a través del principio básico de continuar con la propia creación. Y este rol de la mujer en el acto de la procreación, era puramente pasivo, asimilado al de una vasija, a un mero recipiente donde el hombre, verdadero copartícipe del Creador en el acto de la procreación, depositaba su semilla, de la que finalmente procedía la vida, el *continuum* de la creación. Transgredir estos principios era, para los moralistas cristianos de la Europa renacentista, transgredir el rol para el que hombres y mujeres estaban predeterminados en la sociedad, era por tanto un mal contra la institución familiar, porque vinculaba el acto sexual con el placer, con el goce personal, rompiendo así con la función natural y predeterminada del acto sexual, la procreación. Todo lo que vulneraba esta función social debía ser perseguido por cuanto evitaba dolosamente la conexión finalista entre el acto sexual como acto de procreación<sup>1</sup>.

Asentados todos estos principios, primero por la Escolástica, y posteriormente por el moralismo cristiano del Renacimiento, y vinculando esta realidad a la casi inexistencia de procesos judiciales incaudos por sodomía, sea heterosexual u homosexual, resulta absolutamente excepcional, o si se quiere paradójico, el tratado del que nos ocupamos en este artículo, llevado a cabo por el franciscano italiano Piero Luigi María Sinistrati d'Ameno, titulado *De sodomia tractatus*, publicado

---

<sup>1</sup> Al respecto, y entre otros, véase la obra del valenciano VIVES, Juan Luis, *Instrucción de la mujer christiana* (Valencia, 1523, ed. y trad. Fundación Universitaria Española y Univ. Pontificia de Salamanca, Madrid, 1995). También y por tener un referente contemporáneo europeo, estamos con Dupont-Bouchat, cuando afirma que: “à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et au début du XVII<sup>e</sup>, l’Eglise et plus particulièrement les nouveaux ordres religieux, comme les Carmes et les Jésuites, lancent une véritable campagne publicitaire en faveur d’un nouveau modèle familial : celui de la Sainte Famille [...]. Ce nouveau modèle familial : famille étroite, centrée sur l’enfant et ses parents, famille très chaste: virginité de la mère, mais surtout, et cela est nouveau, virginité du père [...]. Mariage mystique, mariage chrétien : la seule forme autorisée et admise de la sexualité passe par ces modèles”. Marie-Sylvie DUPONT-BOUCHAT, *Les nouvelles conduites sexuelles aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Discours de l’Eglise et Discours du Droit Laïque*, en *Droit, Histoire & Sexualité*. Textes réunis et présentés par Jacques Poumarède et Jean-Pierre Royer (París, 1987), pp. 105-117.

inicialmente en Roma en 1754, dentro de un tratado más extenso, y posteriormente, y de forma individualizada, en París, entre 1879 y 1883.

La causa que me ha llevado a trabajar sobre esta obra y en su contenido, se encuentra en intentar justificar las razones de un Tratado como éste, razones que como veremos son absolutamente sorprendentes, respecto de la opinión común defendida por los doctores con anterioridad; pero también nos preocuparemos por su edición, así como, y sobre todo, un análisis jurídico-penal del Tratado en sí mismo, del delito de sodomía, en su vertiente femenina, aunque también analizaremos la masculina, de su naturaleza pecaminosa y nefanda contra natura, y su vinculación a la categoría jurídica de los delitos atroces y a la de los delitos mixti fori.

Por todo ello, este artículo tratará inicialmente de esbozar algunas notas sobre el autor del Tratado, el padre franciscano Sinistrati d'Ameno (II), de sus obras y en especial del Tratado de Sodomía, objeto de este opúsculo (III), para posteriormente, entrar en el fondo material de la cuestión que se deriva del delito de Sodomía, en su versión femenina, siguiendo para ello la sistemática utilizada por el propio autor del Tratado, analizando la naturaleza del delito, el complejo y difícil trámite probatorio para la averiguación del pecado nefando contra natura, y finalmente la penalidad del mismo (IV).

## II. EL AUTOR

Los datos bio-bibliográficos del padre franciscano Piero Luigi María Sinistrati d'Ameno apenas si son conocidos, y los pocos que se conocen se derivan de la edición de sus obras completas, en las que aparece el Tratado objeto de este artículo, y son propuestos por su sobrino y biógrafo Lázaro Agostino Cotta. El Padre Sinistrati nació el 26 de febrero de 1622, en Ameno, un pequeño pueblo del distrito de San Jules, en la diócesis de Novara, en Italia. Pronto tomó contacto con los libros, recibiendo una educación liberal comenzando los estudios de Humanidades en Pavía. Allí, cuando apenas contaba con 25 años, decidió tomar los hábitos en la Orden de los Franciscanos, más exactamente en la Orden de los Menores Reformados de la Estrecha Observancia de San Francisco. Allí en Pavía, como tantos otros franciscanos, pronto se consagrará a la enseñanza, decantándose inicialmente por la filosofía y posteriormente por la teología, ocupándose esta actividad los próximos 15 años de su vida. A juicio de su sobrino y biógrafo Lázaro Agostino, numerosos estudiantes de todos los países de Europa, habían sido atraídos a Pavía por las enseñanzas del Padre Sinistrati. Su actividad académica y docente la compaginó con la de la predicación por las principales villas italianas. Sus predicaciones fueron admiradas por su elocuencia, caracterizadas por la piedad de sus palabras. Su agraciado atractivo físico y personal le granjeó en sus predicaciones un siempre atento auditorio. Al parecer, y siempre según su biógrafo, el Padre Sinistrati había sido agraciado por la naturaleza con ciertos dones físicos, tales como una buena estatura, un cuerpo atlético, cara agraciada, frente ancha, ojos vivos y expresivos, buen color de tez, a lo que sumaba una conversación agradable siempre llena de agudeza. No obstante, lo más preciado de la personalidad del Padre Sinistrati es haber sido dotado de la posesión del don

de la gracia, lo que le hacía soportar, con una resignación invencible, los ataques de una enfermedad artrítica a la que desde joven estaba sujeto.

Gracias a la orden franciscana, otros atributos marcaron su personalidad, tales como la humildad, su sencillez, su candor y la completa sumisión y obediencia a las reglas de la Orden.

Hombre intelectual donde los haya, amante de todas las ciencias, consumado autodidacta, había aprendido de una forma altruista varias lenguas extranjeras.

Su formación continuará con los estudios de Derecho Civil y Derecho Canónico. Defenderá varias tesis públicas dentro de los comicios generales de su orden, tenidas en Roma, destacando la titulada *De Omni scibili*.

Con el paso del tiempo ocupará varios cargos de notable relevancia. Así, en Roma ostentará el cargo de Consultor del Tribunal Supremo de la Santa Inquisición. Más adelante, en Francia, donde tantas veces se asentara la Santa Sede, en Avignon, ejerció durante casi dos años el cargo de Vicario General del Arzobispado de aquella histórica ciudad. Posteriormente, de regreso a Italia, y cerca de las villas que le vieron nacer y crecer, Novara y Pavía, ejerció el cargo de teólogo adscrito al Arzobispado de Milán.

En 1688, cuando contaba 66 años y con ocasión del encargo recibido por los comicios generales de los Franciscanos, de compilar los estatutos de la Orden, comenzó a realizar una de sus primeras obras titulada *Práctica criminalis Minorum illustrata*<sup>2</sup>.

Antes de morir el 6 de marzo de 1701, a la edad de 79 años, el Padre Sinistrati había dejado terminadas varias obras, que serán editadas con posterioridad. Nos referimos a su *De Incorrigibili expulsione ab ordinibus regularibus tractatus*<sup>3</sup>, y a su *Formularium criminale*<sup>4</sup>.

### III. EL TRATADO

#### 1. Las ediciones.

Con el título completo de *De sodomia tractatus, in quo exponitur doctrina nova de sodomia faeminarum a tribadismo distincta*, el Padre Sinistrati se encargará de examinar de forma tremadamente detallada el caso de la sodomía clitoridiana entre dos mujeres.

<sup>2</sup>“[...] hoc est Comentarii perpetui eet absoluti in practicam criminalem fratrum minorum [...] Formularium criminale, Practicae illustratae pars secunda, in qua formae omnes causarum, quae in foris ecclesiasticis ac regularibus tractantur, ad sacrorum canonum praescriptum per extensum traduntur”, Roma, typ. J.J. Komarek, 1692, 2 partes en un volumen en folio. Creemos que en 1753 se volvió reeditar esta misma obra, también en Roma, por el editor C. Giannini, en folio, XVIII-544 páginas.

<sup>3</sup>“[...] in tres partes divisus, in quarum prima de expellendis ab ordine juxta canones antiquos et de cunctis sacrae congregationis concilii agitur, in secunda praxis expeditissima pro constructione processus habetur, in tertia de expulsorum statu materia diffuse discutitur”. Typ A. Ramellati, 1704, en folio a dos columnas, 216 páginas.

<sup>4</sup>“[...] in quo formae omnes causarum, quae in foris ecclesiasticis ac regularibus tractantur, ad sacrorum canonum praescriptum per extensum traduntur”, cum novissima appendice, opera et studio Josephi Philippi Giannini (Roma, 1760), XVI-496 páginas.

El tratado fue editado inicialmente en Venecia en el año de 1700. Pronto la Iglesia se encargó de incorporarlo en la lista de libros prohibidos entre los años de 1704 y 1709. Posteriormente aparecerá de nuevo en 1754, publicado en Roma, dentro de la edición de las Obras completas del Padre Sinistrati.

Con posterioridad, el Tratado es sacado a la luz por Alcide Bonneau en el siglo XIX. Bonneau decide publicar el Tratado por primera vez en 1879, en su versión original latina. Posteriormente, en 1879 decide realizar una segunda edición acompañando al tratado en latín de una traducción francesa por él mismo realizada, viendo la luz en 1883, en las ediciones de Isidoro Liseaux, pseudónimo de Alcide Bonneau como editor. Gracias a las ediciones de Bonneau, los escritos del Padre Sinistrati tendrán un cierto reconocimiento y una influencia sorprendente, sobre todo en los escritores de comienzos del siglo XX, siendo en algunas ocasiones citada la obra de nuestro casuista franciscano.

Al parecer Bonneau, o más bien Isidoro Liseaux en su vertiente de editor, habría publicado como inédito en 1875, un manuscrito del Padre Sinistrati titulado *De Daemonialitate et incubis et succubis*, y que habría sido también otra obra de referencia entre los autores de literatura erótica o similar de comienzos del siglo XX. No se sabe si esta obra es auténtica del Padre Sinistrati, aunque por las referencias que vinculan a autor y obra en la época, parece que no debamos dudar de ello.

Pero volviendo a la referencia que hacíamos en la introducción de este opúsculo, ¿qué razones llevaría a un editor como Bonneau a publicar este tipo de libros, absolutamente minoritarios, y dirigidos a un público aún semiclandestino?. Como parece evidente, Bonneau murió en la miseria, en una buhardilla de la calle Bonaparte de París, con apenas unas monedas en su bolsillo.

Volviendo con nuestro Tratado, éste será de nuevo reeditado ya en pleno siglo XX. En el preámbulo de la edición de 1920, realizada por la Biblioteca de libros curiosos, texto en latín y traducción francesa, el editor nos advierte de que el Tratado *De sodomia* es un extracto de una obra mayor del Padre Sinistrati titulada: *De delictis et voenis*, incluida dentro del género de la teología dedicada al adoctrinamiento en las relaciones sexuales, tan común entre los apóstoles, como San Pablo, San Crisóstomo, San Agustín, y tantos otros hasta el conocido jesuita Sánchez, autor del *Tractatus de matrimonio*, manual autorizado para los confesores al objeto de solucionar las tan delicadas y complejas cuestiones de las relaciones sexuales dentro del matrimonio, y de las que derivan, en ocasiones, conductas delictivas rayanas en la sodomía.

Pero en una época como en la que vive el Padre Sinistrati, resultan razonables aquellos tratados o compendios en los que se teoriza sobre las virtudes morales, la familia, o el rol de la mujer en el seno de la familia, dedicada con firmeza a la procreación de la especie<sup>5</sup>. Lo que resulta absolutamente sorprendente es la reali-

<sup>5</sup> Sirvan como referencia los *Salmantenses morales*, que constan de seis gruesos tomos y un apéndice, y que fueron publicados entre 1665 y 1753, y reeditados en varias ocasiones (la última edición de conjunto fue realizada en Venecia en 1764). Sus autores fueron Francisco de Jesús María (1599-1677), Andrés de la Madre de Dios (1622-1674), Sebastián de San Joaquín (1672-1719), Ildefonso de los Ángeles (1664-1737), José de Jesús María (1677-1736)

zación de todo un tratado dedicado a una cuestión tan minoritaria, absolutamente específica y de una irrelevante preocupación penal y procesal, tanto de las causas incoadas de este tipo de delito, apenas sin importancia, tanto cuantitativa como cualitativamente, en los tribunales europeos, como de la preocupación intelectual y doctrinal de la época, que repite y reitera sin cesar las reflexiones que desde el siglo XV o principios del XVI, ya vertebraron los doctos juristas europeos de la talla de los españoles Gregorio López o Antonio Gómez, de los maestros penalistas italianos como Julio Claro o Farinaccio, o del docto francés Dominique Raynal, a la postre, fuentes de las que bebe el propio Padre Sinistrati<sup>6</sup>.

---

y Antonio del Santísimo Sacramento (1707-1761). Más referencias las encontramos en la obra del carmelita Antonio de San José (1716-1794), autor del *Compendium Salmanticense in duos tomos distributum universae Teologiae Moralis*, publicado en Roma en 1779, reeditado posteriormente en varias ocasiones, y abreviado y traducido al español, a comienzos del siglo XIX, por el también carmelita Marcos de Santa Teresa, con el título de *Compendio Moral Salmanticense* (Pamplona, 1805). Destaca también el compendio de Antonio Xavier Pérez y López, abogado formado en la Universidad de Sevilla, que en 1785 publica en Madrid sus *Principios del orden esencial de la naturaleza, establecidos por fundamento de la moral y política y por prueba de la religión*, en el que decide un capítulo X a las leyes naturales directivas de la facultad de procrear, permitiéndose graduar los pecados, convertidos en delitos sexuales, de mayor a menor: bestialidad, sodomía, polución, incesto, adulterio y fornicación. Todos estos compendios tienen como misión teorizar sobre las cuestiones de teología moral con la mayor brevedad y claridad, y en su contenido se realizan continuas referencias al papel de la mujer en el seno de la sociedad y de la familia, y por supuesto a los delitos en los que se incurren los hombres y las mujeres que, en materia de relaciones sexuales, se desvían de la ortodoxia cristiana.

<sup>6</sup> Pongamos por ejemplo las escasas causas de Sodomía juzgadas en París en el siglo XVIII, que bien podríamos extender por comparación a otras grandes ciudades europeas, en función de la cual, y a pesar de advertirse que hasta la revolución francesa, este delito será castigado con la máxima pena y un castigo ejemplar, Michel Rey, nos aclara que salvo el caso excepcional de dos hombres quemados en 1750 por el delito de sodomía, todas las demás personas ejecutadas habrían concurrido a la misma pena con otros delitos, además del sodomítico, como la blasfemia, extorsiones, etc. Y confirma que “*jusqu'à la fin du [XVIII] siècle, la sodomie ne suffisait généralement pas à entraîner une sentence de mort*”, REY, Michel, *Justice, Police et Sodomie à Paris au XVIII siècle*, en *Droit, Histoire & Sexualité. Textes réunis et présentés par Jacques Poumarède et Jean-Pierre Royer* (París, 1987), pp. 175-183. Igual nos encontramos en la obra referente a la inquisición valenciana, en la que se nos ofrece una estadística, en función de la cual, entre 1700 y 1720, hubo un total de 20 encausados por el delito de Sodomía, disminuyendo a 11 en el período comprendido entre 1720 y 1775. Siguiendo la cronología de la represión propuesta por el autor, ésta fue mayor en los años iniciales y centrales del siglo XVII, descendiendo abrumadoramente en los años finales del siglo. Así, la sodomía homosexual masculina ascendía al 74,6% de las sentencias dictadas por delitos de sodomía, tal y como demuestra para el período estudiado CARRASCO, Rafael, *Inquisición y represión sexual en Valencia. Historia de los sodomitas (1565-1785)* (Barcelona, 1986), pp. 38, 69 y 73. Por su parte, Villalba Pérez, constata la escasa importancia porcentual del delito de pecado nefando, en comparación con otros delitos de aquel submundo que camina al margen de la moralidad católica, y constata que entre 1581 y 1621 se contabilizaron 35 procesos incoados por pecado nefando, de los cuales 33 procesados eran varones, y sólo 2 eran mujeres. VILLALBA PÉREZ, Enrique *¿Pecadoras o delincuentes? Delito y género en la Corte (1580-1630)* (ed. Biblioteca Litterae, Madrid, 2004), pp. 250 y 307.

## 2. Las fuentes.

El Padre franciscano Sinistrati d'Ameno utilizará para la elaboración de su Tratado varios tipos de fuentes, jurídicas, doctrinales y literarias. Estas fuentes, podríamos decir que son certamente escogidas, tanto para orientar el tratamiento doctrinal sobre la cuestión del delito sodomítico, como para traer a colación las más vivas controversias jurídicas y doctrinales. El estilo de Sinistrati se entroncaría, a nuestro juicio, con los viejos modelos propios del siglo XVI, de exposición escolástica de los juristas, con referencias constantes a opiniones o lugares comunes, y con no pocas referencias a argumentos de autoridad. Fiel por tanto al estilo de la escuela canónica tradicional, como podría ser aquella que se hiciera famosa bajo los claustros del convento de San Esteban de Salamanca, Sinistrati sigue un esquema concreto en su técnica expositiva, presentando en primer lugar la cuestión que le interesa, a continuación presenta las controversias suscitadas al respecto, para posteriormente, con una glosa sencilla y sin alardes técnicos, aportar su propia teoría con un estilo sobrio y siempre con referencia directa a los textos normativos o doctrinales que, previamente citados, ahora él intenta aclarar y fijar su interpretación.

Desde un punto de vista jurídico, las fuentes utilizadas son escasas, apenas si hace referencia a ellas, a pesar de que hace alardes técnicos de conocerlas. De forma concreta, y relativas al derecho romano, Sinistrati cita, por un lado, la *Lex Iulia de adulteriis*, norma dictada en los albores del Principado romano (18 a.C), a partir de la cual comienza a vislumbrarse que el delito sodomítico debe ser también castigado en el caso de que los sujetos sean mujeres.

Con referencia a la penología del delito sodomítico, Sinistrati cita específicamente una constitución dictada por los emperadores Valentiniano, Arcadio y Teodosio. Efectivamente en el año 390, estos emperadores dictaron una constitución dirigida a Orenco, vicario de la ciudad de Roma, por la que condena al suplicio extremo de la muerte entre las llamas de la hoguera, a quienes se hubieran entregado a la infamia de condenar el cuerpo viril, transformado en cuerpo femenino, para soportar prácticas reservadas a este sexo y realizadas en prostíbulos masculinos<sup>7</sup>. En puridad, esta norma viene a recoger la conducta perseguida en otra constitución anterior, del año 342, promulgada por Constantino y Constante, en la que se evidencia ya la nueva moralidad cristiana en materia familiar y sexual, aceptada tras los Edictos de Milán de los años 313 y 314, en los que se proclamó el Catolicismo como única religión oficial de Imperio<sup>8</sup>. Esta constitución de 390 pasó,

<sup>7</sup>“*Omnis quibus flagitiis usus est virile corpus, muliebriter constitutum, alieni sexus damnare patientia, spectante populo flamma vindice expiabunt*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 36. Conservada esta constitución en *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, 5, 3, después ha pasado al Cod. Theod. 9, 7, 6 y de ahí al Breviario de Alarico 8, 4, 5. A juicio de BOSWELL, John, *Cristianismo, Tolerancia social y Homosexualidad. Los gays en Europa occidental desde el comienzo de la Era Cristiana hasta el siglo XIV* (Barcelona, 1992), p. 150: “*la pena de muerte que esta ley prescribe puede ser expresión del horror que al emperador Teodosio (nacido en Hispania) le inspiraba esta práctica*”.

<sup>8</sup> Desde este momento, no se tardará en tomar medidas represoras contra la citada moral sexual romana legislando contra la realización de determinadas prácticas, en las que la homosexualidad está bien presente. Así, en el año 342, se aprueba una constitución por la que se sanciona

en primer lugar al Código Teodosiano, como ya se ha indicado, lo que generalizaría a todo el Imperio la condena en la hoguera a aquéllos que en el ejercicio de prácticas homosexuales se situaran en la función pasiva del acto<sup>9</sup>, y más tarde al Breviario de Alarico II para el Reino visigodo.

También, pero sin especificarla, Sinistrati hace referencia a una ley dictada por el Emperador Justiniano, que permite condenar este crimen, y que será la norma fundamental para que, a partir del redescubrimiento del derecho romano justiniano, el *ius commune*, se reconstruya o vuelva a redefinirse la complejidad de este tipo jurídico, como es el delito de sodomía o de pecado nefando contra natura. No obstante, Sinistrati califica la norma del Emperador de elegante en sus términos a la vez que oscuros, por cuanto puede que el sentido de la ley no sea fácilmente inteligible<sup>10</sup>. No se hace referencia, sin embargo, a las leyes hispánicas dedicadas al crimen nefando contra natura y procedentes de la séptima Partida, cuyo título 21º está dedicado a los que *fazan pecado de luxuria contra natura*, ni a las del Reinado de los Reyes Católicos<sup>11</sup> y de Felipe II<sup>12</sup>, si bien, las referencias que

---

a aquellos hombres que se casan como si fueran mujeres para ofrecerse a otros hombres, donde “*Venus se cambia en otra forma*”. El texto, no obstante, ha dado lugar a polémica en cuanto a la interpretación del mismo y el alcance de la conducta ilícita y la sanción. Por un lado, Boswell y Cantarella se alinean en la misma interpretación entendiendo que el texto se dirige a prohibir y sancionar los matrimonios homosexuales, pues literalmente se usa el verbo “casarse” (*nubere*), refiriéndose directa o por analogía al matrimonio. Hasta ese momento, los matrimonios homosexuales, de hecho y/o de derecho, habían existido en Roma, como muestran las fuentes, si bien sólo para una minoría de personas cuyo status social les permitiría provocar abiertamente a la opinión pública y exhibir descaradamente la propia homosexualidad (Cantarella), lo que ha llevado a Boswell a la conclusión de que esta norma no llegaría a ser demasiado bien vista y/o aceptada: “Es probable que la naturaleza marcadamente propagandística de esta ley y la ausencia de toda penalidad ante su infracción, sean señales de que su(s) redactor(es) imperial(es) esperaban que dicha disposición legal se encontrara con la oposición o el desdén popular”. BOSWELL, John, cit. (n. 7), p. 149; CANTARELLA, Eva, *Según Natura. La bisexualidad en el mundo antiguo* (Madrid, 1991), pp. 225-227. Por su parte, Dalla, cuyo título de su obra refleja el contenido en latín de un pasaje de esta norma de Constantino, opina a la inversa de Boswell y Cantarella, que este tipo de matrimonios nunca hubieron existido salvo como una farsa que se realiza en privado, y que la norma vendría a castigar la homosexualidad pasiva, como venía siendo moneda corriente en Roma. DALLA, D., *Ubi Venus mutatur. Omosexualita e diritto nel mondo romano* (Milán, 1987), p. 168. La norma de Constantino puede verse en Cod. Theod 9, 7, 3. También en Cod. Iust. 9, 9, 31 (30)

<sup>9</sup> DALLA, D., cit. (n. 8), p. 183. Véase también al respecto CARBASSE, Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* (París, PUF., 2000), p. 66.

<sup>10</sup> “*Proinde Imperator in lege damnante scelus hujusmodi, utitur verbis elegantissimis quidem, sed ita obscuris, ut pene legis sensus percipi possit, malens forte legem ipsam ab imperitis non intelligi, quam de spurcissimo facinore aperte loqui*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 1.

<sup>11</sup> Tras lo establecido en las *Partidas*, los Reyes Católicos vuelven a legislar para la Corona castellana, más severamente si cabe, sobre el delito de Sodoma, y en general sobre el delito de pecado nefando contra natura. Se mejora la técnica del tipo penal, aprovechando para definir aún más la legitimación del tipo, la conducta, los autores y la pena. La Pragmática de los Reyes Católicos dictada en Medina del Campo el 22 de agosto de 1497 se encuentra en Juan Ramírez, *Libro de Bulas y Pragmáticas*, 1503, fol. 148r-149r, luego recogida en Nueva Recopilación (NRec) 8, 20, 1, y posteriormente en Novísima Recopilación (NsRec) 12, 30, 1.

<sup>12</sup> Una nueva pragmática de Felipe II, fechada el Madrid en 1598, proyecta toda su intensidad

hace nos persuade pensar que, o bien las conoce por su lectura e interpretación propia, o bien porque se deja llevar por la doctrina autorizada de juristas de la talla de Gregorio López o Antonio Gómez, a los que cita de forma profusa. Ninguna otra referencia a posibles normas jurídicas europeas es objeto de atención por parte de Sinistrati<sup>13</sup>. Por el contrario, mayor destreza normativa utiliza al teorizar sobre el delito de sodomía cuando éste ocurre dentro de los claustros de los monasterios

---

normativa en el verdadero escollo de este tipo de delitos, cuales son los elementos probatorios del mismo. La pragmática de Felipe II en NRec 8, 20, 2 y NsRec 12, 30, 2. Un resumen de la normativa al respecto del delito sodomítico puede verse en CELSO, Hugo de, *Repertorio de las Leyes de Castilla* (Medina del Campo, 1553), fol. 313r-v (reed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, con estudio preliminar de Alvarado Planas, Javier, Madrid, 2000).

<sup>13</sup> Y es que es más que probable que ningún otro reino o principado europeo, medieval o moderno, legislara de una manera tan precisa sobre este tipo de delito, como lo hicieron los reyes de Castilla. La mayor parte se dejaron llevar por lo regulado en el *ius commune* y en la doctrina de los sabios doctores. Ya escribimos en otro lugar que la legislación germánica medieval nunca castigó la homosexualidad en ninguno de los códigos del siglo XIII, ni en los *Sachsenspiegel*, compilados alrededor de 1233, ni en los *Schwabenspiegel*. ECKHARDT, August, *Deutschenspiegel*, MGH., *Fontes* (Hannover, 1930). Igual ocurrirá con el emperador germano Federico II, en el *Liber Augustalis* dado en 1231 para el Reino de Sicilia, a pesar de que aún conociendo perfectamente la legislación justiniana, en su *Liber* no hay ninguna referencia a normas que tipificaran como delito conductas homosexuales. HUILLARD-BRÉHOLLES, Jean, *Historia diplomatica Friderici* (París, 1852-1861). Distinto será en las municipalidades italianas o en el reino de Francia, que al parecer recibirán, al menos éste último, una posible influencia de la legislación castellana. En Italia, varios estatutos municipales contenían normas que vinculaban la sodomía con el delito de herejía, tales como Siena (1262) o Bolonia (1265), y que luego se extendieron a partir del siglo XIV a municipalidades como Florencia o Perugia. En su mayor parte, y así lo recuerda Sinistrati en el § 36, estos estatutos municipales preveían la horca como destino para los sodomitas. Avanzado el siglo XV, las prácticas homosexuales pudieron convertirse en un problema, comenzando a ser constantes las sentencias contra sodomitas. Así al menos lo muestran ROCKE, M.J. *Il controllo dell'omosessualità a Firenze nel XV secolo: gli ufficiali di notte*, en *Quaderni Storici* 66 (1987); o PAVAN, E., *Police de moeurs, sûreté et politique à Venise à la fin du moyen âge*, en *Revue historique* 536 (1980), pp. 241-288. Con carácter más general las dos obras de CANOSA, R., *La restaurazione sessuale. Per una storia della sessualità tra Cinquecento e Settecento* (Roma, 1994); y *Sessualità e Inquisizione in Italia tra Cinquecento e Seicento* (Roma, 1994). La peculiaridad del caso de Francia radica en la posible influencia de la legislación castellana en la escuela jurídica de Orléans, encargada de otorgar un código jurídico titulado *Los libros de Justicia y de Pleito*, que en materia de sodomía, contenía una síntesis de las leyes castellanas del Fuero Real y Partidas. *Li livres de justice et de plet* (ed. Rapetti, Pierre, París, 1890), pp. 279-280. Realidad normativa que posteriormente pasará a las costumbres de Beauvaisis, redactadas por Philippe de Beaumanoir, en las que expresamente se castigaba el delito de sodomía, en analogía con la herejía, con la muerte en la hoguera y la confiscación de bienes. BEAUMANOIR, Philippe de, *Coutumes de Beauvaisis* (ed. A. Salmon, París, 1899), p. 431. Con todo ello, y siguiendo las palabras del iushistoriador francés CARBASSE, Jean-Marie, cit. (n. 9), p. 318, que bien podrían extenderse a lo observado para la mayor parte de los reinos europeos, concluimos diciendo que “la répression des actes contre nature était purement coutumière et jurisprudentielle, puisqu'ils ne sont incriminés par aucun texte législatif”. Por todo sígase el artículo de CHAMOCHO CANTUDO, Miguel Ángel, *La alargada sombra de Sodoma. La formación histórica de la homosexualidad como conducta básica del delito de sodomía*, en *Libro homenaje al profesor José Antonio Escudero López* (Madrid, 2008), en prensa.

y entre clérigos, citando para ello algunas normas canónicas anteriores a la reforma gregoriana, y un par de decretales pontificias de Pío V (53 ss).

En cuanto al uso de la doctrina, Sinistrati se muestra mucho más cómodo con este recurso. La profusión en el uso de determinados doctores es notable, utiliza sus reflexiones como lugares comunes, permite contraponerlas, expresar las controversias suscitadas al objeto, para con posterioridad aportar su propia teoría. En ocasiones utiliza a viejos juristas del Derecho romano imperial, tales como Papiniano o Modestino<sup>14</sup>, en otras, se apoya en el argumento de autoridad de un jurista concreto, citándolo, y en otras prefiere apoyarse en el lugar común, tal y como siguen la opinión de los doctores. Los juristas más utilizados por Sinistrati son sin duda los hispanos Gregorio López<sup>15</sup> y Antonio Gómez<sup>16</sup>, desconociendo, o al menos no citando, a otros tan relevantes como el castellano Diego de la Cantera<sup>17</sup>, el franciscano, teólogo y jurista zamorano Alfonso de Castro<sup>18</sup> o el valenciano Matheu y Sanz<sup>19</sup>. Son también múltiples las referencias a la doctrina de los doctores italianos, tales como Julio Claro<sup>20</sup> o Próspero Farinaccio.

La doctrina teológica y escolástica, también se hace un hueco en la obra de Sinistrati, como elemento para sostener su teoría, o bien por el contrario, criticar estos argumentos para sostener los suyos. Así por ejemplo, la doctrina de los franceses Dominique Raynald o Nicolás Gorranus para caracterizar al delito de sodomía como pecado mudo y abominable<sup>21</sup>, los portugueses Antonio de Souza

<sup>14</sup> Traídos a colación una única vez por SINISTRATI, § 40, con ocasión del comentario que ambos juristas realizan sobre la ley de los emperadores Teodosio, Valentiniano y Arcadio del año 390, antes citada.

<sup>15</sup> De Gregorio López, humanista, jurista y abogado cacereño (Puebla de Guadalupe, 1496-1560), Sinistrati utilizó su edición y glosa del magno texto del Código de las Siete Partidas, considerado texto oficial a partir de la Real Provisión de 7 de septiembre de 1555. Gregorio López, conocido como el Accursio español, es un referente para SINISTRATI, sobre todo sus glosas al título XXI de la Partida VII, dedicado a *los que fazen pecado de luxuria contra natura*.

<sup>16</sup> De Antonio Gómez, Sinistrati utilizará fundamentalmente su *Compendio de los comentarios a las ochenta y tres leyes de Tóro*, 1555, hoy reeditada en Valladolid, 1981, y en especial los comentarios 32-34 a la Ley 80.

<sup>17</sup> CANTERA, Diego de la, *Quaestiones criminales* (Salamanca, 1589).

<sup>18</sup> CASTRO, Alfonso de, *De potestate legis poenalis* (Salamanca, 1550; hoy reeditado en Pamplona, Analecta, 2004).

<sup>19</sup> MATHEU Y SANZ, Lorenzo, *Tractatus de re criminali sive controversiarum usufrequentium* (Ludguni, 1676), Controversias 48-46.

<sup>20</sup> CLARO ALEXANDRINI, Julio, *Sententiarum Receptarum, Liber quintus. Item Practica criminalis, totius criminalis iudiciorum ordinem delictorum poenas complectens, ab eodem auctore postremo supradicti libri addita. Una cum singularium quaestionum summaris, § indice rerum mirabilium locupletissimo* (Venetiis, 1601).

<sup>21</sup> Nicolau Gorranus (Gorron, Francia, 1232-1295) es un religioso de la orden de los dominicos que se encargará de escribir diversos comentarios a los textos bíblicos. Desempeñó varios cargos como el de prior del convento de los dominicos de Saint-Jacques en París, y posteriormente nombrado por el rey de Francia, Felipe IV, como confesor de su hijo Felipe el bello. Fue un buen intérprete y comentarista de los textos evangélicos, de donde destacan varias de sus obras, que sin duda fueron referencia para nuestro franciscano Sinistrati. Entre ellas

o Pedro Barbosa<sup>22</sup>, el italiano Jacopo Menocchio<sup>23</sup>, o el canonista español doctor Navarrus<sup>24</sup>, son algunos ejemplos.

También utiliza Sinistrati, aunque en menor medida y de forma excepcional, algunas referencias a la literatura erótica de algunos poetas romanos de comienzos del Imperio, tales como Marcial, Juvenal o Suetonio, en cuyos poemas y sátiras, se encuentra un canto al modelo de moralidad sexual y familiar romana, en la que la bisexualidad, y por tanto la sexualidad con el mismo sexo, era nota común<sup>25</sup>.

#### IV EL DELITO DE SODOMÍA

Sinistrati sistematiza su Tratado de Sodomía en tres partes bien diferenciadas: en la primera, titulada *De sodomía* (parágrafos 1-24), el autor se propone teorizar sobre las características del delito en particular, trayendo a colación, con especial intensidad, su peculiar interpretación y justificación de la participación de la mujer como autora del delito (1); en la segunda, el autor proyecta su capacidad intelectual para exponer el difícil trámite probatorio de un delito que suele perpetrarse en la más absoluta intimidad (parágrafos 25-35) (2); y finalmente, en la tercera parte del Tratado (parágrafos 36-92), Sinistrati teoriza sobre las penas que corresponden al delito de sodomía, si bien dedica algunos párrafos, (en concreto 73-92) a atender a algunas peculiaridades penales de este delito dentro

---

destacan, *Comentaria in quattuor evangeliam*, *Commentariun in Gen. 4,1-17*, *In Apocalypsim*, *Enarratio in quattuor evangelia et Epistolas B. Pauli*.

<sup>22</sup> Del gran jurista portugués Pedro Barbosa (Viana do Castello, 1530-1606) debió interesar a Sinistrati sus tratados relativos a la disolución del matrimonio, dado que en derecho romano, la sodomía era razón, causa y efecto para solicitar la disolución del vínculo conyugal. Por ello interesaría su obra *De soluto matrimonio*, 2 vols. (Madrid, 1595).

<sup>23</sup> Jacopo Menocchio también es utilizado por Sinistrati. Menocchio, jurista de Pavía (1532-1607) fue uno de los máximos exponentes italianos y europeos del método conocido como jurisprudencia italiana (mos Italicus). Su principal aportación y de la que pudo beber SINISTRATI, se encuentra en su obra *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indicis commentaria* (Colonia, 1595), en la que se enfrenta a la cuestión de la prueba, la presunción del delito y los indicios que llevan al castigo del mismo, sobre todo cuando la sentencia debe basarse en estos últimos para condenar.

<sup>24</sup> El doctor Navarrus, sobrenombre procedente de su origen navarro con el que se conocía al canonista hispánico Martín de Azpilcueta, nació en Barásoain en 1492. Hombre universitario en sus primeros años de formación académica, cursó Teología en Alcalá de Henares y posteriormente derecho canónico y derecho civil en la Universidad francesa de Toulouse, ya en 1523. Ejerció la cátedra de derecho en la Universidad de Salamanca desde abril de 1532, formando parte de aquella no menos selecta escuela salmantina del derecho natural, desarrollando posteriormente su cátedra en Coimbra por decisión del propio Carlos V, en 1538. Esta vida universitaria, y su formación jurídica en ambos derechos supuso para él la exigencia de intentar dar respuesta doctrinal a ciertos interrogantes propios de la sociedad civil y eclesiástica en la que se asentaba. Nos encontramos con un hombre que realizó importantes obras doctrinales sobre la interpretación del concilio de Trento, recibiendo pruebas de gran estima por parte de papas como Pío V, Gregorio XIII o Sixto V. Murió en Roma, el 21 de junio de 1586, a la edad de noventa y tres años, y con una obra inacabada en su escritorio, *Commentarii de lege penali*.

<sup>25</sup> Por todo ello véase CANTARELLA, Eva, cit. (n. 8), pp. 192 ss.

de las observancias de la Orden de los Menores Reformados de San Francisco, a la que nuestro autor pertenecía (3).

No obstante, y a pesar de la pretendida sistemática, comprobamos que en ocasiones el autor vuelve sobre aspectos que deberían haber quedado bien definidos en partes anteriores. Me refiero, por ejemplo, al hecho de la definición de la naturaleza jurídica del delito, la descripción de la conducta sodomítica, la perfección del delito o las posibles controversias con delitos afines, tales como el estupro o el adulterio, que como parecería lógico deberían haber sido abordadas en la primera parte del Tratado, y que sin embargo, muchas y muy interesantes controversias sobre estos aspectos, tienen su desarrollo en la parte tercera, dedicada a la penalidad del delito, precisamente a colación de la definición de la perfección del delito para la aplicación de la pena.

### 1. *La naturaleza del delito de sodomía.*

Sinistrati comienza entrando en materia, trayendo a colación los principios que, ya enunciados más arriba, conformarán las categorías jurídicas que justificaron históricamente la *ratio legis* del delito, haciendo referencia a acontecimientos bíblicos (a), históricos y jurídicos (b) que le sirven de fundamento para la caracterización del delito. Nos encontramos que la Sodomía, bajo el género de *vicio contra natura*, supera en gravedad a las molcicies<sup>26</sup>, y se caracteriza como el vicio abominable e innombrable, el pecado mudo del que hablaba Gregorio López<sup>27</sup>, aquél que no debía ser ni pronunciado, por su carácter detestable, para no tener que ser escuchado por las personas honestas<sup>28</sup>. Se centra así Sinistrati en la conducta

<sup>26</sup> “Post Mollitiem, sub genere vitii contra naturam, sequitur major in gravitate Sodomia”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 1. No hace muchos años que, bajo el amparo de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, se celebraron en el verano de 1987, una serie de conferencias sobre Delito y Pecado en la España del Barroco, que luego vieron la luz bajo el título de *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (ed. Alianza Universidad, Madrid, 1990). De entre dichas conferencias se pronunció la del profesor Bartolomé Clavero, con el sugerente título de *Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones*. Como su propio título indicaba, en páginas 73 y siguientes, el profesor Clavero jerarquizaba en gravedad de mayor a menor, los delitos considerados a su vez pecado. A este respecto, indicaba que el delito de lesa majestad, humana y divina, era el de mayor gravedad, siguiéndole en esta escala los delitos contra la naturaleza o *contra natura*, tipificándose entre ellos aquellas conductas consideradas tan pecaminosas como delictivas, en el campo sexual, es decir, la bestialidad, la sodomía, otros actos y posiciones intersexuales contra natura, masturbación, coito interrupto, incesto, violación de monja, de casada, de virgen, relación sacrilega voluntaria, adulterio doble, etc. Lo mismo realizará el profesor Valiente, en la citada publicación, ahora con su artículo titulado *El crimen y pecado contra natura*, en el que nos propone, en páginas 36-38, una clasificación de este tipo de delitos, un poco más esquemática, y de menor a mayor, a saber, fornicación simple, estupro, adulterio, incesto, sacrilegio, y por último, y de mayor gravedad, el pecado contra natura, que engloba a su vez, los delitos-pecados de molcicies, bestialismo y sodomía.

<sup>27</sup> “Vocatur hoc delictum a Gregorio Lopez peccatum mutum, eo quod percellat aures honestas, ut de illo loqui nefas sit”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 1.

<sup>28</sup> A nuestro juicio, pocos como el malogrado Tomás y Valiente han sabido expresar de forma tan clarificadora la razón legal de la persecución de los homosexuales –además de los heterosexuales– sodomitas. Para TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 26), pp. 34-36, quien en una introducción teológica de quien se justificaba de no tener nada de teólogo, indicaba

típica del delito sodomítico (c), en todas sus vertientes –sodomía homosexual masculina y heterosexual– para posteriormente vertebrar toda la intensidad de su teoría en la demostración de la sodomía homosexual femenina (d).

a) Génesis, 19: el pecado sodomítico. La vinculación del delito al pasaje del Génesis 19, referente a la destrucción de la ciudad por el mismo Dios, queda reflejado en el primer párrafo de la obra de Sinistrati, al significar que Sodoma, de donde viene la palabra Sodoma, significa muda, castigada duramente por la mano de la divina justicia, por los vicios abominables contra natura allí cometidos por los hombres<sup>29</sup>, como el mismo Sinistrati reconoce<sup>30</sup>. Bajo la esfera de la teología

---

que: “sólo desde una perspectiva teológica y de teología moral, se puede entender el por qué y el cómo de la persecución y la punición del pecado o crimen *contra natura*”. En síntesis, la teología escolástico-tomista expande la idea de que todo lo que hay en la tierra es obra del Creador, y que la figura del hombre es la que se asimila a Dios, pues la hizo a su imagen y semejanza; la teología católica establece respecto de la figura del Creador, Dios, y su principal obra, el hombre, un vínculo de colaboración dirigido a seguir el hombre con la obra creadora de Dios. El hombre se convierte así en socio colaborador de Dios en la tierra para la procreación de otros hombres, a imagen y semejanza del creado por el Creador. Para ello utiliza un simple vaso, la mujer, tenida por la segunda escolástica como sencillo recipiente creado para ello, para que a través del acto sexual dirigido a la procreación, el hombre crea vida, promueve la creación de nuevos hombres y mujeres, en respuesta a su posición de socio colaborador de Dios. Con todo ello, la relación sexual ha de estar única y exclusivamente dirigida a la procreación. El placer es puramente accidental, no es un fin en sí mismo, no es el objeto del acto sexual, sino la procreación, dar vida. El daño social producido por estos delitos, el bien jurídico protegido diríamos hoy, no se mide en la época de la contrarreforma en términos o perjuicios económicos, de seguridad o atentatorios contra la vida o integridad física; se mide en función del enfoque moral que se deriva de la gravedad del pecado cometido entre dos varones o dos mujeres fornicando, entre sí o con un animal. “*Y con arreglo a este enfoque moral resulta que tales pecados son gravísimos, se estima que trátase de muy horribles delitos merecedores de la máxima pena*”. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)* (Madrid, 1969), p. 230. Véase también al respecto, GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, José, *La Teología penal de Santo Tomás de Aquino*, Lección inaugural (curso 1958-1959) de la Universidad de Zaragoza (Zaragoza, 1958).

<sup>29</sup> “*et Sodoma (unde deductum est nomen Sodoma) interpretatur muta [...]. Licit autem crimen hoc in sensu recitato mutum sit, vocalissimum tamen ex se est, cuius vox ita valida, ut ad Coelum usque pertingat, et Divinae Justitiae aures sollicitet ad vindictam: Clamor Sodomorum et Gomorrohoerum venit ad me, profesus est Deus in Genesi; descendam, et videbo utrum clamorem, qui venit ad me, opere compleverint*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 1.

<sup>30</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 6. Efectivamente, las referencias que se hacen en el texto bíblico se refieren a la actitud de los habitantes de Sodoma de falta de hospitalidad para con los ángeles enviados por Yahvéh, quienes fueron cobijados por Lot en su propia casa, debido a la amenaza de los habitantes de aquella ciudad de querer abusar de ellos. Esta supuesta amenaza de abuso, implicaría cierta agresión homosexual, máxime si advertimos que para evitar esta amenazadora conducta de los sodomitas, Lot llega a ofrecer a sus propias hijas en trato carnal para evitar la agresión a los ángeles. Ello ha sido suficiente para que la interpretación teológica del pasaje vea una clara punibilidad de las prácticas homosexuales. En puridad, la lectura del pasaje no hace referencia a que la depravación del pueblo de Sodoma se deba a la comisión de delitos por prácticas homosexuales, más bien, y en cualquier caso, se trataría de la comisión de agresiones sexuales. John Boswell nos propone la interpretación o conclusión mayoritaria a la que ha llegado la doctrina respecto del relato de la destrucción de Sodoma, y advierte que la ciudad fue destruida por no tratar con hospitalidad a los visitantes que enviara el Señor,

católica, la vinculación de la acción culpable al castigo divino de los habitantes de Sodoma forma ahora, más nítidamente que nunca, parte del contenido de la norma, entra dentro de la propia tipicidad del delito, por lo que aquel castigo implacable, apocalíptico, acaecido a los habitantes de Sodoma, debe de proyectarse igual de implacable contra los que ahora se ven representados en aquel pasaje bíblico. La destrucción de Sodoma es un dogma de fe. Ni teólogos, ni juristas dudan de que tal acontecimiento ocurrió, es más, no reflexionan sobre si ocurrió o no, sencillamente ocurrió, y la mención de su ejemplo es suficiente para dar por zanjada cualquier discusión, porque lo dice la Biblia, y la Biblia es dogma de fe<sup>31</sup>. Al igual que los habitantes de Sodoma eran responsables de todas las calamidades posibles, pestes, plagas, etcétera, también lo serán ahora los culpables del delito de sodomía, así se les responsabiliza desde las propias normas jurídicas, así lo teorizan teólogos y juristas, y así se vertebrará también en la práctica de los tribunales<sup>32</sup>.

y que las referencias a los matices sexuales del relato son sólo circunstanciales. Tanto es así, que en los evangelios de San Mateo 10:14-15 (“*Y si algunos no os reciben ni escuchan vuestras palabras, salid de esa casa o de aquella ciudad y sacudid el polvo de vuestros pies. Os lo aseguro: habrá menos rigor para la tierra de Sodoma y Gomorra en el día del juicio que para esa ciudad*”); y de San Lucas 10:10-12 (“*Pero en cualquier ciudad donde entréis y no quieran recibiros, salid a la plaza y decid: Hasta el polvo de vuestra ciudad que se nos pego a los pies, lo sacudimos sobre vosotros; sin embargo sabedlo bien: el reino de Dios está cerca! Os aseguro que habrá menos rigor para Sodoma en aquel día que para esa ciudad*”), queda nítidamente claro que la opinión de Jesús sobre el pasaje bíblico hacía referencia, efectivamente, a que la destrucción de Sodoma se debió a la falta de hospitalidad para con los ángeles del Señor. BOSWELL, John, cit. (n. 7), pp. 117-118. Más explícitos serían, a nuestro juicio, los pasajes hebreicos recogidos en Levítico 18,22 y 20,13 (citados por SINISTRATI en los §§ 5 y 36), cuando al tratar de uniones sexuales consideradas lícitas e ilícitas, califica de abominable la acción de yacer “*con un varón como quien se acuesta con una mujer*”, para posteriormente, al tipificar determinadas acciones legales sanciona esta misma conducta con la muerte “*sin remisión*”, cayendo su sangre sobre ellos. Igualmente castiga el delito, más tarde denominado de bestialidad –que también se encontrará bajo la órbita jurídica del delito del pecado nefando contra natura–, por cuanto sanciona la unión sexual de hombre o mujer con bestia. En ambos casos, la pena es la misma, capital sin remisión (Levítico 20,15-16). Aquí, la determinación a sancionar y castigar con la máxima pena las relaciones homosexuales es determinante. Otros textos bíblicos del Antiguo y Nuevo Testamento condenan la prostitución masculina –asimilándola a la homosexualidad– (Deuteronomio 23,18) y la homosexualidad masculina y femenina (Romanos 1,26-27) (citada por SINISTRATI, § 6), a quienes se les niega como herederos del Reino de Dios (1 Corintios 6,9), y sobre los que caerá el peso de la ley (1 Timoteo 1,10). Al respecto, existe un libro de BADANELLI, Pedro, *El Derecho Penal en la Biblia. Los grandes delitos sexuales* (Buenos Aires, ed. Tartesos, 1959), que no he podido consultar a pesar de los intentos, y que he visto citado en alguna ocasión con referencia a delitos relativos a prácticas sexuales ilícitas, tales como estupro, violación, adulterio, reflejados todos ellos en los textos sagrados.

<sup>31</sup> Al respecto, escribe TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, cit. (n. 26), p. 41, que: “real y exactamente sucedió que Dios castigó a toda una comunidad porque hacía aquello, y eso es absolutamente cierto, tan cierto que lo dice la Biblia. <No cabe más interpretación>. Aquello ocurrió y Dios destruyó a toda una ciudad porque en ella se hacían aquellas prácticas”.

<sup>32</sup> P. 7, 21, 1, lo tipifica expresamente: “*Sodoma e Gomorra fueron dos ciudades antiguas pobladas de muy mala gente, e tanta fue la maldad de los omes que vivían en ellas, que porque usavan aquel pecado que es contra natura, los aborrecio nuestro señor Dios, de guisa que sumió ambas las ciudades con toda la gente que y moravan e no escapó ende solamente, sino Lot y su compaña, que no avian en sí esta maldad e de aquella ciudad Sodoma, onde Dios fizó esta mala*”

b) Justiniano: la persecución imperial de los sodomitas. Acto seguido a la cita del Génesis, como justificación bíblica y teológica de la naturaleza del delito sodomítico, Sinistrati, cita la ley del Emperador, al que no identifica, aunque estamos convencidos que se refiere a Justiniano, la cual permite castigar este delito. En puridad, se estaría refiriendo a una disposición de Justiniano recogida en la Instituta del año 533, en virtud de la cual, y en referencia a la *Lex Iulia de adulteriis*, castiga a los que se atreven a cometer nefandas lviandades con los hombres, en clara alusión a la comisión de actos homosexuales, tanto en su forma activa como pasiva<sup>33</sup>. Pero también podría referirse Sinistrati, a sendas constituciones publicadas por Justiniano, unos años después de la Instituta, dedicadas al castigo con la pena de muerte para los que cometan actos homosexuales, y que se incorporan en las Novelas<sup>34</sup>. Es probablemente la primera vez, desde un punto de vista normativo, que se vinculan los actos homosexuales con el calificativo de actos contrarios a la naturaleza, lo que proyectará en el tiempo la vinculación de esta conducta como pecado contra natura<sup>35</sup>.

---

*villa, tomó este nome este pecado, a que llaman sodomítico [...]. Ca por tales yerros envia nuestro señor Dios sobre la tierra, donde lo fazen, hambre e pestilencia, e tormentos, e otros males muchos, que non podria contar*". El mismo Gregorio López, en la glosa g) a esta ley hace referencia al pasaje del Génesis, 19. Por su parte, las leyes de los Reyes Católicos y de Felipe II, aún sin hacer expresa referencia a las ciudades de Sodoma y Gomorra, describen, en los términos de Partidas, el castigo divino para aquéllos que cometan tales actos contrarios al orden natural. Desde esta perspectiva se justifica la agresividad del lenguaje jurídico y doctrinal en torno a la calificación del delito de sodomía, cuyas adjetivaciones no dejan lugar a dudas del tipo de ofensa que se realiza al bien que se pretende proteger. Así, pecado contra la costumbre natural, vicio contra natura, ofensa contra Dios, detestable por el sólo hecho de nombrarlo, vicio abominable, son ejemplos de este lenguaje. Antonio Gómez describía así el delito al indicar que los sujetos actores del delito de sodomía "*committit detestandum & abominabile crimen Sodomiae, contra naturam, quod gravius est caeteris criminitus praeter heresum, § tendit in maximam offensam Dei § torius naturae*". GÓMEZ, Antonio, cit. (n. 16), Ley 80, § 32, p. 704.

<sup>33</sup> Oist. Inst. 4,18,4.

<sup>34</sup> Ya en la primera, del año 538, las claras referencias a la influencia de la moral sexual cristiana se hacen notar desde el mismo título de la constitución: "*de que no se sea lujurioso contra la naturaleza, ni se jure por los cabellos de Dios o por alguna cosa semejante, ni se blasfeme contra Dios*". Iust. Novellae 78. Las referencias al Dios cristiano impregnán el prefacio de la norma, y su contenido describe en términos apocalípticos la existencia de "*diabólica instigación, gravísimas lujurias, cosas contrarias á la naturaleza, temor de Dios y su futuro juicio, diabólicas e ilícitas lujurias, justa ira de Dios*". La referencia del texto a la entrega de algunos hombres, compelidos por diabólica instigación, a la comisión de gravísimas lujurias y la realización de actos contrarios a la naturaleza, delitos que "*originan hambres, terremotos y pestes*", ha permitido a la doctrina atisbar la existencia de una referencia implícita a las conductas y actos homosexuales, aunque insisto que expresamente no se refiera a ellos. Al respecto, opina Cantarella que Justiniano deja claro que para él, "*la homosexualidad es un crimen religioso y castigado por deseo divino*". CANTARELLA, Eva, cit. (n. 8), p. 230. Por su parte, y en la misma línea interpretativa, Espejo Muriel concluye que "*es la convicción por parte de Justiniano, de que la homosexualidad está ligada a las catástrofes naturales que azotaban la tierra*". ESPEJO MURIEL, Carlos, *El deseo negado. Aspectos de la problemática homosexual en la vida monástica (siglos III-VI d.C.)* (Granada, ed. Universidad de Granada, 1991), p. 190.

<sup>35</sup> Propone Justiniano el arrepentimiento, y la persecución de sus autores aplicándoles a ellos las leyes civiles, sin especificar cuáles. No obstante, esta constitución en interpretación sistemática

Éstas serán pues las bases que servirán de dogma de fe, por un lado, y justificación jurídica, además de la doctrinal, para que Sinistrati entre de lleno en la caracterización de la conducta típica del delito de sodomía, sin plantear inicialmente su arriesgada teoría sobre la sodomía femenina, sino intentando simplemente presentar las características típicas del delito.

c) La conducta delictiva y pecaminosa de los sodomitas. Sinistrati tipifica la conducta sodomítica como aquélla que, regularmente, se comete cuando se practica coito por vaso posterior –coito anal<sup>36</sup>–. Bajo esta conducta, la sodomía afectaría a la que consideraríamos homosexualidad masculina<sup>37</sup>, pero también a las relaciones heterosexuales, siempre que éstas, entre hombre y mujer, se produzca mediante coito anal<sup>38</sup>.

---

con la constitución 141, del año 559, deja mucho más claro, qué conducta se quiere perseguir, qué bien se pretende proteger y la sanción penal aplicable. El prefacio de la constitución ya nos advierte de lo que deben hacer los habitantes de Constantinopla, a quienes va dirigida la letra de la ley: “*que todos nos abstengamos ciertamente de los malos deseos y acciones, y principalmente los que se consumieron en acción abominable y con razón odiosa para Dios é impía. Nos referimos al estupro de varones, que impíamente cometan muchos varones perpetrando con varones una cosa torpe*”. Ahora, las referencias explícitas al pasaje del Génesis 19, a lo acontecido con la destrucción de Sodoma, vincula inexorablemente la persecución de las conductas homosexuales, tanto activas como pasivas, con lo que aconteció en aquel episodio bíblico, con la idea de pecado y con la posterior nominación del delito de sodomía, que como veremos más tarde, incorporará tipos de conducta no sólo homosexuales, sino también heterosexuales, aunque consideradas punibles. Es por esto que estamos con CANTARELLA, Eva, cit. (n. 8), p. 235, cuando afirma que: “la homosexualidad ha sido transferida al campo de los delitos que ofenden a la divinidad: la pena es ya doble, humana y divina”.

<sup>36</sup> “*Est autem, regulariter loquendo, crimen ho coitus in vase praepostero*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 2.

<sup>37</sup> Derivada de los textos jurídicos y convertido en lugar común por la doctrina jurídica, la conducta que podríamos considerar típica del delito de sodomía, y que vincula indisolublemente a ésta con la homosexualidad, es la llamada sodomía perfecta, conducta en la que “*caen los omes yaciendo unos con otros contra natura e costumbre natural*”, tal y como la define el texto del magno monarca Sabio, P. 7, 21. Ningún otro texto jurídico castellano, ni de los analizados para otros territorios hispánicos o europeos, definen la conducta delictiva en el delito de sodomía, con la excepción del texto de Partidas. Es posible que de nuevo, la abominación del delito que lo hace indigno incluso de nombrar, tal y como reza la pragmática de 1497 de los Reyes Católicos, opera como elemento disuasorio para el propio legislador que prefiere dejar indefinida una conducta punible que, por otro lado, todo el mundo conoce. La evidencia es clara: el delito de sodomía se encuentra perfectamente vinculado a determinados actos sexuales considerados nefandos, conocidos perfectamente por los súbditos, que hacen innecesaria su tipificación. Pecado nefando y sodomía son sustantivos, lo suficientemente clarificadores, como para que sin expresarlo la norma, manifestar la conducta punible. En palabras de CARBASSE, Jean-Marie, cit. (n. 9), p. 318, “*en fait l’horreur qu’inspirent alors ces pratiques est telle qu’on préfère n’en parler, au moins dans les ouvrages juridiques, que le moins possible*”.

<sup>38</sup> Frente a la sodomía perfecta, existía una sodomía imperfecta, desvinculada de la homosexualidad, en función de la cual, la conducta punible no se realizaba manteniendo relaciones sexuales con personas del mismo sexo, sino con personas de diferente sexo, hombre y mujer, pero por el mismo vaso, el no debido, *extra vas naturale*, el que no está creado para la procreación. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 46, lo define así: “*Siquidem faemina habet vas, destinatum a natura ad usum copulae; proinde qui, hoc relicto, altius aggreditur, indicat plus quam ferina brutalitate agitari, et sic deterius delinquere*”. Comprobamos que la conducta antijurídica es exactamente la misma

Para la perfección del crimen, Sinistrati plantea en su Tratado sendas interpretaciones respecto de la opinión común de los doctores. Por un lado, nos deja nítidamente claro que hay conducta sodomítica perfecta, siempre que se produzca eyaculación en vaso posterior, pues la penetración sin eyaculación no es suficiente para la perfección del delito, siguiendo para ello un sector de la *opinión doctorum*. Esta afirmación le permite calificarlo como una especie de homicidio<sup>39</sup>, además de considerarlo como agravante si éste se produjera entre consanguíneos o entre parientes, lo que demostraría una malicia tal que debería ser necesariamente averiguado en el trámite probatorio, sobre todo a partir de la confesión, no significando por ello la creación de un tipo delictivo nuevo<sup>40</sup>. No obstante, y en cuanto a la esencia del delito para la perfección del mismo y la penalidad a imponer, en función de dicha perfección, Sinistrati trae a colación sendas controversias no menos interesantes. Por un lado, la perfección del delito implica, como se ha dicho, penetración en vaso posterior y eyaculación, teoría que parece compartir Sinistrati; ahora bien, Sinistrati trae a colación que el sentir mayoritario de la opinión de los doctores vehicula la perfección del delito, debido a su atrocidad, al hecho exclusivo de la penetración anal, con independencia de si hay eyaculación o no, o si ésta se ha producido en el exterior, sea intencionadamente o por accidente<sup>41</sup>. A su vez, y partiendo de la argumentación de Dominique Raynald, que propone una interpretación a medio camino entre las dos anteriores, Sinistrati teoriza sobre otras figuras afines con la sodomía, tales como el estupro o el adulterio.

En el Tratado, Sinistrati utiliza la controversia suscitada en torno a la perfección del crimen, para sugerir la equivocada, a su juicio, teoría de Raynald, en relación con el estupro en posible concurso con la sodomía. La sola penetración anal sin efusión de semen no constituiría una verdadera sodomía, si bien se trataría de un estupro cometido sobre el sujeto varón pasivo corrompido<sup>42</sup>. Para Sinistrati, que aprovecha la ocasión para teorizar sobre el estupro y el adulterio, apoyándose en la ley imperial de 390 y en la doctrina de los juristas romanos Papiniano y Modestino, sentencia que nos encontramos con un delito de adulterio cuando se trata de mujer casada, de incesto cuando se trata de parientes en grado, y de estupro cuando se corrompe a una viuda, virgen, muchacho o mujer –mediando engaño–. Y por esto, ¿hablaríamos de Sodomía cuando hay penetración anal y eyaculación, y de

---

que para la sodomía perfecta, a salvo de los sujetos participantes, activo y pasivo de diferente sexo. No obstante, SINISTRATI trae a colación al respecto la controversia en torno a tipificar esta conducta como sodomítica, y se vale para ello de una serie de doctores que rechazan la calificación de Sodomía para la cópula posterior entre varón y mujer, dejándolo tan sólo como un acto sodomítico. Por el contrario, a su juicio y el de la mayor parte de doctores criminalistas, el delito debe ser reputado como sodomítico. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 45-46.

<sup>39</sup> La comparación con el homicidio la lleva a cabo SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 4, desmintiendo por un lado, aquella teoría de otros doctores que aseguraban que el esperma liberado sin ánimo de procreación, en sí mismo engendraba un alma, teoría ésta condenada por la congregación del Santo Oficio, para luego afirmar que con el semen liberado en lugar estéril, o dónde nada puede nacer, la procreación en sí misma es imposible..

<sup>40</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 5.

<sup>41</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 38.

<sup>42</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 39.

estupro cuando hay penetración sin eyaculación<sup>43</sup>. Sinistrati parece encontrar en la teoría del jurista portugués Antonio de Souza la clave para la distinción de uno y otro. Y dicha clave estaría en la reincidencia. Con independencia de que el varón activo que penetra al pasivo, eyacule o no, voluntariamente o no<sup>44</sup>, lo importante para la perfección de los delitos de esta especie, es la reiteración y repetición del acto sodomítico cometido en fraude de ley<sup>45</sup>, tal y como es seguido en la práctica de los tribunales milaneses, napolitanos, sicilianos, alemanes, etc.

d) La sodomía femenina en Sinistrati. La teoría de Sinistrati sobre la sodomía femenina, parte por afirmar que el crimen sodomítico, en sí mismo considerado, ha sido traído al mundo por las mujeres. Afirmación ésta que ya choca de manera frontal con la conducta típica más arriba descrita. La justificación la encuentra en una carta de San Pablo a los Romanos (1,26), en la que, tras afirmar que el hombre no mostró gratitud para con el Dios creador, éste les entregó a pasiones que envilecen, “*así hasta sus mujeres cambiaron el uso natural por el que es contra naturaleza*”. Sinistrati es consciente que la vinculación de este pasaje del Nuevo Testamento no encontraría vinculación con el texto del Génesis, por cuanto lo reflejado en Sodoma no hace referencia a la sodomía femenina, sino a la masculina, por lo que Sinistrati concluye que: “*unde potuit esse, quod Sodomia faeminarum incepit longe post a Graeca Philaene*”<sup>46</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, y Sinistrati lo sabe, la sodomía femenina no podría haber sido castigada. Las normas jurídicas sólo incriminan a los hombres, como ha quedado dicho, no a la homosexualidad femenina, como lo reconoce rotundamente Gregorio López<sup>47</sup>. Ahora bien, Sinistrati parte por afirmar que todos los moralistas tratan de este vicio innoble entre mujeres, y enseñan que una verdadera Sodomía puede y de hecho se comete entre mujeres, a pesar de que a su juicio, la forma de cometer este delito no ha sido suficientemente explicada por estos moralistas. Que la sodomía femenina existe y debe ser delictiva, es un lugar común en el Tratado de Sinistrati, aunque deba ser considerada un delito más raro o atípico que el que es cometido por los hombres<sup>48</sup>. Sinistrati, también es consciente que toda una

<sup>43</sup> “*Unde in hoc sensu non potest contradistingui a Sodomia, per hoc, quod haec sit penetratio vasis cum seminatione; stuprum vero penetratio absque seminatione*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 40.

<sup>44</sup> Para lo cual, y una vez conocido el delito, el sujeto activo deberá ser torturado para averiguar la razón de su actuación respecto a la no eyaculación. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 44.

<sup>45</sup> “*Si vero reus consuetus est tales spurcitas exercere, et ad fraudem legis penetrat, ibique usque ad extrellum delectatur, et vis non seminat intra; iste puniendus est tanquam verus Sodomita*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 43.

<sup>46</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 6. Sobre la homosexualidad masculina y femenina en la antigua Grecia, es indispensable la obra de CANTARELLA, Eva, cit. (n. 8), pp. 17-127, especialmente el capítulo IV, dedicado al amor entre mujeres, pp. 117-127.

<sup>47</sup> “*Couitus feminae cum femina non reperitur punitus lege divina neq; humana*”. LÓPEZ, Gregorio, glosa c) omes a P. 7,21. Al respecto, el iushistoriador francés CARBASSE, Jean-Marie, cit. (n. 9), p. 319, puntualiza que con el término sodomita “ne désigne plus au XVIII<sup>e</sup> siècle que les homosexuels masculins”, lo que evidencia la excepcionalidad de la homosexualidad sodomita femenina.

<sup>48</sup> La homosexualidad femenina debía ser persegurable en el delito sodomítico, tanto o más

batería de juristas ha incriminado a la mujer, más exactamente, a la homosexualidad femenina, cuyos actos sexuales son subsumibles en el delito de sodomía. Es así, tal y como suena, la homosexualidad femenina, a pesar de no encontrarse descrita en la norma, es tenida como sodomítica. La mujer incurrirá como autora de un delito de sodomía yaciendo con otra mujer. Así se lo han expresado a Sinistrati los más doctos y consumados administradores del Sacramento de la Penitencia<sup>49</sup>.

A priori, y antes de analizar la teoría de Sinistrati, cuando menos sorprende que, para el caso de sodomía femenina, no importe que el pacto del creador, según la teología escolástico-tomista, hubiera asociado al hombre a la función procreadora, convirtiendo a la mujer sólo en un recipiente, en una parte pasiva del acto procreador; tampoco importaba que no existiera penetración en el coito homosexual femenino, dada la inexistencia de órgano masculino; tampoco importaba que no hubiera eyaculación de la semilla y que por tanto la procreación fuera inviable.

Sinistrati, aunque posteriormente se contradiga, por ahora nos ayuda a solventar algunas de estas dudas o posibles contradicciones. Por un lado, diferencia molicies y sodomía. Si hay coito en vaso no natural, hay sodomía, si no hay coito y sólo tocamientos, se reduce a molicies<sup>50</sup>. ¿Y cómo explicar el coito en vaso no natural entre mujeres? Para Sinistrati, “*explicare nodus difficultatis est*”. Siguiendo la *opinio doctorum*, si la mujer que ejerce de activa o incuba, en el desarrollo del acto homosexual, proyecta su semilla sobre el vaso natural de la mujer pasiva o súcubo, entonces habrá sodomía. Por el contrario, si la semilla femenina no es proyectada en dicho vaso, se reduce a molicies<sup>51</sup>.

Sinistrati contradice esta opinión y afirma que, desde un punto de vista anatómico, es imposible que la semilla de la mujer –semilla que queda sin definir o identificar– pueda ser eyaculada ni penetrada en el vaso de la otra. Es una ensñación pensar en un hecho de este calibre<sup>52</sup>.

---

que la masculina, aunque tras la difícil justificación de su incriminación, se quiso justificar como una especie de sodomía atenuada. Así lo justificaba también Gregorio López al advertir que la sodomía femenina, aún siendo un pecado considerado grave, no adquiere tanta gravedad como la sodomía homosexual masculina, dado que la mujer no es, por natura, generadora de la semilla procreadora, por lo que su pecado se centra en el desorden de su apetito sexual. “*Liceo hoc sit peccatum grave non tamen ita grave sicut vitium sodomiti cum viri ad virus; nam maius est permutatio ordinis naturae in sodomitico quan in isto, nam in illo vir cognoscitur qui non est extreum ad passionem hic autem a feminis quae ad passionem apta est liceo non sit coveniens agens. Secundo, quia in illo perficitur coitus § imago Dei deturpatur, in isto autem, secundum eum impossibile est a feminis se ipsas polluere, sed solum deordinatur voluntas erarum, quia consentiunt in libidinem § vehementissimo desiderio illam prosequuntur non possunt tame eam consequi § hipase sciunt non consequentur*”. LÓPEZ, Gregorio, glosa c) omes a P. 7, 21.

<sup>49</sup> “*Consului non semel viros doctissimos, et in administratione sacramenti Poenitentiae consummatos; et omnes mibi sincere responderunt se quidem tenere, cum communi Moralistarum, dari Sodomiam inter faeminas*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 7.

<sup>50</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 8.

<sup>51</sup> “*Opinantur nonnulli, quod si succubae incubet faemina, seque invicem subagitando eveniat, quod semen incubantis injiciatur in vas naturale succubae, tum sodomia perficiatur: caeterum, si semen non recipiatur in illud vas, sit tantum mollities*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 9.

<sup>52</sup> “*Notum enim est apud omnes, qui vel superficilam lecturam librorum Anatomiae habent,*

Sí queda claro para Sinistrati que desde un punto de vista anatómico, es imposible el coito sexual entre dos mujeres de forma natural, ¿cómo tipificar la sodomía femenina? Al respecto, Sinistrati agudiza el ingenio y trae a colación, para criticarla duramente, la teoría de Antonio Gómez y Julio Claro, quienes entienden que la sodomía femenina se proyecta a partir de la utilización por parte de las mujeres de un instrumento que se asemeja al miembro viril, mediante el cual, la una penetra a la otra<sup>53</sup>. Opinión ésta de Antonio Gómez que es seguida por la mayor parte de los teólogos y legistas españoles y europeos<sup>54</sup>. Sinistrati cree que este pensamiento no es propio de hombres sensatos, por cuanto la sodomía exige coito entre dos personas de forma irrefutable<sup>55</sup>. A juicio de Sinistrati, la cópula entre mujeres sirviéndose

---

*impossibile esse semen incubae posse in vas succubae mulieris ejaculari [...]. Si igitur ambae faeminae faceant, una quidem incubando, alia succubando, impossibile est, quod semen incubae possit injici, neque intrare vas succubae [...], concludet, somniatam esse praedictam opinionem de seminis faeminei transfusione". SINISTRATI, De sodomia tractatus, § 10.*

<sup>53</sup> "Primo modo si afemina agit cun alia afemina mediante aliquo instrumento materiali". GÓMEZ, Antonio, cit. (n. 16), 80-34.

<sup>54</sup> Como por ejemplo la seguida años más tarde por Pradilla Barnuevo, para quien, trayendo un ejemplo acaecido en Sevilla en 1611 de sodomía femenina, explícita que la conducta de este delito tiene dos maneras: "haciendo la una oficio de hombre sobre la otra, con fricación solamente en las partes inferiores, y sin instrumento artificial, o interviniendo y usando para mayor delectación de algun instrumento de vidrio o de otra cosa". PRADILLA BARNUEVO, Francisco de la, *Suma de las leyes penales* (Madrid, 1639), fols. 47 y 48.

<sup>55</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 11, 13 y 20. Es aquí donde Sinistrati trae a colación la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*, del año 18 a. C., en la que se castiga como *crimina publica*, cualquier relación sexual cometida fuera del matrimonio y del concubinato, sobre todo, según Sinistrati, el trato carnal entre mujeres cuando éste se realiza a través de algún instrumento material. Al respecto, conviene aclarar que el peso que las mujeres desempeñaban en la sociedad romana era totalmente diferente respecto de los hombres, y por tanto, la consideración de la homosexualidad femenina, respecto de la masculina, también. Las fuentes apenas si hacen referencia a este tipo de homosexualidad femenina, hasta la citada *Lex Iulia de adulteriis*, cuya regulación caerá como una losa sobre las mujeres homosexuales. La función social de la mujer romana pasa por vincularse a la autoridad del *paterfamilias*, bajo la fórmula del *connubium*, para formar ciudadanos romanos, es decir, servir de reproductora de vida para la sociedad romana. La fidelidad al marido si estaban casadas, y la castidad si eran nubiles o viudas, eran los atributos morales exigibles en la mujer romana para que estuvieran integradas y aceptadas socialmente y poder así disfrutar de una excelente educación cultural. He aquí una especie de doble moral romana que es posible apreciarla en la mayor parte de los escritores de la época, mostrándose tremadamente permisivos respecto de la homosexualidad o bisexualidad masculina, mientras que critican ferozmente, como una rareza de la naturaleza –contra natura–, como una conducta totalmente reprobable y depravada, la homosexualidad o bisexualidad femenina. Ahora bien, esta homosexualidad femenina, no es en sí misma castigada como tal, es decir, no existirá ninguna norma que castigue o tipifique la homosexualidad femenina, como por el contrario ocurría con cierto tipo de conductas homosexuales masculinas, al parecer castigadas por una ley anterior, llamada *lex Sca[n]tinia* y de la que se conoce bien poco. La homosexualidad femenina entrará dentro de la esfera de actuación de la *Lex Iulia de adulteriis*. Se deduce así, una doble vertiente del carácter reprobatorio de la homosexualidad femenina en Roma, por un lado, por considerarla contra natura, contraria por tanto al orden moral, y por otro lado, al considerarla como una conducta típicamente criminal, que merecería una regulación jurídica específica, a pesar de que ninguna norma tipifique como delito esta conducta, cayendo por tanto bajo la autoridad de la *Lex Iulia de adulteriis*. ¿Y por qué bajo la fuerza reguladora de la *Lex Iulia de adulteriis*? Básicamente,

para ello de instrumentos inanimados que no forman parte del cuerpo humano, en ningún caso podría calificarse de sodomía, reduciéndose la acción a molicies, y vuelve a reiterar, que para la sodomía se exige necesariamente el coito<sup>56</sup>.

Ahora bien, ¿cómo justificar el coito entre dos mujeres sin existencia de miembro viril y sin que sea válida para el tipo penal la utilización de instrumentos que se asimilen al miembro viril? Sinistrati se aventura de nuevo a definir la esencia del coito para así justificar su teoría, apostando por un lado, porque el coito es la conjunción sexual de un hombre con un hombre o con una mujer en vaso posterior (acto sexual con penetración anal = sodomía perfecta e imperfecta); y por otro, porque el coito es la conjunción sexual de una mujer con una mujer en vaso natural o no natural, acto posible, que de hecho tiene lugar entre las mujeres, pero que vuelve a dejarnos con la miel en los labios, indicándonos que ya demostrará su teoría un poco más tarde<sup>57</sup>.

Marginado el uso de instrumentos fálicos entre mujeres para la calificación del tipo sodomítico, se pregunta Sinistrati, si la utilización de una parte del cuerpo humano viviente, así especificado, como puede ser el dedo (hablaríamos de masturbación entre mujeres), ¿sería calificada de conducta sodomítica, cuando éste se introdujera en el vaso anterior o posterior? Sinistrati es consciente de que con esta conducta, en ningún caso se podría decir que entre ellas hubiera cópula o coito carnal, “*quamvis digitus sit pars membra corporis viventis, et ipse vivens*”, incluso aunque se produjera entre las mujeres una emulsión orgásmica. De nuevo hablaríamos de molicies, en ningún caso de sodomía, a pesar de que para Sinistrati, la utilización de este miembro viviente pudiera entenderse como una circunstancia agravante del delito de molicies.

Una nueva interrogante se propone Sinistrati, no para la sodomía homosexual femenina, sino para la relación heterosexual, aunque también pueda afectar a la homosexual masculina. ¿Y si en el acto sexual, el varón activo utiliza cualquier tipo de elemento profiláctico para evitar la emulsión del semen en la mujer o en el varón pasivo?<sup>58</sup> La respuesta de nuevo es clara: “*profecto, non: siquidem membrana illa distinguit corpora*”, y por tanto, no es posible aseverar que se hubiera tenido cópula y tampoco delito sodomítico, a juicio de Sinistrati<sup>59</sup>.

Descartadas las anteriores conductas que pudieran tipificar la sodomía homo-

---

porque la mujer que bajo la autoridad del *paterfamilias*, mantiene relaciones homosexuales con otra mujer, está cometiendo simplemente adulterio. En opinión de CANTARELLA, Eva, cit. (n. 8), pp. 143-153: “el amor entre mujeres es en primer lugar contra natura, y en segundo lugar criminal. Si bien ninguna ley lo toma en consideración, es de todas maneras considerado un delito: la mujer casada que tiene una relación homosexual comete adulterio”..

<sup>56</sup> “*Quod si tali casu concubitus, sea copula deest, nullo modo poterit adesse Sodomia, quae concubitus necessario exigit, sed erit simplex mollities*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 13.

<sup>57</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 13.

<sup>58</sup> El mismo Sinistrati reconoce haber tomado confesión a un hombre que acostumbraba a mantener relaciones sexuales con su amante, utilizando la profilaxis como mecanismo para evitar embarazos no deseados. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 13.

<sup>59</sup> Resumiendo, y respecto al uso de instrumentos en forma de falo o profilácticos, Sinistrati indica que “*pari ergo modo, nulo pacto poterit dic faemina copulata, quamvis coriacea mental altera succubae vas naturale aut praeposterum inierit*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 13.

sexual femenina, Sinistrati insiste en que este delito existe entre mujeres, aunque de una forma totalmente diferente a la que acaba de exponer. Sinistrati establece una teoría que cuando menos resulta, a nuestro juicio, tremadamente forzada para justificar la sodomía homosexual femenina. Entiende que no todas las mujeres pueden ser sujetos del delito sodomítico, sino sólo algunas. Rompe así un posible principio de igualdad en materia de conducta, dado que, aún realizándose el mismo tipo de conducta, no todas las mujeres podrán ser castigadas como sodomíticas. ¿Qué razón argumenta para excluir a unas e incriminar a otras? La respuesta, a nuestro juicio, resulta sorprendente. La mujer a la que la naturaleza le haya dotado de un clítoris *—nymphium* u órgano del deleite venéreo, llamado dulzor de amor o tábano de Venus— más pronunciado de lo normal, podrá ser sujeto de sodomía homosexual femenina, por cuanto de yacer con otra mujer, dicho exagerado *nymphium*, operaría como miembro viril<sup>60</sup>. Y la rareza de este delito se encuentra, a juicio de Sinistrati, en el hecho de que precisamente en el occidente europeo las mujeres, afortunadamente, no han tenido una erupción notable del *nymphium*, a la inversa de lo que ocurre con otras mujeres del medio y lejano oriente, cuyo clítoris bien dotado les haría posibles actoras del delito sodomítico<sup>61</sup>. No obstante, en Europa, ciertas mujeres en posesión de un *nymphium* prominente suelen perseguir a otras mujeres y chicas jóvenes, no dudando incluso en perseguir a otros hombres, para mantener con ellos actos sodomíticos<sup>62</sup>.

Si la sodomía homosexual femenina ya se consideraba de antemano, más excepcional y rara si cabe, que la sodomía homosexual masculina y heterosexual, Sinistrati apoya esta misma argumentación, incluso a partir de su teoría del *nymphium* prominente, como *conditio sine qua non* para que exista sodomía, argumentando, por un lado, la excepcionalidad europea, por cuanto las mujeres en Europa no desarrollan excesivamente el órgano genital femenino, y por otro

<sup>60</sup> “*Talli ergo clytoride mulieres nonnullae praeditae, afeminas alias, et maxime pueras, insectantur, et non desunt, quae etiam masculos ineunt*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 19. Desde el parágrafo 15, Sinistrati desarrolla toda una teoría anatómica sobre el clítoris femenino, su comparación y asimilación con el miembro viril masculino, y la afirmación de que éste tiene la misma forma que el miembro viril masculino cuando se excita. Por todo véase SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 15.

<sup>61</sup> Aunque nuestra mentalidad hoy no esté preparada para aceptar determinadas propuestas, somos conscientes que lo que ahora justifica Sinistrati para sustentar su teoría, sigue produciéndose en algunos países, tales como Etiopía, cual es la ablación genital femenina. Efectivamente, Sinistrati nos cuenta cómo en algunas países africanos y del medio oriente como Etiopía o Egipto, las mujeres tienen generalmente muy desarrollado el clítoris, asimilándose a un pequeño pene masculino. Cuando son niñas, deben pasar el horrendo suplicio de ver cómo su clítoris es quemado con hierro candente o mutilado para evitar su crecimiento. Ceremonia ésta de la circuncisión –ablación– de las mujeres operada sobre el clítoris, que suele tener carácter religioso entre los abisinios. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 16.

<sup>62</sup> Y afirma Sinistrati conocer a un confesor digno de fe que viene de tomar la siguiente confesión: una noble dama hacía sus delicias amorosas con un adolescente de doce años, que mantenía en su casa en calidad de protegido. Esta mujer que había dado tres hijos a su marido, rehusaba tener relaciones sexuales con él y desahogaba sus pasiones sexuales con su nubil amante. El confesor creía tratar con una andrógina, dado que desconocía la teoría sobre el *nymphium* que Sinistrati acababa de exponer. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 19.

lado, porque no se dejan seducir por tal “*infami passione [...] crimen infame ac innominabile*”<sup>63</sup>.

Retomando la teoría tradicional sobre la sodomía perfecta o imperfecta, ¿dónde queda en la teoría de Sinistrati la cuestión del semen? Y no sólo en la teoría de Sinistrati, sino en la de todos aquellos que, sin norma jurídica que lo regule, han optado por condenar las relaciones homosexuales femeninas como delito sodomítico, de pecado nefando contra natura. En este sentido, volvamos a preguntarnos si estos autores, ¿han eliminado en este tipo la exigencia de la eyaculación? La respuesta es clara, y Sinistrati la afirma con rotundidad: han obviado la exigilidad de la eyaculación dentro de la conducta típica. Ahora, ésta no es necesaria para que haya sodomía perfecta, dado que al menos hay existencia de coito –según los autores–, entre mujeres<sup>64</sup>.

Con todo ello, Sinistrati termina esta primera parte de su Tratado, indicando que gracias a esta doctrina, los confesores podrán conocer el tipo de crimen cometido por las mujeres, si molicies o sodomía<sup>65</sup>.

## 2. La prueba del delito de sodomía.

Competencia jurisdiccional y práctica probatoria incardinan de lleno al delito de sodomía entre las categorías jurídicas de los delitos *mixti fori* (a) y *crimen atrocissimum* (b), a juicio de Sinistrati. En este sentido, tanto en la prueba del delito

<sup>63</sup> Sólo la gracia de Dios y una voluntad cristiana inquebrantable pueden salvar a este tipo de mujeres de caer en tan depravado delito. Y cuenta Sinistrati el ejemplo acaecido en un conocido convento de Pavía en 1671, en el que una joven y muy honesta religiosa era consciente de la enormidad de su *nymphium*. Acongojada por tal circunstancia, que le provocaba graves tentaciones carnales, esta joven religiosa hizo llamar a un cirujano para que la examinara, llegando a la conclusión que sólo la ablación o mutilación del *nymphium* era la solución. Aceptando la religiosa tal práctica, estuvo a punto de morir en la intervención. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 21.

<sup>64</sup> “*Si enim clitoride ut paeferetur, utuntur in quovis faemineo vase, perfectam Sodomiam committunt: quamvis enim nullo modo semen incubae succubam intret, tamen in suo genere perfectum evadit crimen; nam concubitus inter ipsas intervenit, et in forma, quod nequit sequi generatio, quae duo constituant veram Sodomiam*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 22. La forzada argumentación, casi imposible, para justificar la subsumición de las prácticas homosexuales femeninas dentro del contenido de injusto del delito sodomítico, esconde, a mi juicio, un razonamiento finalista perverso. Desde los moralistas católicos, hasta los juristas que se hicieron eco de la incriminación como sodomítica de la homosexualidad femenina, fueron conscientes de la necesidad, antes que nada, de incriminar a las mujeres como sodomitas. Antepusieron el adjetivo de sodomitas antes de razonar o justificar si verdaderamente, la conducta homosexual femenina, como se había hecho con la masculina, era potencialmente subsumible en dicho delito. Prefirieron primero penalizar a la homosexualidad femenina como sodomítica, antes que justificar cómo y de qué manera, dicha conducta homosexual encajaba en dicho delito. Y como hemos podido comprobar, la justificación no fue fácil para Sinistrati, y aún haciendo encaje de bolillos, su teoría de la conducta incriminatoria de la homosexualidad femenina rezuma “*demasiado teologismo y poca tolerancia*”. Frase ésta en cursiva utilizada por Valiente para caracterizar la justicia penal del Barroco, en la que había más arbitrio judicial que garantías formales, más censura que ilustración, demasiado teologismo y poca tolerancia. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Delincuentes y pecadores*, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (Madrid, 1990), p. 30.

<sup>65</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 23.

como en la penalidad del mismo, Sinistrati no incorpora variaciones sustantivas con lo que es el sentir general, tanto de la escasa legislación dedicada al delito, como de la *opinio doctorum*<sup>66</sup>. No obstante, Sinistrati profundiza en algunos aspectos de la sodomía relativos al valor de la prueba, en tanto que crimen atroz, que son dignos de resaltar, tales como la virtualidad de las presunciones y conjeturas y el uso de la tortura para su averiguación, con la controversia que conlleva entre los doctores (c), y el valor de la declaración del sodomita, lo que provoca otra disputa entre los doctores (d).

a) *Sodomía: crimen mixti fori*. Nuestro tratadista, a pesar de ser consciente de que la sodomía se trata de un crimen *mixti fori*, apuesta porque el conocimiento procesal del mismo cayera bajo la jurisdicción de la Inquisición, como ocurre en los reinos hispánicos de Aragón y Valencia. ¿Por qué la sodomía es un crimen *mixti fori*?<sup>67</sup>. Comencemos trayendo a colación que la mayor parte de las monarquías medievales europeas, convertidas en Estados, quieren monopolizar sobre sus súbditos el derecho a castigar, a decidir qué conductas deben ser consideradas punitivas, en suma a ejercer la titularidad del *ius puniendi*. Por su parte, la Iglesia, a partir del Decreto de Graciano y las recopilaciones de Derecho pontificio, construyó el armazón teórico para irrogarse en el conocimiento de determinadas causas, consideradas en sí mismas criminales, entre legos, pero que en el ámbito espiritual caían bajo la noción de pecado. Así, junto a las causas espirituales y temporales, tradicionalmente competencia de la jurisdicción eclesiástica, pronto se irrogarán en otras por razón del pecado<sup>68</sup>. Y en esta lógica, la sodomía se había convertido, desde la regulación propuesta por Partidas, en el pecado por excelencia, el más abominable, el que es necesario extirpar de la República Cristiana –como afirma Sinistrati en el § 25– por ser contra natura, por ofender al orden natural establecido por Dios.

Sinistrati, dejándose guiar por la doctrina de los autores, mantiene que la competencia para el castigo de la sodomía es mixta, tanto de la jurisdicción real a través del ejercicio del *Ius puniendi*, o bien de la jurisdicción eclesiástica, en función de su contenido pecaminoso. Pero por otro lado, es también consciente, poniendo como ejemplo los Reinos de Aragón y Valencia, que la Inquisición, órgano de naturaleza eclesiástica pero integrada en la polisinodia estatal, también es competente para el conocimiento y la represión penal de la sodomía<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> “*Sodomiam crimen esse mixti fori, est communis sententia Doctorum*”. “*Atrocissimum est crimen hoc*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 4, 25 y 26.

<sup>67</sup> Al respecto puede verse RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *La aplicación de la teoría de los delitos mixti fori en el Derecho castellano*, en *Panta Rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo* (Roma, 2004), IV, pp. 425-450.

<sup>68</sup> MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, *La jurisdicción eclesiástica*, en *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia*. Actas de las I Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén (Jaén, 1996).

<sup>69</sup> Efectivamente, en la mayor parte de los territorios de la Corona de Aragón, la competencia pasó a manos de la Inquisición. Así, una pragmática de Fernando el Católico de 14 de enero de 1505 otorgaba la competencia del delito de sodomía a la jurisdicción inquisitorial. Pocos años después, un Decreto del Consejo de la Suprema Inquisición de 18 de octubre de 1509 exonera a este tribunal del conocimiento de este delito, salvo que el componente herético impregne la conducta de los autores. De nuevo, por medio de un Breve pontificio

Y Sinistrati se deja seducir más por esta competencia inquisitorial para el conocimiento de las conductas sodomíticas, en razón de la carga de perversidad herética que proyecta tan infame delito, lo que permitiría una mayor vigilancia y castigo de otras conductas conexas, como la pederastia. Efectivamente, la conexión de la sodomía como un delito herético ya había sido expresamente legislada, primero por Jaime I de Aragón, y después por los Reyes Católicos. Efectivamente, los fueros dados para el Reino de Valencia, equiparaban a herejes y sodomitas, al menos con la imposición de la pena en la hoguera<sup>70</sup>. Posteriormente, los Reyes Católicos son los que equiparan el delito de sodomía a los delitos de herejía<sup>71</sup>, pero

---

de Clemente VII de 24 de febrero de 1524, la competencia del delito de sodomía regresaba a los tribunales inquisitoriales. Un siglo después, Felipe IV en las Cortes de Zaragoza de 1646 extendió el conocimiento del delito de pecado nefando tanto a la justicia inquisitorial, como eclesiástica, pero también secular: “*Otros, su Majestad, de voluntad de la Corte, y quatro Braços della, estatuye, y ordena, que el conocimiento del delito del pecado nefando, ó sea cometido por Familiares, ó por qualesquier otras personas, pertenezca comulativamente á los Inquisidores, y á los Iuezes Eclesiásticos y Seculares á aquel que previniere la jurisdicción*”. Fueros nuevos del Reino de Aragón. Fuero de la Inquisición. *Observantiarum Regni Aragonum* (Ed. facsimilar de 1991, editada en Zaragoza, de la de SAVALL Y DRONDA, Pascual y Penén y Debesa, Santiago), p. 484. Véase al respecto, BENNASSAR, Bartolomé, *El modelo sexual: la Inquisición de Aragón y la represión de los pecados abominables*, en *Inquisición española: poder político y control social* (Barcelona, 1981), pp. 295-319; también MOTIS DOLADER, Miguel Ángel, *Imago Dei deturpatur: el pecado nefando o contra natura en el arzobispado de Zaragoza (siglos XV-XVI)*, en *Hispania Sacra*, vol. II, N° 105 (2000), pp. 343-365. También en lengua inglesa FERNÁNDEZ, A., *The repression of sexual behavior by the Aragonese Inquisition between 1650 and 1700* en *Journal of the History of Sexuality*, 7 (1997), pp. 469-501. Respecto de Cataluña, y en opinión de SAINZ GUERRA, el castigo del crimen de sodomía era competencia a fines del siglo XVI tanto de la Inquisición como de los jueces ordinarios, lo que por lo general originaba dificultades a la hora de aplicar las penas correspondientes como se denuncia ante Felipe II en una Constitución de Cortes de 1585. SAINZ GUERRA, Juan, *La evolución del Derecho Penal en España* (Jaén, 2004), p. 736. Para Valencia véase CARRASCO, Rafael, cit. (n. 6).

<sup>70</sup> Tal y como se indica en Fueros de Valencia 119,29. *De criminibus*, según la versión de DALDE SERRANO, Manuel, *Fori Antiqui Valentinae* (Madrid-Valencia, 1950-1967), p. 242. Los mismos fueros en la versión de LÓPEZ ELUM, Pedro, *Los orígenes de los Furs de Valencia y de las Cortes en el siglo XIII* (Valencia, 2001), p. 308.

<sup>71</sup> Respecto de la asociación de la sodomía y la homosexualidad con carácter general, al delito de herejía, va en función de la definición del bien jurídico que se pretende proteger, que no es otro que la ortodoxia cristiana, en general, incorporándose también los principios básicos de la ortodoxia sexual, puesto que, a juicio de esta doctrina, los heréticos rechazan los dogmas sexuales de la fe cristiana, adoctrinados por la ortodoxia. Así, si realizamos un breve análisis comparado en la conducta de los herejes, encontraremos los mismos rasgos también en los sodomitas, y de ahí la vinculación de uno y otro, tal y como hacían las Decretales pontificias de Gregorio IX. En ambos existía un error en su juicio y razón que les llevaba a violar la ley natural, a violar el orden establecido por Dios, y a violarlo con voluntad objetiva, consciente. Este error que cometían quienes profesaban la religión católica y apostólica romana, constitúa en ambos casos un peligro para la ortodoxia cristiana, para la fe que hay que depositar en la Iglesia; sin embargo, este error era aislado, por lo que en el resto de sus actitudes, tanto de herejes como de sodomitas, seguían dentro de las costumbres que marcaban la ortodoxia cristiana. Al respecto véase CARRASCO, Rafael, cit. (n. 6), pp. 42-43. Para el delito de herejía véase SAINZ GUERRA, Juan, cit. (n. 68), pp. 381-391. También entre otros, MONTES, Jerónimo, *El crimen de herejía* (Madrid, 1918); PINTO, Virgilio, *Sobre el delito de herejía (siglos XIII-XVI)*, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición*

también a los de lesa majestad<sup>72</sup>.

b) Sodomía: *crimen atrocissimum*. De otra parte, Sinistrati también proyecta su capacidad intelectual para teorizar sobre la atrocidad del delito de sodomía, para justificar por un lado, la actuación de oficio por parte de los jueces, frente a la actuación a instancia de parte en otro tipo de delitos sexuales, para justificar asimismo la no prescripción del delito, así como la aceptación de las presunciones y las conjecturas como base probatoria para el castigo del mismo<sup>73</sup>, la declaración de testigos sin citación de parte, o la pérdida de los privilegios adheridos al título de nobleza<sup>74</sup>. Sinistrati seguiría la defensa de la ortodoxia reinante entre las monarquías europeas, para quienes los sodomitas son una lacra social que sólo a través de una fuerte represión puede conseguir extirparse. Y para ello, nada mejor que la vinculación de la sodomía a la categoría jurídica de *crimen atrox*, *crimen atrocissimum*, *delicta atrocissima* o *delicta atrociora*, para su fuerte represión<sup>75</sup>. Y esta vinculación, para Sinistrati, tiene precisas consecuencias jurídicas en materia procesal y penal. Procesal, por la aplica-

española (Madrid, 1989), pp. 195-204; POZO, C, *La noción de herejía en el derecho medieval*, en *Estudios eclesiásticos*, 35 (1960), pp. 235-261.

<sup>72</sup> Reconocido así por el propio Sinistrati, poniendo como ejemplo a la sociedad española, reconoce que: “*ibi enim crimen hoc judicatur, sicut crimen laesae Majestatis, ut scribut plures Doctores Hispani*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 35. La vinculación de la sodomía a los delitos de lesa Majestad, también hemos de encontrarla, además de elemento para justificar las penas más atroces, en aquel bien jurídico que se pretende proteger, que en este caso es, por interpretación analógica, el propio orden estatuido por Dios, es decir, al mismo Dios, cuya figura está representada en la tierra por los Reyes en lo temporal. Los Reyes son vicarios de Dios en la Tierra, reza Partidas, y atentar contra ellos, es atentar contra el emissario de Dios en el orden temporal. Se equipararía a una especie de homicidio agravado. Vinculación con el homicidio que ya hiciera SINISTRATI en el parágrafo 4 de su Tratado.

<sup>73</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 26.

<sup>74</sup> Y cita para ello Sinistrati, en primero lugar, la ley de los Reyes Católicos, en el sentido de que tampoco varía la responsabilidad, en función del “*estado, condición, preeminencia o dignidad*” de los sodomitas, “*por el qual la nobleza se pierde*”. Se trataría de una consecuencia de la atrocidad del delito por el que la nobleza no sirve de nada, suspendiéndose la jurisdicción especial que les privilegia. En palabras de SINISTRATI, “*unde in Hispania ex dispositione legis particularis –la de los Reyes Católicos–, nobiles, ac plebei indifferenter quaestioni subjiciuntur, nulla habita ratione claritatis sanguinis*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 35 y 36.

<sup>75</sup> Se trata de una categoría jurídica no definida, o un concepto jurídico –el de atrocidad– indeterminado, como diríamos hoy, percibido como especialmente atentatorio contra los órdenes establecidos, religiosos, político-jurídicos, institucionales como el matrimonio, y que sólo el arbitrio del juez es capaz de modular a cada caso concreto. Así lo entendía uno de los prácticos castellanos, Jerónimo Castillo de Bovadilla, quien pronosticaba que “*atroz delito se llama, más o menos, respecto de la pena, que por Derecho está impuesta al que lo comete, según la opinión de los Doctores, pero según otra común opinión no se puede en esto dar cierta regla, ni doctrina, y así se ha de dejar al albedrío del Juez*”. CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos* (Amberes, 1704, reed. facsímil, Madrid, 1978), II, p. 539. Como bien indica RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, *La represión de los delitos atroces en el Derecho castellano de la Edad Moderna*, en *REHJ*, 26 (2004), pp. 255-299: “la atrocidad no era una circunstancia agravante del delito, ni una especialidad procesal, ni una pena en sí misma. Era una realidad jurídica absolutamente original del derecho histórico, de difícil definición o conceptualización”; para la cuestión, pp. 257-259, en el que se nos indica que la concepción indeterminada del mismo viene precisamente por su falta de definición jurídica.

ción de medidas extraordinarias en el proceso penal ordinario, dirigidas sobre todo a ampliar la gama de las personas que pueden iniciar el procedimiento, incluyéndose la actuación de oficio, así como a la averiguación del delito, cuarteando ciertas garantías procesales establecidas para los acusados, sobre todo en materia probatoria<sup>76</sup>; penal, por la agravación de la pena y su particular escenificación en público para ejemplo moralizante, como veremos un poco más adelante, pero también para eximir del delito de homicidio al varón que, tentado por el sodomita, sólo puede evitar el atroz delito provocando la muerte de éste. Prevalecería la defensa de la ortodoxia cristiana a través de no pecar, que la propia vida del sodomita<sup>77</sup>.

c) Presunciones y conjeturas. En materia probatoria, lo más peculiar de la teoría de Sinistrati es la especie de clasificación que realiza sobre posibles presunciones o conjeturas consideradas como válidas o suficientes al objeto de tipificar o no la conducta sodomítica<sup>78</sup>. Al respecto, los testimonios de los vecinos sobre los crujidos y las sacudidas de la cama donde se hubiera podido tener la relación sodomítica –y dice expresamente Sinistrati “*vir cum masculo suspectae aetatis*”–; en segundo lugar, gritos y alaridos de los varones, causados por el dolor y la violencia del acto; tercero, cuando un hombre de mala reputación se acuesta con un varón, sin razón o motivo aparente; cuarto, manchas sospechosas en la ropa de los varones; quinto, cuando un niño –específicamente de más de diez años, según Sinistrati–, ha sido

<sup>76</sup> Así, lo dispuesto por los Reyes Católicos y Felipe II en sus correspondientes pragmáticas, tiene como objetivo establecer, siguiendo a Alonso Romero, un proceso especial, diferente de los procesos penales tradicionales –ordinario, extraordinario y sumario–, heterogéneo y moldeable en función del delito a castigar. ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)* (Salamanca, 1982), p. 302: “El fenómeno es manifestación de ese principio tan peculiar del régimen procesal que estamos analizando, según el cual a mayor peligrosidad del delito, y consecuentemente mayor gravedad de la pena, menores eran las exigencias probatorias y las garantías procesales concedidas al reo”. El inicio del procedimiento puede ser llevado a cabo por cualquiera que tuviera noticia de la comisión del delito, ya fueran particulares, el juez de oficio o a instancia de parte, e incluso por aquellos que ordinariamente no tenían acceso al juez, tales como los infames, excomulgados, incluso los esclavos, tal y como indicaba la legislación castellana como P. 7, 21, 2 o la Pragmática de los Reyes Católicos (NRec, 8, 20, 1, y NsRec 12, 30, 1) tal y como nos recuerda Clavero, Bartolomé, cit. (n. 25), p. 76. Frente a otros delitos de la carne, como la fornicación o el adulterio, en el que se inicia el procedimiento a instancia de parte, en la sodomía, a causa de la atrocidad del mismo, puede el juez iniciarla de oficio. En palabras de Sinistrati: “*in hoc crimine, ob ipsius atrocitatem, Judices etiam laici procedere possunt per inquisitionem, quod est peculiare humus criminis*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 26. La atrocidad del delito opera como incapacidad para argumentar inmunidad eclesiástica, pudiendo ser detenidos incluso en recinto sagrado. CASTILLO DE BOVADILLA, cit. (n. 74), I, p. 403.

<sup>77</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 51.

<sup>78</sup> Presunciones y conjeturas que en ningún caso se encuentran a la cabeza en la jerarquía de los medios probatorios. Al respecto, Alonso Romero nos indica, en orden de importancia, que a la cabeza de dicha jerarquía se encontraría la prueba plena –por excelencia la confesión en juicio, prueba documental, testifical y pericial–, en menor orden de importancia se encontraría la prueba semiplena –tal como la existencia de un único testigo fidedigno–, y por último las presunciones, indicios y conjeturas, pruebas todas ellas aceptadas y válidas en materia criminal para los delitos sexuales. ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 75), p. 235.

abrazado, besado o tocado por un hombre de mala reputación<sup>79</sup>, son considerados presunciones y conjeturas indiciarias del delito sodomítico. Comprobamos que en todas estas presunciones, Sinistrati ha ignorado el objeto de su Tratado cual es la sodomía femenina, circunscribiéndolos a la práctica procesal general, cual es la sodomía homosexual masculina. Para la sodomía femenina, y según la peculiar teoría de Sinistrati, si dos mujeres han sido acusadas de este delito y alguna de ellas, tras la correspondiente visita médica realizada por matronas, posee un *nymphium* más desarrollado de lo normal, de antemano la presunción milita en su contra, siempre y cuando se den otras presunciones, tales como haber probado que hubieran yacido juntas, etc<sup>80</sup>.

¿Son suficientes estos indicios y presunciones para justificar la pena ordinaria del delito de sodomía? Sinistrati aprovecha para traer a colación una nueva controversia entre los sabios doctores, sobre la exigencia de una prueba irrefutable, plena y concluyente, para exigir la pena ordinaria, y que de no ser así, y sólo contar con indicios, siquiera para probar el delito, éstos en cualquier caso, serían suficientes para justificar la tortura del sodomita –afin de hallar así la prueba concluyente<sup>81</sup>– o bien para justificar una penalidad excepcional, siempre según el arbitrio del juez<sup>82</sup>.

Indicios claros de que se ha producido el delito sodomítico son, para la ver-

<sup>79</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 27.

<sup>80</sup> “*Itidem, si faemina de hujusmodi crimine fuerint accusatae [...], si clytoris fuerit inventus, probatumque sit faeminas simul cubasse, et adminicula adsint, crimen, suadentia, miliat contra faeminas presumptio, quod illo fuerint usae ad delictum nefandum*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 24.

<sup>81</sup> Así lo entiende Sinistrati para el caso de la sodomía femenina, cuando como se ha indicado más arriba, si tras los correspondientes indicios y presunciones de haberse cometido tan infame delito, y la inspección médica indica que, efectivamente, el *nymphium* de alguna de las acusadas pudo haber sido utilizado, es necesaria la tortura para la averiguación de la verdad, cuestión ésta bastante común en los conventos femeninos. “*Unde ad torturam deveniendum est, ut sciat Judex an delictum innominabile fuerit commissum; et casus hic succedere de facili potest in Collegiis faeminarum*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 24.

<sup>82</sup> En el procedimiento para la averiguación de la Sodomía, no nos encontramos ante un delito que proyecte demasiadas garantías a favor del delincuente, muy al contrario, se busca un procedimiento urgente, con facilidad probatoria para la incriminación del mismo, y la aplicación de la ejemplar pena. Por ello, se relajan las exigencias probatorias, porque eso sí, al menos desde Partidas, el delito debe ser probado, como perfecto y acabado, bien por confesión espontánea, bien de la dferida del tormento, siguiendo esta práctica en las mismas condiciones que para el resto de delitos atroces. “*Y para proceder á tormento y en todo lo otro, mandamos, se guarde la forma y orden que se guarda y de Derecho se debe guardar en los dichos crímenes y delitos de herejía y lesa Majestatis*”. Pragmática de los Reyes Católicos de 1497 (NRec 8, 20, 1, y NsRec 12, 30, 1). Para las peculiaridades de la aplicación de la tortura en los delitos atroces sígase RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, cit. (n. 74), pp. 280-283. No obstante, y siguiendo a ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 75), p. 227, en la práctica jurisprudencial fue aceptándose la prueba insuficiente o imperfecta, con el objeto de establecer también una condena o pena extraordinaria, menor sin duda que la establecida por la ley: “*El automatismo prueba plena-pena ordinaria no se discute, la existencia de determinados indicios, de pruebas insuficientes contra el reo, supone la colocación de éste en una situación intermedia entre la culpabilidad y la inocencia y como consecuencia de ello una moderación de la pena en razón del grado de prueba conseguido. A la prueba plena se paragona la pena plena; a la prueba insuficiente, la pena menor extraordinaria*”.

sión masculina, la fractura del ano<sup>83</sup>, y para la versión femenina, la existencia del *nymphium*<sup>84</sup>.

d) El valor de la declaración del sodomita. La declaración o confesión voluntaria del sodomita, o la realizada bajo tortura simple, como indica Sinistrati, plantean para los doctores una nueva controversia en cuanto a su valor, para considerarla prueba plena o suficiente, o por el contrario, entrar dentro de la esfera de los indicios y presunciones, siendo necesario otros indicios claros de que el delito innoble se ha cometido. Para un sector de la doctrina jurídica, la declaración o confesión del sodomita no tiene ningún valor, es una simple opinión, dado que la prueba plena del delito no puede sustentarse sobre un único testimonio, y menos cuando dicho testimonio proviene de la otra parte en el delito, la parte pasiva, cómplice del mismo y también infame<sup>85</sup>.

Otro sector de la doctrina entiende que la declaración o confesión simple del sodomita obtenida incluso mediante la tortura, debe ser atendida como suficiente para considerarla como plena, sustentando esta teoría en el principio que vincula el delito al pecado, y la confesión a la expiación de la culpa<sup>86</sup>, a la vez que por la atrocidad del delito, y la complejidad de su averiguación, debe exigir pruebas excepcionales, no válidas para otro tipo de procesos, pero sí para éstos, tales como el testimonio de los inhábiles<sup>87</sup>. Esta línea doctrinal entraña directamente con

<sup>83</sup> «*Quod si judicium instituatur ad querelam, eo quia dicatur stupratus puer cum fractura ani, ante omnia per Chirurgos ad Medicos visitari debet, et per eorum juratam depositionem probari debet corpus delicti, ut firmand Doctores*». SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 29.

<sup>84</sup> «*Si etiam agatur de sodomia faeminarum, debet visitari per obstetricas, aut matronas, fide dignas, corpus mulieris accusatae, ad videndum an habeat clytoridem, sine cuius usu, nullo modo posse dari Sodomian inter faeminarum*». SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 29.

<sup>85</sup> «*Fundamentum istorum est, quia uni tantum testi, et maxime socio criminis, et proinde infami, fides non et adhibenda argumento eorum quae habentur in utroque jure*». SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 30.

<sup>86</sup> Durante siglos se consideró la confesión, incluso arrancada mediante tormento, como el modelo de prueba racional por excelencia. ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 75), p. 223.

<sup>87</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 31. Al respecto, y siguiendo a SINISTRATI, los doctores disputan sobre si la alegación del sodomita pasivo –sobre todo si ha sufrido violencia, es decir, ha sido violado– puede ser admitida por la tortura, sobre todo porque como cómplice del delito, se convierte en infame para la prueba de testigos, y por tanto su declaración sin tortura no es válida –teoría ésta no compartida por SINISTRATI, § 34. Y distinguen para ello al púber o que ha alcanzado la mayoría de edad, y el impúber o de menor edad. Y concluye que si el impúber ha sido forzado, y con violencia actuado de forma pasiva en el innoble delito de sodomía, no debe sufrir proceso de tortura para aceptarse su declaración, en función de la edad. A este respecto, retomamos lo dispuesto en Partidas cuando regulaba dos circunstancias que operarían como eximentes de la responsabilidad del delito sodomítico para los sujetos pasivos, pacientes, cuando llegándose a practicar la conducta típica de la sodomía perfecta, ésta se realizará o bien por fuerza sobre el varón pasivo, o bien éste fuera menor de catorce años. La no adhesión voluntaria y exigida por la fuerza para el coito sodomítico entre varones, exime de responsabilidad penal, «*porque los forzados no son en culpa*», mientras que la menor edad es en sí misma causa de inimputabilidad, no importa que mediara o no adhesión voluntaria, ya que para el legislador «*los menores non entienden que es tan gran yerro como es aquel que fazen*». P. 7, 21, 2. Para el caso de que fuera púber o mayor de edad, incluso si hubiera sufrido violencia, deben ser torturados, dado que no es suficiente la violencia sufrida para ser admitidos como hábiles para declarar. Obviamente, los cómplices voluntarios en el delito sodomítico no tienen excusa para eximirse de la tortura.

lo dispuesto por los monarcas castellanos, en aras a la persecución de este delito atroz. Por ello, los Monarcas católicos y, más tarde Felipe II, proyectarán en sus normas contra la sodomía procesos para relajar también la exigencia probatoria, al ser un delito de “*naturaleza de muy dificultosa probanza*”, considerando válida cualquier tipo de confesión, incluso la sacramental. Desaparecen las incapacidades para testificar<sup>88</sup>, pudiendo hacerlo los propios autores del delito y siendo suficientes testigos inhábiles o incluso a través de pruebas indiciarias que permitan la práctica del tormento y así, con la confesión, tener por consumado el delito<sup>89</sup>. Para Alonso Romero, la razón final de estas disposiciones reales en las que se autorizaba a una mayor dureza en los procedimientos sobre determinados delitos como el de sodomía, hay que encontrarla en una doctrina acuñada por los juristas del *ius commune*: “*propter enormitatem delicti limitum est iura transgredi*”, o también, “*in atrocissimus, leviores conjecturae sufficiunt, et liceo judici iura transgredi*”<sup>90</sup>.

Entre una y otra opinión existe a juicio de Sinistrati, una posición intermedia denominada procedimiento de segunda opinión, que permitiría conciliar ambas teorías. Dado que para llevar a cabo un procedimiento de tortura sobre un inculpado o inculpada de sodomía es necesario, de antemano, la existencia de otros indicios y presunciones, entiende Sinistrati, que esta declaración del sodomita, o segunda opinión, realizada bajo tortura, debe ser aceptada. Si por el contrario, los demás indicios no existen o no son suficientes, la declaración del sodomita no puede ser suficiente en ningún caso<sup>91</sup>.

---

Sinistrati por el contrario entiende que cualquier hombre violado por otro hombre, mediando la fuerza, sea púber o no, no debe caer en infamia, y por lo tanto debe admitirse su testimonio sin tortura. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 33 y 35.

<sup>88</sup> Al respecto Felipe II estableció un régimen probatorio por testigos especial: “*que probándose el dicho pecado nefando por tres testigos singulares mayores de toda excepción, aunque cada uno dellos deponga de acto particular y diferente, o por quattro, aunque sean partícipes del delito, ó padeczan otras cualesquier tachas que no sean de enemistad capital, ó por lo tres destos, aunque padeczan tachas en la forma dicha, y haya sido ansimismo participantes, concurriendo indicios o presunciones que hagan verosímiles sus deposiciones*”. Pragmática de Felipe II de 1598, en NRec 8, 20, 2 y NsRec 12, 30, 2.

<sup>89</sup> “*Que si acaeciere que no se pudiere probar el dicho delito en acto perfecto y acabado, y se probaren y averiguaren actos muy propícuos y cercanos à la conclusión dél, en tal manera que no quedase pro el tal delincuente de acabar este dañado yerro, sea habido por verdadero hechor del dicho delito, y que sea juzgado y sentenciado, y padecza aquella misma pena*”. Pragmática de los Reyes Católicos de 1497 (NRec 8, 20, 1, y NsRec 12, 30, 1). En palabras de ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 75), p. 303: “las pruebas ordinariamente imperfectas adquieren de este modo pleno valor concluyente por expresa declaración de la ley, que para evitar escollos en la siempre difícil prueba de este acto, no duda en permitir tan radicales alteraciones en el sistema probatorio vigente, como la supresión de la necesidad de dos testigos contestes o la aceptación de la prueba del delito por actos cercanos a su conclusión, cercanía que en definitiva sería el juez quien la apreciara”.

<sup>90</sup> Que vienen a significar “la posibilidad de transgredir el Derecho en los delitos atroces, como regla general, sin necesitar la expresa declaración de la ley”. ALONSO ROMERO, M<sup>a</sup> Paz, cit. (n. 75), pp. 305-306.

<sup>91</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 32.

### 3. *La penalidad del delito de sodomía.*

En la tercera parte de su Tratado, Sinistrati se centra en la penalidad del delito desde una doble perspectiva: por un lado, repasa las penas que históricamente han castigado a los sodomitas laicos, a partir de un nuevo examen de la legislación civil y canónica y las controversias de los doctores en torno a la imposición o no de la pena ordinaria, más las accesorias, civiles y eclesiásticas, en función de los actos y los medios probatorios que hayan caracterizado la conducta sodomítica (a); por otro lado, la misma perspectiva la llevará a cabo Sinistrati trayendo a colación la legislación canónica que se ocupa de las penas en materia de sodomía entre clérigos (b); finalmente, dirige su mirada intelectual vinculada a este delito a las observancias de la propia Orden de los Menores Reformados de la Estrecha Observancia de San Francisco (c).

a) *Penalidad civil y canónica para el sodomita laico.* Sinistrati es contundente en este sentido, y justifica la máxima penalidad para los infames que incurren en un crimen tan enorme y atroz como es la sodomía. Para esta justificación, se apoya por un lado en la ley imperial de Justiniano, y por otro en el pasaje del Levítico, en tanto que ley divina y muy anterior a la imperial, para ordenar el castigo que como una espada vengadora ordenan el último suplicio contra los culpables. Respecto a la modalidad de ejecución de la pena máxima, Sinistrati aprovecha para recordar que la penalidad fue traída al derecho por la constitución de los emperadores Teodosio, Valentíniano y Arcadio en una constitución de 390, por el que una vez sentenciado el delito sodomítico, sus autores deben ser quemados vivos. No obstante, Sinistrati, reconoce que, siguiendo la opinión de la mayoría de los doctores, y algunas normas municipales estatutarias italianas del Medioevo, los sodomitas eran primero ahorcados y posteriormente quemado su cuerpo una vez inerte. Y aprovecha también para constatar, una vez más, que este delito, por su enormidad, no puede beneficiarse de rebajas penales por razón de estatus de nobleza, ni tampoco en consideración a posibles méritos del delincuente o de su familia hacia el Estado. La pena ordinaria para todos los sodomitas es irremisible, el fuego purificador<sup>92</sup>, tal y como comprobamos en la mayor parte de los reinos hispánicos, o en el vecino reino de Francia. En este sentido, desde que la legislación hispánica se hizo eco de la necesidad de perseguir el delito de sodomía, la penalidad siempre fue la superior, la condena capital. Partidas 7, 21, 2, castiga con la muerte a los sodomitas, sin especificar la forma. La mayor parte de la doctrina jurídica de la época, interpreta esta norma de Partidas, en el sentido ya reiterado en las normas imperiales romanas, aclarando que la pena por el delito de sodomía es la muerte en la hoguera, para el delito consumado de sodomía perfecta. La atrocidad del delito, y su analogía con los delitos de herejía o crimen de lesa majestad, hacen que la pena de muerte en la hoguera sea explícita y normativizada por Isabel y Fernando: *“Que según Derecho es bastante para probar el delito de herejía ó crimen de laesa Majestatis, que sea quemado en llamas de fuego”*<sup>93</sup>. Creemos que quedaría al arbitrio del juez,

<sup>92</sup> “*Qua lege videtur hujusmodi reos esse vivos comburendos; usus tamen obtinuit prius laqueo eos enecare, et mos comburere*”. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 36.

<sup>93</sup> Pragmática de los Reyes Católicos de 1497, NRec 8, 20, 1, y NsRec 12, 30, 1.

atemperar la norma para el resto de conductas, tales como la sodomía imperfecta, de tal manera que el rigor de la pena quedaba muy a expensas de la dificultad probatoria o de la personalidad de los sodomitas. Quizá porque el arbitrio del juez, a tenor de la recepción de los hechos delictivos, no fue lo suficientemente punitivo con los sodomitas, los Reyes Católicos quisieron endurecer las penas, al entender que las anteriormente establecidas, no habían conseguido corregir tan abominable práctica entre hombres, y también entre mujeres. Y no sólo la pena de muerte, sino que la atrocidad del mismo, ahora adoctrinada desde púlpitos y obras legales, permitirían endurecer incluso la propia condena capital, a través de crueles ejecuciones. Esta penalidad impuesta por los Reyes Católicos –al igual que la tramitación procesal para la averiguación del delito– será únicamente aplicable para aquellos delitos cometidos con posterioridad a la fecha de la pragmática, no existiendo en este sentido, retroactividad de la norma, de tal manera que los procesos de sodomía ya incoados con anterioridad a la pragmática de los Reyes Católicos serán sentenciados conforme a la normativa jurídica anterior. *“Mandamos que los que fueren acusados y contra quien se hiciere el proceso sobre este delito, que lo hubiere cometido antes de la publicación desta pragmática y no después, que se guarden las leyes y Derechos que son hechas ántes desta dicha nuestra carta, y que por ellas sea juzgado y sentenciado el que fuere condenado en el dicho delito”*. Parece ser que la extrema dureza de la legislación castellana no encontró en los demás territorios de la Monarquía hispánica el mismo reflejo, a pesar de que algunos de ellos sí que la impusieran por la vía de la legalidad, como lo hizo el Reino de Valencia a través de los fueros de Jaime I, los cuales fueron rigurosos en la condena castigando a los sodomitas, junto a los herejes, con la pena de muerte en la hoguera, tal y como se regula en FV. 119,29: *De criminibus*<sup>94</sup>. Por lo que respecta al reino de Francia, varios *“arrêts de la Cour du Parlement”*, fechados entre otros, en 25 de diciembre de 1575 y 1 de febrero de 1586, establecían que los condenados por delito sodomítico debían morir ahorcados y sus cuerpos quemados, *“à fin d’en abolir la detestable memoria”*<sup>95</sup>. Muerte que podía ser ejecutada con anterioridad a la quema del cuerpo en la hoguera. *“Suivant nos mœurs, dans toutes les circonstances de cette seconde espèce –sodomía femenina– la peine est d’être brûlé vif, ou après avoir subi la mort, selon les circonstances”*<sup>96</sup>. Para Rey, *“la peine capitale et son exécution publique semblaient répondre à la condamnation biblique de la sodomie [...] et à la nécessité de prévenir ce crime par un châtiment exemplaire”*<sup>97</sup>.

Ahora bien, ¿la pena ordinaria exige la perfección del acto, es decir, penetración anal y eyaculación? He aquí una controversia en la que discrepan los doctores, indicando unos que la pena ordinaria exigiría dicha perfección, mientras que

<sup>94</sup> Véase DUALDE SERRANO, Manuel, cit. (n. 69), p. 242; también LÓPEZ ELUM, Pedro, cit. (n. 69), p. 308.

<sup>95</sup> BOUTEILLER, Jean, *La somme rural, ou le grand coutumier général de pratique civil et canon* (Lyon, 1621), pp. 292 y 302.

<sup>96</sup> ROSSEAUD DE LA COMBE, Guy du, *Traité de matières criminelles suivant l’ordonnance du mois d’août 1670, § les édits, déclarations du roi, arrêts § règlements intervenus jusqu’à présent* (París, 1741), p. 51.

<sup>97</sup> REY, Michel, cit (n. 6), pp. 175-183.

para otros, la no eyaculación, voluntaria o no, exigiría, o bien una penalidad inferior, o bien una tipificación diferente<sup>98</sup>. Particular resulta la teoría traída por Sinistrati del portugués Antonio de Souza, para quien el acto sodomítico difiere de la sodomía, de tal manera que quien concurre en una o en dos ocasiones en la conducta estaría únicamente incurriendo en acto sodomítico, lo que exigiría una penalidad inferior, de aquél otro que de forma reincidente comete la misma y pecaminosa conducta incurriendo, ahora sí, en delito sodomítico, y por tanto en la penalidad ordinaria<sup>99</sup>. La misma controversia es traída por Sinistrati cuando se persiguen las relaciones sodomíticas heterosexuales, entre hombre y mujer. Ahora bien, existiría la conciencia por parte de los doctores de una penalidad mayor, si la cópula heterosexual se realizara con la propia mujer, dentro del matrimonio, que con una mujer fuera del matrimonio, apoyándose para esto en un pasaje de San Agustín<sup>100</sup>.

Para el caso de la sodomía homosexual femenina no debe haber diferenciación entre quién de las dos mujeres ejerce la actitud activa o pasiva, incuba o súcubo, sufriendo ambas la pena de la hoguera<sup>101</sup>.

La edad del sodomita es tenida en cuenta para evitar la pena a la condena capital, no así para evitar terribles suplicios. Para los menores de 18 años, Sinistrati entiende que el castigo debe ser más dulce, evitando la pena capital, bastando una larga privación de libertad con flagelación incluida en prisión, o bien una exposición a las llamas de la hoguera suficientes para que la infamia sea notoria, sin que por dicha exposición se produzca la muerte. Por su parte, si el sujeto es menor de 14 años, se reputa irresponsable y por tanto inimputable debido a su falta de mala fe. Si se reputara la mala fe, como en ocasiones ocurre con aquéllos que tienen entre 10 y 14 años, éstos deberán sufrir la soledad de la privación de libertad y la humillación dolorosa del látigo<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> “Concludit proinde eum, qui sic penetravit, licet minime intra vas seminaverit, ultimo suppicio affici debere, licet minime post mortem comburi”. SINISTRATI apuesta por la última pena, la de muerte, pero no en la hoguera, ni siquiera quemado su cuerpo con posterioridad. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 39.

<sup>99</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 42.

<sup>100</sup> “Et gravior etiam censetur culpa, si quis tali modo contaminet propriam uxoren, quam aliam, ut ex textu cuiusdam Capituli liciunt Doctores; dicit enim ibi D. Augustinus, lib. De Adulterio, conjug., quod tale crimen execrabiliter fit in meretrice, sed execrabilius in uxore. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 46. Conocidas son las ideas de San Agustín, que tanta influencia tuvieron en el tardío imperio romano, no tanto por descargar críticas contra prácticas homosexuales, sino por su profunda aceptación de la moral sexual cristiana que venera la realización sexual dirigida a la procreación, considerando pecaminoso cualquier acto sexual que no vaya dirigido a esta finalidad. La perplejidad de San Agustín, rayana en el horror, al enfrentarse a la existencia de prácticas sexuales no procreadoras, antinaturales –contra natura– sobre todo entre varones, no sólo no las prohíbe, sino que las condena como se condenó a Sodoma al castigo divino. “Itaque flagitia, quae sunt contra naturam, ubique ac semper detestanda atque puniendo sunt, qualia Sodomitatum fuerunt (...). Violatur quippe ipsa societas, quae cum deo nobis esse debet, cum eadem natura, cuius ille auctor est, libidinis perversitate polluitur”. AGUSTIN, *Confesiones*, 3, 8, 15.

<sup>101</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 47.

<sup>102</sup> Todo ello en SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 47. En este sentido, SINISTRATI coincide con la legislación y doctrina castellanas, en las que los menores de edad de 14 años –también se

A la pena ordinaria aplicable al delito de sodomía se incorporan otras accesorias, penales y civiles. La accesoria penal más relevante, a juicio de Sinistrati, es la declaración de infame del sodomita que no ha sucumbido en la hoguera. Esta pena de infamia exige notoriedad del delito o declaración del juez, tras la sentencia condenatoria por sodomía perfecta o imperfecta. En cualquier caso, conlleva esta declaración la pérdida del privilegio de nobleza, la del ejercicio público de la abogacía<sup>103</sup>, las cuales y dependiendo del arbitrio judicial, también podía extenderse a los hijos y demás descendientes<sup>104</sup>.

La accesoria civil es la de confiscación de bienes del sodomita y la incapacitación para testar sobre los mismos<sup>105</sup>.

Para Sinistrati, siguiendo el ejemplo bíblico, si el pueblo en masa está dedicado al ejercicio del delito sodomítico, éste debe ser destruido irremisiblemente, siguiendo el ejemplo divino aplicado a Sodoma.

---

refiere a los forzados al acto sodomítico—, varones o hembras, son inimputables, encontrando la razón de dicha eximente de responsabilidad en la falta de juicio del menor —y en la falta de adhesión voluntaria en la realización del acto para los que son forzados—. Así lo establecía P. 7, 1, 9, al eximir de responsabilidad, por ausencia de dolo, a los menores de 14 años. A este respecto, Gregorio López, glosando esta ley de Partidas y después de exponer la doctrina europea al uso, concluye que en un crimen tan atroz como el de sodomía, no debiera quedar impune el menor de 14 años si se pudiera probar que es capaz de tener voluntad delictiva, aunque no se le castigara con tanta severidad. *"Sed durum videtur talem minorem stuprum patientem, relinqu impunitum in delicto ita foedissimo: non deberet relinqui impunitus, si doli capax effect: tamen non ita fervere, ut in maiori"*. LÓPEZ, Gregorio, *Las Siete Partidas*, glosa l.

<sup>103</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 48.

<sup>104</sup> Al parecer, y desprendido del tenor de la pragmática de los Reyes Católicos, también era propio del arbitrio judicial extender la responsabilidad penal derivada del autor del crimen sodomítico infamando a los hijos y demás descendientes. CLAVERO, Bartolomé, cit. (n. 25), p. 77: "Y en fin, en conexión con esto, también podía extenderse la condena a la familia y descendencia del ejecutado [...]. Todo un apellido, o todo un linaje, resultaba reo". Una especie de responsabilidad colectiva de los miembros descendientes familiares que quedaban infamados por los delitos cometidos por el padre, en suma, una ruptura del principio de personalidad de la ley penal.

<sup>105</sup> En el ámbito del Derecho hispánico, también los Reyes Católicos impusieron la pena de responsabilidad civil dimanante del delito, la confiscación de "todos sus bienes así muebles como raíces [...] confiscados y aplicados a nuestra Cámara e Fisco", como bien indica PINO ABAD, Miguel, *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español* (Córdoba, 1999), pp. 303-306. Al respecto de la concurrencia de la confiscación de bienes y el carácter no infamante del delito en los descendientes de los sodomitas, entiende PINO ABAD, p. 306, que: "el proceso confiscatorio no se vería paralizado por la existencia de descendientes de los delincuentes". Por su parte, el derecho del reino aragonés suaviza esta confiscación de bienes, al eliminarla a través de una observancia, con independencia de si el sodomita es judío o musulmán, tal y como reza *Observantiarum Regni Aragonum*, VII, *De judaeis et Sarracenis*, 5 (Ed. SAVALL Y PENÉN), p. 52. En otros territorios europeos como en Italia, la confiscación de bienes se había convertido, como para otros muchos delitos considerados heréticos, en la contraprestación o incentivo habitual para los denunciantes siempre que la denuncia culminara con una sentencia condenatoria, tal y como nos indica BOSWELL, John, cit. (n. 7), p. 311. Igual ocurrirá para el Reino de Francia quien llegó a aplicar la incapacidad para donar sus bienes o hacer testamento a los sentenciados como sodomitas, según nos indica PORTALIS, Jean-Louis, *Traité de matières criminelles suivant l'ordonnance du mois d'août 1670, contenant les différentes questions qui peuvent naître sur cette matière* (París, 1732), pp. 298-299.

El paso de los años relajará el rigor punitivo y suavizará la ejemplaridad de la ejecución de la pena a los sodomitas, y mientras que sigue habiendo juristas, defensores acérrimos de la muerte en la hoguera de los que practican el pecado nefando, algunos otros, como el práctico Antonio de la Peña, crefan, siguiendo la opinión de otros tantos doctores que, aunque bien es cierto que la atrocidad del crimen exige la hoguera, *“hoy se guarda y practica que se dé primero garrote y que dado, sea quemado”*<sup>106</sup>. Asimismo, parece ser que la extrema dureza de las penas del delito sodomítico, pronto fueron encontrando otras penas aplicables. Así por ejemplo, los naturales del Reino hispánico de Valencia, no llevarán a la práctica la pena a la hoguera impuesta en su propio código jurídico, al menos durante la modernidad, prefiriendo las penas de galeras, destierro, azotes, reclusión, multa o trabajos forzados<sup>107</sup>.

En el ámbito del Derecho canónico, los sodomitas laicos que no perecen en la hoguera, también reciben una serie de penas accesorias ligadas a la infamia que acompaña al delito, que según Sinistrati se resumen en cuatro: incapacidad para testificar en juicio, para recibir beneficios eclesiásticos, la excomunión de la sociedad cristiana y la prohibición para contraer matrimonio para el sodomita soltero, o la separación del lecho conyugal si estuviera casado, debido al carácter adulterio del sodomita<sup>108</sup>.

b) **Penalidad canónica para el sodomita clérigo.** Sinistrati también se preocupa de la penalidad que afectaría a los sodomitas, si éstos tuvieran la condición de clérigos regulares o seculares. En tal caso, y a primera vista, la penalidad es sensiblemente inferior que la prevista para los sodomitas laicos. Para ello, nuestro autor trae a colación, por un lado, un canon conciliar anterior a la reforma gregoriana –de derecho antiguo como denomina Sinistrati– procedente del tercer Concilio de Letrán de 1179, canon 11 por el cual: *“a quien se hallare culpable de la incontinencia contra la naturaleza, por cuya razón la ira de Dios cayó sobre los hijos de la perdió y destruyó cinco ciudades por el fuego, en caso de ser clérigo, se le depondrá de su cargo o se lo confinará a un monasterio para que haga penitencia”*; por otro, trae a colación dos constituciones pontificias de Pío V de 1556 y 1568<sup>109</sup>.

La primera de ellas, la dada en 1556, tiene como misión suprimir y castigar aquellas conductas que son consideradas deplorables para la divina majestad, por lo que si alguien comete el crimen abominable de sodomía, la cólera de Dios caerá sobre él, y deberá ser entregado al brazo secular y degradado de todos los órdenes<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> Cfr. SAINZ GUERRA, Juan, cit. (n. 68), p. 739.

<sup>107</sup> Al respecto véanse los cuadros sinópticos propuestos por CARRASCO, Rafael, cit. (n. 6), p. 69. También GRAULLERA SANZ, Vicente, *El delito de sodomía en la Valencia del siglo XVI*, en *Torrent, Estudis i Investigations de Torrent y Comarca*, N° 17 (1991-1993), pp. 213-246.

<sup>108</sup> Esta separación del lecho conyugal la explica Sinistrati en función de la condición de adulterio del sodomita, aunque este adulterio se haya producido por una relación extramatrimonial homosexual, dado que, en cualquier caso, ha violado la fe matrimonial. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 52.

<sup>109</sup> Una interesante síntesis en Jean-Louis GAZZANIGA, *La sexualité dans le droit canonique médiéval*, en *Droit, Histoire & Sexualité*, pp. 41-54.

<sup>110</sup> “*Si quis crimen nefandum, propter quod venit ira Dei in filios difidentiae, perpetraverit,*

La segunda constitución dada por Pío V en 1568 se encabeza bajo el epígrafe de *Horrendum*, y tipifica que todos aquellos curas o clérigos, regulares o seculares, cualquiera que sea su grado o dignidad, serán privados de todo privilegio clerical o beneficio eclesiástico, si ejercen un crimen tan execrable como el de sodomía<sup>111</sup>. La controversia entre los doctores, se plantea respecto de esta segunda constitución, en tres aspectos fundamentales: por un lado, en el alcance que el verbo *exercere* implica respecto de la conducta del sodomita. Para un importante sector doctrinal, con la citada fórmula verbal, la constitución de Pío V está exigiendo repetición, reiteración, hábito, continuidad del hecho sodomítico, reincidencia en suma<sup>112</sup>; en segundo lugar, se estaría exigiendo una conducta típica perfecta, es decir, cópula completa y eyaculación, puesto que de no ser perfecta la sodomía no se incurriría en las citadas penas<sup>113</sup>; y en tercer y último lugar, que la conducta sodomítica sea notoria, conocida y enjuiciada judicialmente para recibir las citadas penas<sup>114</sup>.

Sinistrati critica las dos primeras interpretaciones por considerarlas carentes de solidez científica y contrarias al tenor interpretativo de la constitución eclesiástica. Partiendo de que con la fórmula verbal *exercere*, se abarcan numerosas interpretaciones, la que se desprende de la constitución citada, dado que se trata de una disposición penal, es aquella por la que se entiende suficiente que el acto se produzca una sola vez, sin exigirse por ello una conducta habituada para incurrir en el tipo de la norma<sup>115</sup>. En segundo lugar, critica la exigencia de la perfección del acto, al entender que aquel clérigo que tiene el hábito de cometer el delito sodomítico, y consciente del riesgo y de cómo evitar la máxima pena se retira a tiempo para no eyacular en el vaso, ello no debería ser suficiente para evitar dicha pena, por cuanto estaría vulnerándose la letra de la ley, y por tanto permitiendo un fraude de la misma. Así, el fraude consentido del sodomita clérigo no debería servirle de excusa para no incurrir en la pena ordinaria<sup>116</sup>.

c) Las reglas de la Orden de los Menores Reformados de la Estrecha Observancia de San Francisco. Termina nuestro autor su Tratado, aprovechando la pertenencia a la Orden de los Menores Reformados de San

*Curiae saeculari puniendus tradatur; et si Clericus fuerit, omnibus ordinibus degradatus, simili poenae subjiciatur*". SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 54. En el mismo sentido, véanse también los juristas hispánicos CANTERA, Diego de la, cit. (n. 17), pp. 505-506; o CASTILLO DE BOVADILLA, cit. (n. 74), I, p. 561.

<sup>111</sup> "Omnes et quoscumque Praesbiteros, et alios Clericos saeculares, et regulares cujuscumque gradus et dignitatis, tam dirum nefas exercentes, omni privilegio clericali, omniique officio, dignitate, et beneficio ecclesiastico, praesentis canonis autoritate privamus". SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 55.

<sup>112</sup> Y concluye que "ubi omnes illud verbum exercere intelligunt frequenti usu, et quasi ex consuetudine". SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 57.

<sup>113</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 58.

<sup>114</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 59.

<sup>115</sup> "Sequitur igitur ex his, quod etiam in citata Constitutione Horrendum, verbum exercere accipi debeat non solum pro frequentare, sed etiam pro semel committere Sodomiam". Y para ello propone sendos ejemplos con otros delitos tales como el robo de animales, el de falsedad, etc., en los cuales sólo se exige, para incurrir en la pena ordinaria, una única conducta típica, es decir, cometer el acto una sola vez. SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 61-62.

<sup>116</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 68.

Francisco, para reflexionar sobre las penas impuestas a estos clérigos, fijadas en los Estatutos de la propia Orden. Al respecto, Sinistrati y a modo de addenda final de la parte dedicada a la penalidad del delito sodomítico, analiza dos normas de los Estatutos de su Orden y nos propone algunas interpretaciones interesantes.

Por un lado, el capítulo 8 de los Estatutos de la Orden titulado: *Del castigo de aquellos que transgreden la castidad*, nos indica que si algún menor ha sido señalado y legítimamente convencido –*notatus fuerit ab legitime convictus*– del crimen innombrable del delito sodomítico, deberá ser desnudado quedando sólo en ropa interior –*nudus omnino cum solis femoralibus*– y, en presencia de sus hermanos, convocados a capítulo, y las manos atadas, ser rigurosamente flagelado, a la vez que recita el salmo *Miserere mei Deus*. Deberá soportar también el fuego, no para morir en la hoguera, sino para purificarse, para lo que se colocará en el centro de una ligera hoguera colocada alrededor de él. Deberá sufrir prisión perpetua bajo ayuno de pan y agua a fin de llorar el resto de su vida como consecuencia del dolor y la amargura del delito cometido. Sólo la piedad del Ministro General de la Orden podrá liberarle de la prisión pasados algunos años, si los indicios de arrepentimiento son suficientes para concederle el perdón y la misericordia. No obstante, el condenado será privado a perpetuidad del derecho de sufragio en la orden y será inhabilitado de todos los cargos derivados de la religión. En caso de una nueva reincidencia en tan abominable crimen, será condenado a galeras a perpetuidad.

En segundo lugar, Sinistrati trae a colación el título *De la tortura*, en el que se indica que vista la ejecución del crimen abominable, el culpable será torturado por el fuego, teniendo para ello los pies untados en tocino durante un tiempo muy corto, lo que le imposibilitará andar durante bastante tiempo, a consecuencia de las quemaduras. Suplicio que podrá ser prolongado el tiempo que dure la oración de dos misereres, si bien y para que no sean excesivamente quemados, se prevé la interposición entre el fuego y los pies, una plancha de madera a fin de atemperar el rigor del fuego<sup>117</sup>.

Seis cuestiones interpretativas nos ofrece ahora Sinistrati respecto de los textos de su orden.

Primera cuestión: *notatus fuerit ab legitime convictus*? La cuestión la centra Sinistrati en el alcance interpretativo del verbo *notare*, señalarse como autor del delito, estar marcado como infame, ser reputado infame, el cual debe interpretarse como sinónimo de conocimiento que tiene el juez de la comisión del delito, ya fuera por insinuaciones, clamor popular, acusación o denuncia a instancia de parte, que le obligaría a actuar judicialmente. El alcance interpretativo de *legitime convictus* evidencia que la culpabilidad del sodomita ha sido probada por testigos o pruebas, aunque fueran indiciarias, o bien por la confesión, la cual, sin convertirse en prueba irrefutable, entiende Sinistrati suficiente para pensar en la culpabilidad del sodomita<sup>118</sup>.

Segunda cuestión: *nudus omnino cum solis femoralibus*? Entiende Sinistrati que la frase tiene un alcance interpretativo literal: completamente desnudo, con excepción de la ropa interior, dudándose si las sandalias pueden o no considerarse como vestimenta.

<sup>117</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, § 74-76.

<sup>118</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 78-79.

La rigurosidad exigida en el castigo del látigo implica, según Sinistrati que dichos latigazos deben ser fuertemente aplicados, o que dos verdugos se alternen sucesivamente para continuar el tormento, considerada como una flagelación extraordinaria, es decir, más grave que la ordinaria, en razón de la atrocidad del delito. Y especifica Sinistrati quiénes serían los encargados de tal tormento: en las provincias el Vicario del convento, como ocurre en tierras de España, en otras regiones la administra un laico, generalmente el encargado de la prisión. Respecto del fuego purificador, éste debe ser débil, con el objeto de mostrar al sodomita que merecía haber sido quemado, cuestión ésta que es debatida por la doctrina en cuanto a su inaplicabilidad para los menores de 18 años. Sinistrati entiende que en la materia que se trata, incluso el menor debería padecer estas llamas, bien que no sean demasiado violentas, al objeto de provocar entre los vecinos no un espectáculo de risa, sino mostrar la pena con carácter intimidatorio<sup>119</sup>.

Tercera cuestión: ¿graduación de la pena? Sinistrati es comprensivo con la idea de que el resultado de la acción sodomítica puede verse agravada en determinadas circunstancias, tales como la rotura del ano del pasivo, o cuando un gran escándalo público se ha derivado del mismo. Por ello, entiende que es posible y de hecho se debe graduar y modular la pena en función de tales circunstancias que agravan el resultado delictivo, como el haberse cometido dentro del claustro, con violencia, con rotura. La pena implicaría la falta de alimentación en la prisión, mayor número de flagelaciones por semana. Si el escándalo notorio hubiera llegado a conocimiento de la población y en detrimento de la fe depositada en los hermanos, el castigo del sodomita deberá ser público y enviado a perpetuidad a galeras<sup>120</sup>.

Cuarta cuestión: temporalidad de la pena de privación de libertad para la merced del Ministro General. Para algunos son un mínimo de siete años de prisión, mientras que para Sinistrati la encuentra demasiado severa y quizás convendría reducirla a tres años, siempre que el infame sodomita haya mostrado signos de un verdadero arrepentimiento y manifestado un profundo cambio de conducta suficiente para poder estar legítimamente dispensado por el Ministro<sup>121</sup>.

Quinta cuestión: ¿nuevo estatus del monje liberado por el Ministro General? La calidad de infame que resta para el monje sodomita, a pesar de haber sido liberado, no le permite un nuevo estatus, sino el de quedar infame, y por lo tanto incapaz para los cargos de la orden, con la excepción de la dispensa papal<sup>122</sup>.

Sexta cuestión: ¿cuándo y cómo de la tortura por el fuego? A pesar de ser consciente Sinistrati del repudio de los tribunales seculares a la aplicación de esta pena, el carácter riguroso de la orden exige el empleo de la misma por ser la más enérgica, si bien la violencia y la duración de la misma dependerá de los indicios con que se cuenten para la culpabilidad del sodomita<sup>123</sup>.

[Recibido el 19 de marzo y aprobado el 19 de abril de 2008].

<sup>119</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 80-83.

<sup>120</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 84-85.

<sup>121</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 86-87.

<sup>122</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 88-89.

<sup>123</sup> SINISTRATI, *De sodomia tractatus*, §§ 90-92.