

LA PENA COMO CONCRECIÓN DEL FIN JUSTICIERO DE LA MONARQUÍA HISPÁNICA

Juan Bautista Fos Medina (UCA-INHIDE)*

Resumen: El derecho castellano-indiano consideró a los reyes vicarios de Dios para conservar al pueblo en justicia. Ello era así porque la consecución de la justicia constituyó un fin primordial de la monarquía hispánica. El carácter justiciero de la monarquía se plasmó en el castigo ejemplar del delito que contempló el derecho de la época. Mediante la pena se pretendió restablecer el orden conculcado, así como fue expresión de la vindicta pública. La teología paulina legitimó el espíritu justiciero del poder real: “Si obrares lo que es malo, teme; que no en vano (la autoridad) lleva la espada; porque es ministro de Dios, vengador, para ejecutar ira contra aquel que obra el mal”. En aquél tiempo el concepto de mal estuvo en la base de las nociones de delito y de pena. De ahí que el delito se consideraba causado por la mala acción del sujeto que, a su vez, justificaba la imposición de la pena correspondiente; esta última, en tanto, importaba la irrogación de otra suerte de mal que debía sufrir el condenado. Diego de Saavedra Fajardo, testigo calificado del siglo XVII, se atrevió a decir que “el fundamento principal de la Monarquía de España... es la inviolable observancia de la justicia, y el rigor con que obligaron siempre los reyes a que fuera respetada”.

Palabras clave: Derecho indiano, Derecho penal indiano, teoría de la pena, teoría del delito, administración de justicia, Historia del derecho.

I. La justicia como fin primordial de la monarquía hispánica

En 1492 los Reyes Católicos Isabel y Fernando consuman la hazaña de la unión política y religiosa de la antigua Hispania visigoda y su extensión por el continente americano recién descubierto. Una unión que todavía perdura hasta nuestros días a través de una religión, una lengua y una cultura que comparten todos los pueblos hispánicos.

Cuando España asimiló la tradición jurídica de Roma le sumó los ideales religiosos que colocaron a la justicia por encima de todas las virtudes, como expresaban las Partidas, puesto que esta última las comprende y perfecciona¹. Si el rey es justo, es por tanto también pacífico, prudente, fuerte y templado. Como consecuencia de ello, la justicia se convertía en virtud general, llamaba también justicia legal.

*Ponencia en el I Congreso Internacional “Isabel la Católica y América”, 23 a 26 de octubre de 2023 (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino y Universidad Católica de Ávila).

¹ La justicia comprende a todas las demás virtudes principales (Part. 3, tít. 1, ley 1 y Castillo de Bobadilla, Política para corregidores, I, 262, Madrid, 1775), citado por ZORRAQUIN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial en el período hispánico*, 2ª edición, editorial Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 9.

Esta idea procede de la Antigüedad para quien justo es el hombre sabio y virtuoso². Contribuyó a formar esta concepción la doctrina evangélica de la justificación³ y la teología paulina sobre ella, equiparando la justicia con la justicia que viene de Dios fundada sobre la fe (Romanos 4, 11, Gálatas 2, 16, Filipenses 3, 9, etc.).

La tradición clásica de que la justicia es fundamento del orden social llega hasta nuestros días. Por ello la Edad Media castellana resaltó en Las Siete Partidas –obra jurídica cumbre de la Cristiandad-, la relevancia primordial de la justicia.

En efecto, es la virtud política por excelencia, necesaria para vivir en una sociedad justa y pacífica, por ello, apoyándose en los “sabios antiguos”, el Código Alfonsino dice que en la justicia se encierran todos los derechos de cualquier naturaleza que sean (Part. 3, tít., 1). Esta concepción pasó a nuestro suelo, ya que dicho cuerpo de leyes estuvo vigente hasta la promulgación del Código Civil en 1871.

La justicia, pues, es la arraigada virtud que dura siempre en las voluntades de los hombres justos (*constans et perpetua voluntas*), es la que da y comparte a cada uno igualmente su derecho. Ella es tan buena en sí que comprende todas las otras virtudes principales. Su bondad es contraria a la maldad de los tiempos, de manera que el derecho que sale de la justicia quita y contrasta todas las cosas malas y desaguisadas (injustas) que los hombres hacen (Part. 3, tít. 1, ley 1). Sin ella no se puede vivir bien (Part. 3, tít. 1, ley 2).

En esa línea la Recopilación de las leyes de Indias de 1680 manifestaba que “la buena administración de justicia es el medio en que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos los estados”⁴.

La justicia era, por consiguiente, el fin supremo de la monarquía castellano-indiana. Inspirado en ello, el rey Carlos II señalaba en la sanción de la Recopilación de las leyes de Indias que fue “el primero, y más principal cuidado de los Señores Reyes nuestros gloriosos predecesores, y nuestro, dar leyes con que aquellos Reynos sean gobernados en paz y en justicia”⁵.

II. El Rey: Juez Supremo y hacedor de la Justicia

² GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español, I, El origen y la evolución del derecho*, 5ª edición revisada, Madrid, 1973, p. 155.

³ V.gr. “Id por el mundo entero, predicad el Evangelio a toda la creación. Quien creyere y fuere bautizado, será salvo; mas quien no creyere, será condenado”, Mc. 16, 15 ss., “Os digo que... todos pereceréis igualmente si no os arrepentís”, Lc. 13, 3.

⁴ Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias (en adelante Recop.), Libro I, tít. X, ley 2.

⁵ ZORRAQUÍN BECÚ, R., *La organización judicial argentina en el período hispánico*, ibíd., p. 7.

La misión, pues, de los monarcas es la de sostener y conservar la justicia, como se desprende claramente de la inmortal obra de Alfonso del Sabio. De manera que, así como a la Iglesia le pertenece la justicia espiritual al rey le corresponde la justicia temporal. Ambos poderes, que provienen de Dios, son como dos espadas que deben unirse en la fe de Jesucristo para dar justicia acabadamente, tanto al alma como al cuerpo. Es decir, deben ayudarse recíprocamente y siempre estar concordes para que no disminuya la fe y la justicia, ya que sin dicha alianza o entendimiento no hay paz duradera⁶.

Las Ordenanzas Reales de Castilla declaran que el propio oficio del rey es hacer juicio e justicia porque de la celestial majestad recibe el poderío temporal” (*Ordenanzas Reales*, Libro Segundo, Título I, Ley I).

La imagen del ‘rey-juez’ en la monarquía hispánica obedece a la convicción social de que el poder supremo del monarca en la tierra no procede únicamente de las leyes o del consentimiento de los súbditos sino que deriva en primera instancia, aunque remotamente, del poder de Dios, para impartir justicia en su nombre⁷.

Como expresaban las Partidas, “vicarios de Dios son los Reyes, cada uno en su Reino, puestos sobre las gentes para mantenerlas (conservarlas) en justicia y en verdad en cuanto a lo temporal”. Y, de conformidad con la doctrina escolástica, el mismo cuerpo normativo Alfonsino preveía que “el rey es señor puesto en la tierra en lugar de Dios, para cumplir la justicia y dar a cada uno su derecho”. De manera que “en el rey yace la justicia, que es vida y mantenimiento del pueblo” (Part. 2^a, tit. 1, ley 5). Es una idea fuerza en las Partidas: “Tiene el rey lugar de Dios para hacer justicia y derecho en el reino en que es señor” (Partida 2, tít. 1, ley 7).

La obligación de hacer justicia se completaba con la sumisión a la ley. Es decir, el rey debía cumplir la ley, él en primer lugar. Y, a su vez debía hacerla cumplir, ya que

⁶ Si bien son dos poderes distintos según ya lo habían sostenido el Papa Gelasio I en el siglo V e Hicmaro en el siglo IX, la corona se convierte en guardiana de la Fe frente a sus enemigos manifiestos y frente a los malos cristianos que no la obedecen. Y, según el prólogo de la 2^a Partida, como la Iglesia no puede escarmentarlos por sí misma, porque detenta un poderío espiritual lleno de piedad y de misericordia, Dios ha puesto otro poder temporal en la tierra para que esto se cumpliera, haciendo que la justicia terrena se hiciera por mano de emperadores y reyes. El rey debe ser protector de la Iglesia. La respeta y la hace respetar porque es “nuestra madre espiritualmente, guiándonos et mostrándonos carrera de salvación para las almas: et otrosi lo es en lo temporal quanto en los cuerpos, porque nos cria et nos enseña que fagamos bien et nos guardemos de facer mal. Onde por todas estas razones la debemos honrar et guardar así como a madre... más que otra cosa” (Part. 1, tít. 18).

⁷ CASELLI, Elisa, “Cuando gobernar era juzgar: la figura del juez, imagen e identificación de la Monarquía (Corona de Castilla, finales siglo XV)”, *e-Spania*, 45, junio 2023, pp. 1-2. Así, preveían las Partidas que el pueblo debía conocer cómo el nombre del rey es de Dios y cómo tiene su lugar en la tierra para hacer justicia y merced (perdón). Asimismo, como él es su señor temporal y ellos sus vasallos, y como él los ha de castigar y mandar y ellos servir y obedecerle” (Part. 2, tít. 13, ley 1).

era lugarteniente de Dios. Como contrapartida, el pueblo debía obedecer al rey en la medida que respetara el ordenamiento jurídico (las leyes positivas, fueros, costumbres, etc.), la ley natural y la ley de Dios. Las disposiciones contrarias a dichas leyes no debían ser cumplidas por los súbditos y deslegitimaban al rey, quien podía incurrir en tiranía⁸. De ahí el proverbio: “Rey serás si hicieres derecho, y si no hicieres derecho, no serás rey”. De donde el rey debe tener en sí dos virtudes: mayormente justicia y verdad (Fuero Juzgo, Lib. 1, tít. 1, ley 2)⁹.

De suerte que desde la Alta Edad Media la realeza constituye un servicio o un deber en pro de la Comunidad, que atribuye al rey más deberes que derechos. Su misión es mantener la Fe, la Justicia y la *pax* o el orden; la ‘defensa y protección del reino’ y de la Iglesia por medio de la Justicia”¹⁰.

La aspiración a un régimen político justo “se erigía como el pilar principal para la fundamentación del poder regio y hacía de la justicia la tarea esencial del gobierno de la Monarquía. De este modo, administrar una correcta justicia era sinónimo de ‘buen gobierno’...¹¹.

⁸ “Si son contra la nuestra Fe, non han fuerza ninguna”; y “contra derecho natural non deve dar preuilegio, nin carta, Emperador, nin rey ni otro señor. E si las diere, non deve valer” (Novísima Recopilación 3, 6, 1). Tampoco debían cumplirse las órdenes “contra Derecho, o contra ley, o fuero usado (Novísima Recopilación 3, 4, 2) y “porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáramos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley o fuer o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida” (Nueva Recopilación, Lib. 4, tít. 14, ley 2 y Novísima Recopilación, Lib. 3, tít. 4, ley 4). ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, tomo I, editorial Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 71.

⁹ Sostiene Truyol y Serra que San Isidoro de Sevilla recoge la idea, tomada de San Gregorio Magno, pero ya formulada por San Ireneo, “de que el poder de los reyes tiene esencialmente una función represiva, que hicieron necesaria los pecados de los hombres... El uso bueno o malo de tal poder por parte de los príncipes permite distinguir al rey, monarca legítimo y padre del pueblo, del tirano, cuyo gobierno violento y opresivo es propiamente ilegal. El rey ha de procurar con celo insobornable que impere la justicia. Esta es con la piedad, la virtud real por excelencia. Mas la justicia exige que también el monarca se atenga a las leyes y las respete, tanto más, cuanto que los reyes con sus ejemplos fácilmente edifican o destruyen la conducta de los súbditos. Como San Agustín, Orosio y Salviano, ve Isidoro en los malos gobiernos un castigo de la Providencia. Toda autoridad es de Dios: la buena, del Dios propicio; la mala, del Dios iracundo”. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia del Filosofía del Derecho y del Estado*, tomo I, 12ª edición revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 277-278.

¹⁰ GARCÍA GALLO, Alfonso, *ibíd.*, p. 628.

¹¹ Según Zorraquín Becú había tres fines principales de la organización política en Indias: el objetivo religioso, la buena gobernación y administración de justicia y el buen tratamiento de los indios. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, *ibíd.*, p. 119. Por su parte, observa también Candiotti, que en la concepción del Antiguo Régimen, en la que imperaba un modelo de rey justiciero o la visión jurisdiccional del poder político, “la administración de justicia era una función gubernamental central y por tanto, esencialmente política. ‘Hacer justicia’ era la esencia del buen gobierno en tanto actividad de conducción de la comunidad política hacia la consecución del Bien Común... Justicia y política, por tanto, eran conceptos y actividades inescindibles...”. CANDIOTTI, Magdalena, *Ley, justicia y revolución en Buenos Aires, 1810-1830. Una historia política*, Serie Las tesis del Ravignani, nro. 4, pp. 26-27. Disponible en: http://repositori.uba.ar/gsd/collect/ravipogra/index/assoc/HWA_1356.dir/1356.PDF.

Como quedó dicho, la función judicial fue, por consiguiente, la primera de las regalías de la corona, de la cual derivaban su jurisdicción los otros magistrados.

Dicha función competía a los mismos órganos y oficiales de la monarquía en general (“porque el rey es y debe ser uno, por eso deben además todos ser unos con él para servirle y ayudarle en las cosas que él ha de hacer”, Part. 2ª, tít. 1, ley 5)¹².

La justicia, entonces, extiende su aplicación a todas las materias de gobierno. No habrá en este período división de poderes sino distinción de funciones¹³.

Pero el monarca, su corte y sus oficiales no podían materialmente concentrar toda la administración de justicia. De forma tal que existieron otras jurisdicciones desde el medioevo español, como la justicia señorial, la justicia eclesiástica o la justicia mercantil, entre otras¹⁴.

III. Venganza privada y venganza pública

El concepto de venganza se vincula con el carácter justiciero del monarca y de la administración de justicia en la Monarquía católica.

¹² Sostiene Caselli que “la importancia radical de esta identificación explica la existencia de leyes que preveían uno o dos días por semana en los cuales los reyes se dedicaran a ‘oír’ a los súbditos que deseaban exponerles sus casos en justicia y la misma razón hacía que el hecho de ‘ser oídos e proveídos de remedio en las cosas de justicia’ fuera considerado el mayor bien que los súbditos podían recibir de su rey... esta idea se trasladaba a los jueces encargados de administrar la justicia ordinaria, vale decir, aquellos que actuarían en nombre del rey...”. CASELLI, Elisa, *idem*. Es célebre el ejemplo en Francia del santo rey Luis IX administrando justicia bajo un árbol de encina. Es interesante también rescatar que una tradición semejante se conservó hasta principios del siglo XX. En efecto, el emperador Francisco José de Austria (1830-1916) concedía, en el Palacio Imperial de Hofburg en Viena, audiencias generales dos veces por semana a las que cualquiera de los súbditos de su imperio podía asistir para presentar un asunto de su interés al emperador. Recibía personalmente alrededor de cien personas por mañana. Conf. <https://www.sisimuseum-hofburg.at/en/about-the-location/imperial-apartments/rooms/audience-waiting-room#:~:text=Emperor%20Franz%20Joseph%20gave%20general,their%20concern%20to%20the%20emperor.>

¹³ “No hubo separación de poderes, porque –como bien ha escrito Zorraquín Becú– derivando todos del rey, era imposible dividir lo que emanaba de una fuente única”. Había, en cambio, una distinción de funciones (gobierno, justicia, guerra y hacienda) repartidas entre los distintos funcionarios y, por ende, las leyes no se limitaban a recomendar la justicia a los magistrados, sino a todos los funcionarios (Así, en homenaje a la soberanía del monarca, todos los magistrados impartían la justicia en nombre del rey, aunque no hubiesen sido designados directamente por él, y los alcaldes del Cabildo indiano llevaban simbólicamente “la vara de la real justicia”, aunque no haya faltado alguno que la haya blandido efectivamente para castigar in fraganti a algún malviviente). Esto operaba una especie de equilibrio de poderes y de control político. En el régimen indiano la gravitación dispensada a la justicia fue tal que tampoco hubo magistrados encargados exclusivamente de esta función judicial, de manera que esta función no tuvo magistrados autónomos. Sostiene el maestro Zorraquín que “el constitucionalismo moderno, al atribuir a uno solo de los poderes del Estado la función de impartir la justicia, parece dar a entender que esta virtud no debe inspirar también los actos de los demás”. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, *ibid.*, pp. 13-19.

¹⁴ VALDEAVELLANO, Luis G. de, *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 556.

Para el Apóstol San Pablo quien ejerce la autoridad es una suerte de encargado de la venganza divina contra aquél que obra el mal. Por ello el que actué así debe temer el castigo del gobernante.

En este sentido, escribió el último Apóstol en carta a los Romanos: “¿Quieres no tener que temer a la autoridad? Obra lo que es bueno, y tendrás de ella alabanza; pues ella es contigo ministro de Dios para el bien. Mas si obrares lo que es malo, teme; que no en vano lleva la espada; porque es ministro de Dios, vengador, para (ejecutar) ira contra aquel que obra el mal” (la Partida 3, tít. 1, ley 2 es concordante)¹⁵.

En la Alta Edad Media española a veces la administración de justicia quedó bajo la tutela jurídico-privada de los particulares, es decir a la venganza privada¹⁶. En este caso, para ejercer el derecho de vengarse se exigió una previa declaración judicial del estado de enemistad creado entre ofensor y ofendido, que fue admitido sólo en determinados casos por la Corona castellana; esta práctica dio lugar al carácter acusatorio del proceso¹⁷.

El proceso penal indiano, en cambio, fue de carácter inquisitivo. Se había dejado atrás el sistema de la venganza de la sangre o venganza privada y, desde el período tardo-medieval la vindicta pasaba de la esfera privada a la pública, es decir, a una actividad predominantemente estatal o real. Aquél proceso inquisitivo, salvo el caso de querrela de parte agraviada, se iniciaba por denuncia o por pesquisa¹⁸.

En este marco “la acción pública no se reducía a los llamados delitos públicos sino que alcanzaba aún a delitos privados (por ejemplo, tratándose de heridas no mortales), pues según expresaba el príncipe de los jurisconsultos españoles del siglo XVI, Antonio Gómez, todo delito, tanto público como privado, causa una doble injuria: al particular ofendido y a la república, de donde la licitud de que, aun sin acusación del particular, pueda y deba el juez proceder *ex officio pro injuria reipublicae* castigando el delito a fin de restablecer su paz y quietud”¹⁹.

¹⁵ SAN PABLO, Carta a los romanos 13, 3-4, *La Santa Biblia*, traducción de Mons. Straubinger, Universidad Católica de La Plata, La Plata, 2007, p. 217.

¹⁶ Como ejemplifica Valdeavellano, la prenda que el acreedor podía tomar autoritariamente de los bienes de su deudor para garantizar o satisfacer su crédito, o el caso del castigo de la mujer adúltera y de su amante por el marido. VALDEAVELLANO, Luis G., de, *ibíd.*, p. 556.

¹⁷ VALDEAVELLANO, Luis G. de, *ídem*.

¹⁸ LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 25.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 29.

El rey, pues, en las Leyes de Indias, encarna y ejecuta la “vindicta pública en cuanto vicario de Dios en lo temporal” (Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 16)²⁰.

IV. La pena en el derecho castellano-indiano

En las Partidas la pena era definida como enmienda de pecho o escarmiento que es dado según la ley a algunos por los yerros que hicieron (Part. 7, tít. 31, ley 1)²¹.

La pena, según la doctrina medieval, es el merecimiento de un castigo fijado por la ley (en forma expresa o en forma indeterminada remitiendo al arbitrio del juez) y que tiene como finalidad corregir al malhechor e intimidar al cuerpo social para desalentar el delito, para que quede saldada la culpa del agresor y reparar el mal ocasionado por el delito tanto a la víctima como al bien común político (a la “causa pública”, a la “república”, a la comunidad, etc.)²².

El concepto de mal es fundamental para comprender el concepto de delito y el consecuente rigor de la aplicación de la pena en el derecho castellano-indiano. Es una noción que ha desaparecido actualmente de la doctrina penal²³.

Asimismo, la ley castellana desalienta el olvido y el atrevimiento, este último considerado una de las peores actitudes humanas. Por eso, así como el rey debe conocer, amar y temer a Dios, así el pueblo debe conocer, amar y temer a Dios y al rey, su vicario temporal (Part. 2, tít. 2, leyes 12-13). Por eso escribía Saavedra Fajardo: “No consienta el príncipe que alguno se tenga por tan poderoso y libre de las leyes, que pueda atreverse a los que administran justicia y representan su poder y oficio; porque no estaría segura la columna de la justicia. En atreviéndose a ella, la roerá poco a poco el desprecio, y dará en tierra”²⁴.

²⁰ Las leyes de Indias vedan que los funcionarios judiciales hagan composiciones en querellas y pleitos criminales, salvo casos excepcionales que sean de tal calidad que no sea “necesario dar satisfacción a la causa pública (Recop. Lib. 7, tít. 8, ley 17).

²¹ Según el Diccionario de Escriche, pena de pecho “es la que tiene por objeto satisfacer al perjudicado los daños que se le hubieren ocasionado, cual es la del duple, triple y cuádruple en los casos de hurto y rapiña. Pena de castigo es la que tiene por objeto satisfacer a la vindicta pública y reprimir los delitos con el temor del escarmiento”. ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Cía., París, 1851, pp. 1339-1341.

²² Saavedra Fajardo da cuenta del espíritu justiciero del rey: “Gran prudencia es del príncipe buscar tal género de castigo, que con menos daño del agresor queden satisfechas la culpa y la ofensa hecha a la república”. SAAVEDRA FAJARDO, Diego de, *Empresas políticas*, Editorial Planeta, Barcelona, 1988, pp. 152-153.

²³ Bien señala Escriche que la pena es “un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción; o bien: un mal que la ley hace al delincuente por el mal que él ha hecho con su delito. La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario más bien que mal...”.

²⁴ SAAVEDRA FAJARDO, Diego de, *ibíd.*, p. 156. Ahora bien, según las Partidas el escarmiento es necesario para evitar dos cosas que hacen a los hombres errar mucho, es decir, el olvido y el atrevimiento.

El castigo era, por tanto, severísimo, atroz. Existe un amplio catálogo de penas, que no es el lugar aquí de analizar, y que van desde la pena de muerte (de distintos tipos) hasta azotes y pago de multas²⁵.

Sin embargo, la práctica de los tribunales atenuaba aquel rigorismo de la legislación, dejando amplio margen al arbitrio judicial y a la práctica de la misericordia²⁶.

Acerca de los caracteres de la pena en el derecho castellano-indiano conviene señalar brevemente los siguientes: a) Expiatorio: El castigo adquiere un carácter moral y religioso en el sentido de que, por medio del sufrimiento de la pena, el delincuente puede para purificarse de su culpa; de suerte que la pena se impone no sólo en pro de la comunidad sino también en beneficio del mismo reo²⁷; b) Medicinal: El carácter medicinal se vincula con el anterior. La pena es correctiva y repara el desorden interior que provoca la culpa, así como los sacramentos son como una buena medicina para las

Porque “el olvido los aduce que non se acuerden del mal que les puede venir por el yerro que ficieron; et el atrevimiento les da osadia para cometer lo que non deben... Et porque tales fechos como estos se facen con soberbia, deben seer escarmentados cruamente, porque los facedores dellos reciban la pena que merescen, et los que lo oyeren se espanten et tomen ende escarmiento por que se guarden de facer cosa por que reciban otro tal...” (Prólogo a la Partida 7ª). Por ello, también el rey debe escarmentar a los enemigos de la Fe y a los malos cristianos que no la guardan, porque los ministros de la Iglesia no pueden hacerla guardar, de manera que el rey, en tanto representante del Juez divino, debe vedar y escarmentar severamente a los infractores (conf. Prólogo de la 2ª Partida).

²⁵ La palabra ajusticiado o justiciado, como emplean Las Partidas, indica la fuerte penetración de la idea de justicia en la época. Los bienes jurídicos tutelados en el régimen jurídico castellano-indiano fueron principalmente los siguientes: la protección del Estado y su jefe, la paz pública, la seguridad de los pagos, la vida humana, el honor, el cuerpo, el patrimonio, la vivienda, la moral sexual, la Fe. En el catálogo de delitos, se pueden mencionar de manera no taxativa los que siguen: la lesa majestad, el quebrantamiento de la paz pública, la falsificación de moneda, homicidios, abortos (“titol de los que tollen á las muieres que no ayan parto”, Fuero Juzgo, Libro 6, tít. 3, leyes 1 a 7 y Part. 7, tít. 8, leyes 6, 8 y 12), suicidios, injurias verbales y físicas, robos, hurtos, incendios, raptos, violaciones, adulterios, incestos, sodomía, amancebamiento, falsos testimonios, perjurios, delitos religiosos (idolatrías, blasfemias, hechicerías), etc. Marquardt ha clasificado las penas así: a) Penas de muerte ejecutadas públicamente: 1. Ahorcamiento. 2. Hoguera. 3. Descuartizamiento. 4. Estrangulamiento por el garrote. 5. Decapitación mediante la espada. b) Penas corporales: 1. Amputación. 2. Azotes. 3. Tormentos (Partida 7, tít. 30). c) Penas públicas contra el honor: 1. Declaración de infamia. 2. Exhibición pública en un escenario de vergüenza. 3. Marcación visual de la cara. d) Servicio forzado como remero encadenado en las galeras de guerra. e) Penas laborales de servir para trabajos públicos. f) Penas de exclusión gradual o total de la sociedad hasta el destierro. g) Confiscación de los bienes en beneficio de la Corona. h) Delitos menores sancionados con multas. MARQUARDT, Bernd, “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”, *Pensamiento jurídico*, nro. 49, Enero-Junio, Bogotá, 2019, pp. 13-79.

²⁶ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho argentino*, tomo II, editorial Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 276. Ello se advierte claramente, v.gr., en el instituto del libre arbitrio judicial y del perdón real.

²⁷ Es importante recordar que el derecho medieval es profundamente religioso y está totalmente impregnado de la teología católica. En este sentido coincide, de algún modo, el delito con el pecado. Y, si bien la pena es un daño merecido al que delinque o “yerra” infligido por la autoridad, también es verdad que en dicha situación de “servidumbre” se ha metido el “que hace el yerro”, porque él mismo se mete en servidumbre de la pena que merece por él haber; y con esto se acuerda lo que dijo el apóstol san Juan, que quien hace el pecado es siervo de él (Part. 2, tít. 13, ley 15). La pena es, pues, castigo tanto del delito como del pecado, aunque en este último esté también la penitencia, según el antiguo refrán.

enfermedades de los pecados (De los descomulgamientos, Part. 1, tít. 9)²⁸; c) Ejemplar: La pena debe servir de escarmiento a fin de evitar el mal ejemplo (Part. 2, tít. 8, ley 2). Las leyes de Indias se refieren al “ejemplar castigo, administrando justicia en la forma que convenga” (Recop., Lib. 5, tít. 3, ley 7) así como las Partidas (Part. 2., tít. 9, ley 2); d) Intimidatorio: Relacionado al precedente, la Corona se propone disuadir la comisión del delito por temor al severo castigo. De ahí que los más graves delitos o los que más interés se tiene en reprimir, sean castigados en público a modo de espectáculo²⁹; e) Vergonzante: Hacer el mal trae aparejado vergüenza (Part. 2, tít. 9, leyes 4 y 9)³⁰, de manera que tanto la acción mala, como su consecuencia, la pena causan vergüenza.

La importancia atribuida por la legislación hispánica al temor para el buen gobierno, así como para evitar el pecado y el delito, proviene de la doctrina católica del temor sobrenatural a las penas del infierno, negada por Lutero en el siglo XVI y por los jansenistas en el siglo XVII³¹.

Y de tal temor nacen dos cosas: vergüenza y obediencia. La primera es muy conveniente porque cuando los hombres pierden la vergüenza se hacen atrevidos y van en camino a ser desobedientes (Part. 2, tít. 13, ley 15-16).

²⁸ Si la pena en el derecho real parece estar dirigida más al escarmiento (Part. 7, prólogo), las penas de derecho canónico, en cambio, parecen estar orientadas más a la enmienda del castigado. El descomulgamiento solemne, llamado también excomuniación y anatema, quiere decir tanto como “espada del obispo con que debe matar a los que hacen muy grandes pecados et non se quieren enmendar” (Part. 1, tít. 9, ley 13).

²⁹ La justicia real debe ser paladina, es decir, debe actuar denodadamente para que se aplique pública y patentemente la justicia: “Paladinamente debe ser hecha la justicia de aquellos que hubieren hecho por el que deban morir, para que los otros que lo vieren y lo oyeren reciban por esto miedo y escarmiento” (v.gr. Part. 7, tít. 31, ley 11).

³⁰ La importancia de la vergüenza en la confesión sacramental lo es también para la vida pública, a fin de mantener la paz social que surge de la virtud. De ahí que el hombre, al ser un todo, su vida privada incide en la vida social. Por eso, las Partidas recogen las normas sobre la enmienda y la vergüenza en el sacramento de la penitencia: “vergüenza es una de las nobles cosas que el home ha en sí naturalmiente para guardarse de errar: et por ende esta non la debe ninguno haber para facer bien, mas para partirse del mal. Onde los que la hobieren de los pecados que ficieron, teniendo que fue mal por que erraron, et están avergonzados dellos, tal vergüenza como esta es buena” (Part. 1, tít. 4, ley 68).

³¹ Errores de Martín Lutero condenados en el Concilio de Letrán, *Bula Exsurge Domine* (15/6/1520), S.S. León X; errores de los jansenistas condenados en el Decreto del Santo Oficio (7/12/1690), S.S. Alejandro VIII (tesis condenada “el temor del infierno, no es sobrenatural); errores del sínodo de Pistoya condenados en la Constitución *Auctorem Fidei* (28/8/1794), nro. 25. Por la predicación de Jonás, los ninivitas llenos de temor hicieron penitencia y alcanzaron la misericordia del Señor (Jonás 3), porque por el temor del infierno y sus penas el penitente prepara el camino para la justicia. Conf. *Doctrina sobre el sacramento de la penitencia*, Concilio de Trento, Julio III, Papa, Sesión XIV (25/11/1551), Cap. 4. Conf. DENZINGER, Enrique, *El magisterio de la Iglesia*, Biblioteca Herder, 5ª reimpresión, Barcelona, 1997, pp. 219-253-316-351. Decía San Agustín que entre primero el temor por medio del cual venga la caridad: el temor es medicina; la caridad, salud. Asimismo, el temor es el que el hijo debe tener al padre, porque viene de amistad, porque aunque no le hiera ni le haga ningún mal, siempre le teme naturalmente por la condición que tiene y por el señorío que tiene sobre él según derecho porque es su hechura, y también por no perder el bien hecho que posee o espera tener de él (Part. 2, tít. 13, ley 15).

En el perdón real se advierte también cómo el rey concentra en su mano todo el poder (incluido, obviamente, la administración de justicia) y cómo aquel poder para castigar puede ser también su reverso y ser utilizado para perdonar³².

V. El rey es paladinamente justiciero

Según el Diccionario de la Real Academia Española justiciero es aquél que respeta y hace respetar la justicia con severidad y rigor.

Asimismo, según el mismo Diccionario, es justiciero aquello que implica justicia y se realiza con justicia. Ambas acepciones definen bien la actitud justiciera de la Monarquía hispánica en el sentido de que ésta se propuso a ultranza practicar la justicia y hacerla respetar de sus súbditos. Porque los reyes deben “ser justicieros dando a cada uno su derecho” (Part. 2, tít. 1, ley 9).

Y, como la realización de la justicia conlleva dar a cada uno lo suyo, según la definición clásica, el ejercicio de esta virtud moral por parte de la autoridad importa, desde el punto de vista de la justicia distributiva, la aplicación premios y castigos. En este último lugar se encuentra la pena, de cuya justa aplicación depende la consecución del bien común. Ella se inserta en las facultades y deberes de quien tiene a cargo la comunidad política a fin de mantener el bien común (justicia legal).

Diego Saavedra Fajardo ha escrito que los príncipes reciben la potestad de la justicia inmediatamente de Dios y con el consentimiento del pueblo. Son águilas reales “... y tienen sus veces para castigar los excesos y ejercitar justicia. En que han menester las tres calidades principales del águila: la agudeza de la vista, para inquirir los delitos; la ligereza de sus alas, para la ejecución; y la fortaleza de sus garras, para no aflojar en ella”³³.

³² Part. 7, tít. 32, leyes 1-3.

³³ “En lo más retirado y oculto de Galicia no se le escapó a la vista del rey don Alonso el Séptimo, llamado el Emperador, el agravio que hacía a un labrador un infanzón, y, disfrazado, partió luego a castigalle, con tal celeridad, que primero le tuvo en sus manos que supiese su venida. ¡Oh alma viva y ardiente de la ley! Hacerse juez y executor por satisfacer el agravio de un pobre y castigar la tiranía de un poderoso! Lo mismo el rey don Fernando el Católico, el cual, hallándose en Medina del Campo, pasó secretamente a Salamanca, y prendió a Rodrigo Maldonado, que en la fortaleza de Monleón hacía grandes tiranías. ¿Quién se atrevería a quebrantar las leyes si siempre temiese que le podría suceder tal caso? Con uno de éstos queda escarmentado y compuesto un reino; pero no siempre conviene a la autoridad real imitar estos exemplos... Siendo una misma la virtud de la justicia, suele obrar diversos efectos en diversos tiempos. Tal vez no la admite el pueblo, y es con ella más insolente, y tal vez él mismo reconoce los daños de su soltura en los excesos y por su parte ayuda al príncipe a que aplique el remedio, y aun le propone los medios ásperos contra su misma libertad; con que sin peligro gana opinión de justiciero. No deje el príncipe sin castigo los delitos de pocos, cometidos contra la república, y perdone los de la multitud...”. SAAVEDRA FAJARDO, Diego de, *ibíd.*, pp. 150-151.

Para el pensamiento castellano tardo-medieval el rey es el regidor, es decir, a quien le pertenece el gobierno del reino. El rey debe tener una actitud justiciera porque, así como Dios es rey sobre todos los otros reyes y porque de Él tiene el nombre, y los gobierna y conserva en su lugar en la tierra para hacer justicia y derecho; así los reyes son tenidos de sostener y gobernar en justicia y en verdad a sus vasallos. Rey, quiere decir tanto como regla, ya que así como por ella se conocen todas las injusticias y se corrigen, así por el rey son conocidas las faltas y reparadas (Part. 2, tít. 1, ley 6).

Pero, como se ha dicho anteriormente, si bien el rey debe hacer respetar la justicia, él debe respetarla en primer término. Por ello, el rey no debe desear vehementemente ninguna cosa que sea contraria a derecho. La codicia es raíz de todos los males. Por ende, todos los hombres se deben precaver de ella y, mayormente los reyes, porque todas las cosas de su señorío están en su poder para conservarlas en justicia y en derecho (Part. 2, tít. 5, ley 13).

De ahí que el rey necesita ser justiciero en sus actos y ser proporcionado en el reparto y en sus dádivas. Porque si fuere justiciero, no tendrá codicia en hacer cosa que provoque agravio y siendo mesurado no tendrá por qué codiciar nada en demasía y sin utilidad y hará según dijo el rey Salomón, que el rey justo y amante de la justicia endereza la tierra, porque -como decía Aristóteles a Alejandro- el mejor tesoro que el rey posee es el pueblo cuando está bien protegido. (Part. 2, tít. 5, ley 14)³⁴.

Si el rey es justiciero posee también una de las virtudes características de todo caballero, cual es la justicia. Éste forma parte del estamento de los defensores que, junto con los oradores y los labradores conforman los tres estratos sociales de la Edad Media, según las Partidas (Part. 2, título 21).

No obstante, el caballero es el más honrado entre todos los defensores porque es el escogido entre mil hombres de entre ellos. Además, el nombre de caballero es tomado del termino caballería, que en latín es *militia* y que, por tanto, quiere decir compañía de hombres duros, fuertes y seleccionados para sufrir males, trabajando y padeciendo en beneficio de todos y por el bien común (Part. 2, tít. 21, ley 1).

³⁴ Uno de los delitos castigados con mayor severidad en el Antiguo Régimen era la falsificación de moneda porque implica una usurpación del poder de los reyes y un gran daño social: "... face muy grant falsedat et muy grant atrevimiento en querer tomar el poderío de los emperadores et los reyes tovieron para sí señaladamente. Et porque de tal falsedat como esta viene muy grant daño a todo el pueblo, mandamos que qualquier home que ficiere falsa moneda de oro, ó de plata ó de otro metal qualquier, que sea quemado por ello de manera que muera..." (Part. 7, tít. 8, ley 9).

Es a los caballeros a quienes más conviene contar con aquellas virtudes, porque han de defender a la Iglesia, a los reyes y a todos los demás.

Las antiguas órdenes de caballería recomendaron que ni los emperadores ni los reyes fuesen consagrados ni coronados sin antes ser investidos caballeros (Part. 2, tít. 21, ley 11)³⁵.

En otro plano, los jueces del rey, como representantes del monarca, son aquellos que juzgan los pleitos y aun los que tienen poder de juzgar a los otros jueces del reino. Deben ser justicieros para hacer a cada uno de los enjuiciados, justicia y derecho. Asimismo, deben ser firmes de manera que no se desvíen del derecho ni de la verdad y, si así lo hicieren, debe imponérsele la pena según el delito que cometieren (Part. 2, tít. 9, ley 18).

En tanto, la corte debe apoyar al rey en la administración de justicia. Entre sus grandes funciones se encuentra la de aconsejarlo; aquellos que deben cumplir dicha misión se deben guiar en todo tiempo por la justicia -que es medianera entre Dios y el mundo- para premiar a los buenos y penar a los malos, a cada uno según su merecimiento (Part. 2, tít. 9, ley 28).

En definitiva, a juzgar por lo que ha escrito Saavedra Fajardo, la Monarquía Católica todavía en el siglo XVII continúa luchando por la realización de la justicia, base del régimen: “El fundamento principal de la Monarquía de España y el que la levantó y la mantiene, es la inviolable observancia de la justicia, y el rigor con que obligaron siempre los reyes a que fuera respetada”³⁶.

VI. El rey justiciero en Indias: castigador y pacificador

El delito debía ser implacablemente castigado por los funcionarios indianos cuando era grave, observando puntual y diligentemente las leyes, en aras de la consecución de la tranquilidad pública. Así lo prescribía una disposición del Emperador Carlos V de 1554: “Ordenamos, y mandamos a todas nuestras Justicias de las Indias, que averigüen y procedan al castigo de los delitos, y especialmente públicos, atroces, y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión y cuidado,

³⁵ De ahí, que el espíritu caballeresco o, lo que es lo mismo, el espíritu justiciero, haya calado hondo en el apogeo de la monarquía medieval y cristiana que erigió como arquetipos de la caballería a san Luis IX, rey de Francia y a su primo Fernando III el Santo, padre de Alfonso X, autor de las Siete Partidas.

³⁶ Saavedra Fajardo escribía: “Decía el rey don Alonso de Aragón que con la justicia ganaba el afecto de los buenos, y con la clemencia el de los malos. La una induce al **temor**, y la otra obliga al **afecto**”. SAAVEDRA FAJARDO, Diego de, ob. cit., p. 156.

sin omisión ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene al sosiego público, quietud de aquellas Provincias, y sus vecinos” (Recop., Libro 8, tít. 8, ley 1).

Pero el castigo del crimen todavía iba más lejos puesto que los reyes no admitían el menor grado de relajación en la aplicación de las penas previstas en la ley. Las Leyes de Indias, pues, prohibían tal relajo ya fuese porque se realizaban demasiados arreglos judiciales en pleitos criminales, ya fuese porque los jueces aplicaban un criterio excesivamente benigno en el arbitrio judicial. Esto, en general, no era tolerado por el monarca porque así “se hacen los reos licenciosos, y osados para atreverse en esta confianza a lo que no harían si se administrase justicia con rectitud, severidad y prudencia” (Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 17)³⁷.

En el cumplimiento de la ley, basado en el respeto de un orden justo, entonces, radicaba la felicidad del conjunto social.

Así se evidencia en el auto de buen gobierno del teniente general de gobernador de la ciudad de Santa Fé, en el Río de la Plata, Juan José de Ahumada: “Por cuanto a la buena gobernación y administración de justicia conviene se observen las leyes reales que miran a evitar las ofensas de Dios Nuestro Señor... contra la quietud y tranquilidad de los moradores de esta ciudad y su jurisdicción y que, de no observarse, se sigue el perturbar de la república, muchos escándalos y graves perjuicios a que se debe ocurrir castigando severamente a los transgresores...”³⁸.

O en el bando de los alcaldes de la ciudad de San Juan de la Frontera en Cuyo, en 1775 cuando disponían: “... por cuanto... y para el buen gobierno que deben observar y convenir al servicio del rey, nuestro señor, bien y útil de la república exterminar algunos abusos contrarios al buen régimen y tranquilidad pública...”³⁹.

Asimismo, otro ejemplo, el bando de buen gobierno de Olaguer y Feliú que, en su parte pertinente, dice: “Siendo uno de mis principales objetos en el gobierno de esta ciudad, que la piedad de Su Majestad se ha dignado poner a mi cargo, el aumento,

³⁷ Ejemplo de la laxitud desalentada por los monarcas de Indias eran las decisiones judiciales que otorgaban ciertas libertades a los condenados. Los reyes Felipe III y Felipe IV, en la primera mitad del siglo XVII, prohibieron a los jueces conceder licencias a los desterrados en Filipinas para volver a Nueva España y Perú, durante el tiempo de su destierro (Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 21).

³⁸ Auto y bando de buen gobierno del teniente general de gobernador, justicia mayor y capitán de guerra de la ciudad de Santa Fe, maestro de campo don Juan José de Ahumada, 27 de enero de 1709 (nro. 8), en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2004, pp. 192-193.

³⁹ Bando de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Juan, don Santiago Jofré y don Joseph Godoy, 7 de septiembre de 1775 en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, (nro. 90), p. 501.

tranquilidad y felicidad de sus vecinos, no habrá trabajo ni desvelo que no ocupe mi atención para conseguirlo y para esto es indispensable dar reglas...”⁴⁰.

VII. Las principales fuentes jurídicas castellano-indianas

El sistema jurídico indiano, inspirado en unos principios comunes y fundamentales de orden supra-legal, estaba compuesto por el derecho castellano, la legislación propiamente indiana -tanto peninsular como local-, la costumbre indiana, los usos y costumbres indígenas y, por último, la doctrina de juristas y la jurisprudencia de los jueces, con fuerte influencia del derecho romano y del derecho canónico⁴¹.

El derecho penal estaba inserto en aquél *corpus iuris indianorum* como la parte en el todo, es decir, dentro del mismo sistema general, “compartiendo nombre, concepto, naturaleza, fundamento y reglas”⁴².

Abelardo Levaggi ha señalado acertadamente que las principales fuentes legales del derecho penal indiano fueron “el Fuero Real y las Partidas, ambas atribuidas a Alfonso el Sabio; la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, del año 1567; la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, de 1680; la legislación territorial posterior a estos ordenamientos, tanto indiana como castellana (esta última, desde 1614, en cuanto admitida por el Consejo de Indias) y, con especial mención, las disposiciones de carácter local, autos acordados de las audiencias y bandos de buen gobierno promulgados por

⁴⁰ Bando de buen gobierno del gobernador político y militar de la plaza de Montevideo, don Antonio Olaguer y Feliú, 26 de noviembre de 1790 en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, (nro. 48), p. 321. Por último, agregamos el auto general de buen gobierno del virrey del Río de la Plata, Baltasar Hidalgo de Cisneros de 1809: “Como la alta y distinguida confianza con que el rey nuestro señor, don Fernando séptimo y, en su real nombre, la Suprema Junta Gubernativa de España y estos dominios, se ha distinguido poner a mi cargo el superior gobierno de estas provincias, tiene por objeto el bien de ellas que consisten en la observancia de la religión católica, en la pureza de costumbres, en la obediencia, fidelidad y subordinación al rey y legítimas autoridades, en la quietud, seguridad, buen orden y policía que a todos interesa, y en empeñar mi celo en la práctica de todos los medios que den cumplido efecto a estas reales justas intenciones, he dispuesto en el ingreso de mi mando la promulgación de un auto general de buen gobierno que promueva la felicidad pública, destierre la ociosidad, haga florecer las buenas costumbres, el arreglo de las familias y policía de este vecindario, esperando de cada uno de sus individuos la más puntual observancia, y que me evitarán el disgusto de llevar a debido efecto, con la exactitud y firmeza que me propongo, las penas que a su transgresión declaro, para que todo desobediente halle su sentencia, antes de haber faltado, y de que ningunas circunstancias me harán prescindir, como que de su constante aplicación resultará el beneficio común y buen orden que en lo moral y político exigen las leyes de estos reinos, cuya exacta observancia hace tan amable la autoridad del rey a quien representa...”. Auto general de buen gobierno del virrey de las provincias del Río de la Plata, don Baltasar Hidalgo de Cisneros, Buenos Aires, 18 de septiembre de 1809 en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, p. 340-341.

⁴¹ LEVAGGI, Abelardo, *ibíd.*, p.17.

⁴² *Ibíd.*, pp. 17-18.

gobernadores y virreyes, de enorme interés... porque son un fiel testimonio de las tendencias delictivas existentes en cada región”⁴³.

Las leyes castellano-indianas estaban traspasadas de un profundo sentido religioso y moral. Por ello, en primer lugar no estaban secularizadas. En segundo lugar, tenían distintas fuentes extralegales que le daban una gran riqueza que no conocía la especialización o la encapsulación del derecho. De ahí que, en vista de aquella amplitud, las penas que manda el rey se encuentran frecuentemente dispersas desde las primeras leyes de los cuerpos normativos. En tercer lugar, el derecho medieval y el derecho indiano tenían un carácter casuístico, a diferencia del carácter abstracto del derecho racionalista posterior.

Ahora bien, la legislación de Castilla es la que primó en la regulación penal de Indias, sobre todo a través de las Partidas, que tuvieron una vasta aplicación en todo el imperio hispánico y que ha sido considerada no sólo como la obra maestra del derecho medieval sino de todos los tiempos. Por ello, si bien tenía un carácter subsidiario en el orden de prelación legal establecido en el ordenamiento de Alcalá de 1348, se impuso a los demás cuerpos normativos por su riqueza doctrinaria.

Respecto del código alfonsino, la 1ª Partida se refiere a la justicia espiritual, la 2ª a la justicia temporal, la tercera a la administración de justicia en juicio y la 7ª sobre los crímenes y sus penas. Sin perjuicio, de que en dicho código se encuentran frecuentemente disposiciones penales dispersas, como ocurre también con la Nueva Recopilación de leyes de Castilla, sancionadas por Felipe II.

La Recopilación de las leyes de Indias, en tanto, son normas fundamentalmente de derecho público que regulan las nuevas realidades del continente americano (geografía, navegación, autoridades, grupos sociales, etc.). Sin embargo, contiene leyes penales dispersas, aunque se encuentran principalmente contempladas en el libro 7 y, especialmente en su breve título 8, que trata sobre “De los delitos y penas”.

Sostiene Levaggi que “sobre todo en sitios alejados de las ciudades cabeceras de virreinos, gobernaciones y distritos audienciales, en la medida en que hubo en ellos un menor conocimiento del derecho o una menor vigilancia de las autoridades superiores, la justicia criminal asumió caracteres peculiares de naturaleza consuetudinaria, que se apartaron de los textos y de las doctrinas jurídicas”⁴⁴.

⁴³ *Ibíd.*, pp. 18-19.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 19.

Ejemplo de ello fueron el juzgamiento de indios por alcaldes provinciales y de la hermandad, y la imposición por los jueces ordinarios de penas de azote, trabajos públicos y presidio, sin formación de causa ni consulta al tribunal superior. Fueron prácticas introducidas en nuestro territorio por la costumbre, a pesar de la oposición de expresas disposiciones legales. Y por lo mismo, en el Buenos Aires de fines del XVI y principios del XVII, la apropiación de animales para el personal sustento, parece no haber sido considerada por el común como delito⁴⁵.

En materia penal se puede destacar los llamados “bandos de buen gobierno” indianos, algunos de los cuales hemos hecho referencia en el apartado anterior, que encierran también un sinnúmero de normas penales que parecen constituir una fuente autónoma de derecho penal al margen de la legislación específica. Dichos bandos eran un mandamiento de autoridad competente dirigido a todos los vecinos y habitantes de la ciudad y su jurisdicción, que contenía un conjunto articulado de disposiciones sobre diversas materias relativas a la vida social, que se daba conocer públicamente a toda la población⁴⁶.

Como ha sostenido Tau Anzoátegui, los bandos constituían un régimen de carácter localista de extraordinaria variedad y casuismo. En efecto, la peculiaridad indiana es que en los bandos de buen gobierno, por ejemplo, se fijaban penas específicas a la trasgresión de los preceptos establecidos en ellos. Tales penas eran normadas precisa y discrecionalmente por la autoridad o bien se efectuaba una remisión genérica a las “leyes de estos reinos” o al arbitrio del juez o a bandos anteriores. Mientras que también su uso menos otra modalidad que consistía en establecer una pena aplicable por igual a todas las infracciones previstas en el bando o se determinaba al final una general para los casos en que no se hubiese establecido ninguna o simplemente se preveía que el castigo fuese “conforme a Derecho”⁴⁷.

VIII. La aplicación de la justicia real en Indias: El castigo penal como inherente a la administración de justicia

Hemos dicho que el fin justiciero que encarnaba el monarca hispano-indiano, en tanto supremo juez y legislador, pasaba a los funcionarios que ejercían la función judicial delegada por aquél, ya fuesen funcionarios peninsulares o americanos.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, p. 17.

⁴⁷ *Ibíd.* pp. 65, 96.

Aquello se cumple en nuestro suelo desde la misma fundación de la ciudad de Buenos Aires en 1580, la que Juan de Garay efectuó en nombre del rey y en lugar de Juan Torres de Vera y Aragón. En dicha acta fundacional, pasada ante escribano, consta la aceptación y el juramento de los oficios de los primeros alcaldes y regidores de la ciudad de la Santísima Trinidad, según la llamara su fundador. Los alcaldes eran quienes estaban a cargo de administrar justicia.

La parte pertinente dice: “Y de cada uno de ellos el dicho Señor general Juan de Garay recibió juramento en forma de derecho por Dios y por Santa María y por las palabras de los santos cuatro evangelios y por la señal de la cruz tal como esta + en que corporalmente pusieron sus manos derechas los dichos alcaldes prometieron que harán los dichos oficios bien y fielmente harán justicia a las partes cada uno en lo que ante el pasaren y que no lo dejarán de hacer por amor ni temor ni parcialidad, ni por otra causa alguna y no llevarán derechos demasiados, ni consentirán llevar los oficiales de los casos que conociere, y en todo harán lo que buenos oficiales alcaldes son obligados y los dichos regidores prometieron de usar bien y fielmente sus oficios de Regidores y harán y botarán lo que entendieren que va bien al servicio de Dios Nuestro Señor y de Su Majestad y del bien y remedio de esta ciudad, vecinos y conquistadores y pobladores de ella, y en todo harán lo que buenos oficiales regidores son obligados y guardarán el secreto del cabildo...”.

“...Y después de lo suso dicho... el dicho Señor General Juan de Garay por ante mí el dicho escribano pidió y requirió a los dichos señores alcaldes y regidores que se junten con su merced y vaya a la plaza pública de esta ciudad que está señalada en la traza de ella y allí le ayuden alzar y enarbolar un palo y madero por rollo público y concejil para que sirva de árbol de justicia donde la justicia Real de su Majestad use, ejerza su justicia que hiciere y mandare hacer... Todos juntos fueron a la plaza y allí pusieron y alzaron dicho rollo y árbol de justicia y mandó dicho Señor General que ninguna persona sea osado quitarlo batir ni mudar so pena de muerte natural...”⁴⁸.

Asimismo, la administración de justicia en nombre del rey se aprecia claramente en los bandos de buen gobierno, donde también estará presente la pena: “Mando que so las penas impuestas en los dichos mis bandos y autos, cumplan lo que por ellos tengo

⁴⁸ Acuerdos del extinguido cabildo de Buenos Aires, Archivo General de la Nación, Buenos Aires, 1907, pp. XXXVIII-XLII.

mandado... por convenir así al servicio de Su Majestad y buena administración de la real justicia”⁴⁹.

Además, sin perjuicio lo expuesto, la justicia se solía administrar no sólo en nombre del rey sino también en nombre de Dios, fuente última de toda autoridad⁵⁰. En definitiva, según expresión de la época, la alta función de la justicia se ejerció también en nombre de “ambas majestades”. Esta invocación era frecuente en los bandos. Así, en el bando del teniente de gobernador de la ciudad de Corrientes, Gregorio de Casajús, se establecía lo siguiente: “Por cuanto conviene poner remedio a muchos perjuicios, escándalos y deservicios de ambas Majestades que se ejecutan en esta república, así en lo político como en lo militar, por varias personas, sin embargo de varias prohibiciones de mis antecesores, y siendo de su primera obligación el atajarlos y extinguirlos y que sus Majestades sean servidos en todo mediante lo cual esta ciudad y su jurisdicción gozará de toda paz y quietud”⁵¹.

El afán justiciero del *ius puniendi* real se advierte también en el dictamen del fiscal porteño Francisco Bruno de Rivarola de 1783, donde “en virtud de su ministerio debe acusar, y perseguir los delitos que se oponen al bien del Estado, y la República... es un ejercicio público dirigido únicamente por las máximas de la verdadera Justicia”. Así como en el fallo del gobernador interino de Buenos Aires Vicente García Grande, de 1785 que, refiriéndose a los vicios de un individuo alborotador, dice que son “muy perjudiciales a la sociedad, y que por lo mismo deben ser corregidos por la autoridad pública, sin embargo de que la parte ofendida haya perdonado al reo sus injurias particulares”⁵².

Sin duda, el arbitrio judicial, ya previsto en la legislación castellana, constituía una fuente relevante del derecho penal pues, otorgaba a los jueces amplias facultades para la adecuación de las penas a las situaciones concretas que debían juzgar por medio de sus respectivas sentencias⁵³.

IX. Conclusión

⁴⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, p. 155.

⁵⁰ El preámbulo de la Constitución Nacional expresa una idea semejante cuando invoca la protección de Dios, “fuente de toda razón y justicia”.

⁵¹ Auto de buen gobierno del teniente de gobernador de la ciudad de San Juan de Vera de las Corrientes, don Gregorio de Casajús, 30 de septiembre de 1742 en TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *ibíd.*, (nro. 19), p. 225.

⁵² *Ibíd.*, p. 28.

⁵³ *Ibíd.*, p. 31.

El derecho penal de la Monarquía hispano-indiana comparte las líneas generales de la cultura punitiva de la Cristiandad. Existía en el imperio hispánico una “reconciliación de la sociedad con los *poderes divinos* del cielo, considerados como quebrados por la actuación del malhechor, lo que contuvo una fuerte connotación de la seguridad espiritual, teniendo en cuenta el patrón de entonces, que interpretó las epidemias, terremotos y otros desastres naturales como castigos colectivos de la ira divina contra un pueblo tolerante con los pecadores”⁵⁴.

El derecho penal castellano-indiano, pues, se vio atravesado por la religión y la moral católicas, donde la culpa del delito (pero también del pecado) se expiaba por la pena.

Pero también la filosofía clásica influyó en aquél Derecho a partir de la noción del mal, que se encuentra en la raíz del delito y de la pena. El mal, que es privación de bien, puede distinguirse en cuanto es causa del delito, lo que es algo malo, y en cuanto es causado por la pena, lo que es algo bueno porque restablece el equilibrio de la justicia⁵⁵.

Sabemos que el fin primordial del régimen político del Antiguo Régimen castellano-indiano es la realización de la justicia. En primer lugar, por el respeto que le debe guardar la autoridad y porque ella justicieramente debe hacerla respetar. En segundo lugar, porque la justicia debe ser practicada por los miembros de la comunidad ya que es la virtud política por antonomasia. De ahí que aquél régimen castellano-indiano fuera más un régimen basado en los deberes del hombre -en lo debido o justo objetivo- que en los derechos del hombre -en tanto facultad o derecho subjetivo-.

Con todo, no puede afirmarse que no se reconocieran ciertos derechos, aunque no tuvieran una formulación abstracta y universal, como ocurrió posteriormente con el constitucionalismo y la codificación. De ahí que en nuestro antiguo derecho se advierten ciertos principios jurídicos y cláusulas dispersas que son un anticipo del moderno derecho penal. Tales como no recibir dos penas por el mismo delito, el buen trato del preso, la

⁵⁴ MARQUARDT, Bernd, *ibíd.*, p. 21. San Pablo hace alusión a la ira divina: “... cómo os volvisteis de los ídolos a Dios para servir al Dios vivo y verdadero y esperar de los cielos a su Hijo, a quien Él resucitó de entre los muertos: Jesús, el que nos libra de la ira venidera” (Primera carta a los Tesalonicenses I, 9-10).

⁵⁵ Santo Tomás de Aquino distingue entre mal de culpa y mal de pena; antes lo hizo San Agustín en *De libero arbitrio*, al referirse a que la culpa es en el actuar pero la pena en el padecer. En este sentido el Aquinate ha escrito: “El castigo, en cuanto castigo, es malo respecto de algo (o de alguien); en cuanto es justo, es bueno absolutamente” (*De Malo*, q. 1, a. 1, dif. 18). De ahí que la pena es un mal relativo: “Aquello a lo que tiende la pena, según su mismo ser, es absolutamente bueno, porque se trata de su forma, de su perfección, que es la justicia. Secundaria, aunque necesariamente, la efectivización de la pena implica algo contrario a la voluntad de quien la sufre y, por tanto, algo malo para éste”. CODESIDO, Eduardo A.-DE MARTINI, Siro M. A. *El concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*, 1ª edición, El Derecho, Buenos Aires, 2005, pp. 17-20.

vetero-garantía de que el pleito criminal no debe durar más de dos años que, por lo demás, se insertan en un sistema jurídico casuista y localista⁵⁶.

Sin embargo, es desconcertante contemplar en el sistema punitivo castellano-indiano, por un lado la humanidad entrañable en múltiples aspectos del derecho privado y, particularmente en su régimen de indios (que según Cayetano Bruno rayó la perfección debido a la influencia cristiana) y, por otro, la severidad que rayaba en la crueldad inhumana en la aplicación del rigor de las penas, como lo eran -en general- todos los regímenes punitivos de la época.

A modo de balance de lo hasta aquí expuesto se puede traer la opinión de uno de los grandes historiadores del derecho argentino, Ricardo Zorraquín Becú quien, en relación al régimen de justicia indiano, no ha sido mezquino en destacar sus bondades ya que si bien “en la práctica se notaron abusos y se cometieron arbitrariedades, ello no fue un resultado del régimen establecido sino de los hombres encargados de aplicarlo. Aquél procuró en lo posible realizar el ideal de justicia que se había propuesto la monarquía, y no es posible dejar de reconocer que casi siempre lo consiguió”⁵⁷.

Por su parte, Ramón Menéndez Pidal sostuvo que las leyes de la monarquía hispánica en América fueron leyes incumplidas “según el avaro de elogios”. Sí, incumplidas, prosigue el destacado historiador español, algunas que hubieron de ser revocadas por su abstracta irrealidad; incumplidas otras por ministros claudicantes, no más numerosos que en cualquier otra administración. En cambio, seguramente abundarán más que en ninguno de los nobles imperios del mundo aquellos magistrados sobre quienes pesaba, como suprema norma del poder, la sentencia evangélica: ¿Qué aprovecha al hombre conquistar todo el mundo si se pierde a sí mismo y padece detrimento en su alma?

⁵⁶ Las Partidas prevén “qué enmienda debe recibir aquel á quien es fecha la deshonna, et cómo debe seer juzgada” (Part. 7, tít. 9, ley 21). En la parte pertinente dice: “... tenemos por iben et mandamos que qualquier home que reciba tuerto ó deshonna, que pueda demandar enmienda della en una destas dos manera qual mas quisiere. La primera es quel faga el quel deshonnó emienda de pecho de dineros: la otra es en manera de acusación, pidiendo quel que fizo el tuerto, sea escarmentado por ello segunt alvedrio del juzgador. Et la una destas dos maneras se tuelle por la otra, porque de un yerro non debe home recibir dos penas; et por ende desque hobiese escogido la una, non la puede dexar et pedir la otra”. En relación a la pena que merecen los guardadores de los presos si les hicieren mal o deshonna, las Partidas establecen que la cárcel debe ser para guardar a los presos y no para hacerles otro mal ni para darles pena en ella (Part. 7, tít. 29, ley 11). El Código Alfonsino manda también que “ningunt pleyto criminal non pueda durar mas de dos años: et si en este comedio non podiere seer sabida la verdad del acusado, tenemos por bien que sea sacado de la cárcel en que estaba preso et dado por quito, et den pena al acusador...” (Part. 7, libro 29, ley 7). El mismo cuerpo de leyes fija otro criterio para los jueces: “Et aun decimos que los juzgadores todavía deben estar mas aparejados á quitar los homes de pena que a condepnarlos, en los pleitos que claramente non pudieren seer probados ó que fueren dubdosos; ca mas santa coas es et mas derecha quitar al home de la pena que mereciere por el yerro que hobiere hecho, que darla al que la non meresce nin fizo por qué” (Part. 7, tít. 31, ley 9).

⁵⁷ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, La organización judicial argentina en el período hispánico, *ibid.*, p. 17.

“El espíritu que informa tales leyes surge en el momento mismo del descubrimiento, cuando la Reina Católica tiende su manto sobre el indio, declarándole vasallo igual al castellano. Luego, los principios jurídicos se plantean en la contienda entre el humanismo de Sepúlveda y el humanitarismo de Las Casas, se aclaran filosóficamente en el pensamiento de Vitoria y un Soto y se formulan en los admirables acuerdos del Consejo de Indias, siempre atentos, más que a los derechos a los deberes, del gobernante para con el pueblo gobernado”⁵⁸.

⁵⁸ MENÉNDEZ Y PIDAL, Ramón en prólogo de la *RECOPILACIÓN DE LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS*, tomo I, ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973. Reproducción en facsímil de la edición de Julián de Paredes de 1681, pp. 7-8.