

Criterio de aplicación de normas penales en el Derecho Indiano (Siglos XVI y XVII)

por

Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz Díaz*

Introducción. Fundamento de la soberanía castellana. Sistema de prelación de Leyes.

Los Reinos de las Indias, compartieron desde su descubrimiento por la Corona de Castilla, múltiples instituciones peninsulares con la misma, por pertenecer a dicha monarquía con carácter de “señorío”, según nos refiere Ricardo Zorraquín Becú en su obra “La condición política de las Indias”¹. Dicho régimen caracterizaba a “una organización económica, social y jurídica derivada de las relaciones de dependencia personal o territorial que vinculan a los habitantes de un gran dominio o señorío al “dominus” o “señor” de este. En el gran dominio o señorío territorial, el señor une al poder dominial sobre sus tierras, otras facultades y derechos respecto a los pobladores de las mismas”². La adquisición de señoríos, en la Edad Media, se podía hacer por la sumisión de su titular a otro reino (sistema típico del régimen feudal), o bien mediante la concesión hecha por una autoridad superior. Esta última circunstancia fue la que se suscitó en estas tierras, gracias a esos múltiples “actos de concesión” que fueron las Bulas otorgadas por el Papa Alejandro VI en el año 1493 a los Reyes Católicos. De antiguo, la investidura papal fue utilizada por otros pontífices para conceder privilegios a diversos monarcas, siendo ejemplo de ello el

* Abogado. Docente universitario de Historia del Derecho – UBA.

¹ Zorraquín Becú, Ricardo; “La Condición Política de las Indias”; en Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; N° 2; Buenos Aires, 1972.

² Luis García de Valdeavellano; “Curso de Historia de las Instituciones Españolas”; Madrid, 1973, p. 581.

caso de Carlos de Anjou en 1253 respecto a Sicilia y posteriormente a Federico de Aragón en 1374, o el de Bonifacio VIII en 1297 al conceder a Jaime II de Aragón “*in feudum perpetuum*”, las islas de Córcega y Cerdeña (concesiones todas confirmadas por sucesivos Papas).³ Las Bulas “*Inter Caetera*” I y II, y la “*Si dudum siquidem*”, dan a los citados monarcas el carácter de “señores” de las islas y tierras descubiertas por Colón, y de las que a futuro aparecieran.⁴

En la primera Bula *Inter Caetera*, Alejandro VI va a conceder a Fernando e Isabel y sus herederos en el trono de Castilla el señorío sobre las islas y tierras descubiertas por Colón y las que en adelante aparecieran “a vosotros y a vuestros dichos herederos y sucesores investimos de ellas y os hacemos, constituimos y deputamos señores (*dominos*) con plena y libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción” agregando que “esa donación, concesión, asignación e investidura nuestra” no debía entenderse en perjuicio de ningún otro príncipe cristiano que tuviera derechos a adquirirlos. La investidura se suprimió en la segunda *Inter caetera*, que fue la Bula de demarcación territorial con el Rey de Portugal, volviendo a aparecer en la citada Bula *Si dudum siquidem* de septiembre del mismo año (1493), recordando que “*dimos la investidura de ellos a vosotros y a vuestros herederos y sucesores mencionados, constituyéndolos y declarándolos señores de aquella con plena, libre y omnímoda potestad, autoridad y jurisdicción*”⁵.

La investidura medieval entrañaba no solamente el juramento de fidelidad por parte del beneficiado, sino ciertos compromisos remuneratorios con el otorgante. En el caso peculiar de las concesiones pontificias, se observa que la contraprestación por parte de los Reyes Católicos es de carácter religioso, difundir la fe católica en las tierras descubiertas, hecho que se confirma en las últimas dos bulas pontificias, por tal motivo expresa Zorraquín Becú que es “anacrónico el empleo de aquella palabra – investidura

³ García Gallo, Alfonso, “Manual de Historia del Derecho Español; Tomo II, Fuentes Documentales; Madrid 1971, pág. 612.-

⁴ *Ibidem* cita N° 3, pág. 638 y s.s.-

⁵ *Ibidem* cita N° 4. Pág. 639

- no tenía el significado tradicional que le correspondía. De allí que fue muy pronto olvidada”.⁶

Al aceptar las donaciones pontificias, los Reyes Católicos adquirieron la potestad implícita que tenían los llamados “señoríos plenos”, definidos por las Leyes de Partidas como “la primera e la mayor –de las maneras de señorío- es aquella que a el rey sobre todos los de su señorío; a que llaman en latín *Merum imperium*: que quiere tanto dezir como puro e esmerado mandamiento de juzgar, e de mandar los de su tierra” siendo exclusivo de los Emperadores, e los Reyes, e los otros grandes Príncipes, que han a juzgar las tierras e las gentes dellas”⁷. Los territorios de las Indias fueron otorgados, por lo tanto, como señoríos, con todas las implicaciones que hacían a esta figura político-jurídica.

Al mismo tiempo, al ser territorios nuevos, “ganados” al patrimonio real, participaban de distinto régimen de disposición en caso de fallecimiento, a saber, los bienes hereditarios eran transferibles de manera indivisible, es decir sin tener la libre disposición de los mismos su poseedor. Los bienes o territorios adquiridos durante la vida del titular eran dominio personal del adquirente, el cual tenía plena libertad sobre los mismos. Por ello, sin ser tierras heredadas, en su codicilo de 1504 Isabel de Castilla dispone que “*el dicho reino de Granada e las Islas de Canaria e Islas e Tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, ganadas e por ganar, han de quedar incorporadas a estos mis reinos de Castilla y León, según que en Bula Apostólica a Nos sobre ello concedida se contiene*”.⁸

Dicha circunstancia se consolidaría posteriormente por la Pragmática Sanción de Julio de 1520 de su nieto Carlos V, que dispondrá que “*las dichas Islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir, ni parte alguna ni pueblos dellas, no será en agenario ni apartaremos de Nuestra Corona Real, Nos ni*

⁶ Ibidem cita Nº 1, pág. 296

⁷ Los Códigos Españoles concordados y anotados, Madrid, 1848, Ley 18, Tít. iv, Part. III

⁸ Ibidem cita Nº 3, pág. 653.

nuestros herederos ni subseores en la dicha Corona de Castilla, sino que estarán e la tenemos como cosa incorporada a ella".⁹

En este mismo contexto, y ya de lleno en el sistema de aplicación de normas, las posteriores Ordenanzas de Audiencias de 1530 del mismo monarca establecerán "*que en todos los casos, negocios y pleytos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se de proveer ... por las Cédulas, proviciones, o Ordenanzas dadas, y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro reyno de Castilla, conforme a la de Toro, así en quanto a la subsistencia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleytos, como en la forma y orden de la substancia*"¹⁰. De esta forma quedo instituido un nuevo orden de prelación en la aplicación de leyes para las Indias, si bien siguiendo subsistente el anterior previsto por las Leyes de Toro – 1505 – que remitían al primigenio Ordenamiento de las Cortes de Alcalá del año 1348. El nuevo sistema de aplicación de leyes para las Indias pone en primer lugar, como se observa anteriormente, a las Cédulas, Provisiones y Ordenanzas específicas para los nuevos territorios, era la primera norma que habría de observarse. Dicho orden de prelación de normas será consolidado en la Ley 2ª, del título I del Libro II de la Recopilación de leyes de Indias de 1680.¹¹

En segundo término, serán de aplicación, en lo público, la normativa emanada del Ordenamiento de Alcalá, y en lo privado las citadas las Leyes de las Cortes de Toro de 1505. La vigencia de dichos ordenamientos será variable según se vayan suscitando novedades en el tiempo.

La tercera fuente normativa de leyes castellanas serán los fueros, que se aplicarán en función de las actividades o "calidades" de cada individuo, es decir estarán subordinados a la persona; siendo esta característica particular a todo el derecho imperante en Europa para la misma época. La pervivencia de las normas forales serán la

⁹ García Gallo, op. cit. Tomo II, pág. 670.

¹⁰ Recopilación de Leyes de Castilla, ordenadas por Don Felipe II en 14-III-1567; Madrid, 1772.

¹¹ Recopilación de Leyes de Indias, ordenadas por Don Carlos II, Madrid, 1772, Ley 2ª, Título 1º, Libro II.

continuación en tierras indianas de la sociedad estamental europea, casi hasta el final de la dominación hispana. En efecto, la aplicación de distintos tipos de fueros se observará a lo largo de todo el período hispánico, en casos en que los imputados sean clérigos, militares, comerciantes o nobles. Cada uno de ellos será juzgado según las normas de su “estamento” y según cada circunstancia específica, teniendo primacía sobre ellas las propias que se hayan establecido para las Indias, conforme lo expuesto anteriormente.

Como cuarta fuente jurídica serán aplicadas las Leyes de Partidas, atento lo referido en relación al orden de prelación del Ordenamiento de Alcalá, que regirán en combinación y en cierta forma subordinadas a las que específicamente se hallen establecidas para el Nuevo Mundo.

Como novedad, se observará un nuevo elemento jurídico – subordinado al orden anteriormente expuesto - que será la llamada “costumbre“ o leyes de los indígenas, que sean “de su gobierno” mientras no vayan en contra de la Ley natural ni las de Castilla” (conf. Ley 4º, Tit. I, Libro III R.L.I.), conforme el texto de distintas cédulas y pragmáticas, siendo esta, la costumbre indígena, un peculiar elemento de nuestro derecho Penal Indiano, que perdurará en la normativa posterior al período en estudio y hasta el fin de la dominación hispana en el siglo XIX.

Principios Doctrinarios. Fin de la norma penal.

En materia penal, el sistema jurídico se encontraba imbuído de las doctrinas de los llamados por Francisco Tomás y Valiente “teólogos neoescolásticos” castellanos.¹² Se los denominó neoescolásticos por pertenecer a esa nueva corriente de pensamiento que fue el humanismo del siglo XVI – llamada Segunda Escolástica - el que reformuló los principios filosóficos y teológicos de los escolásticos de los siglos XIII y XIV, fundamento de toda la doctrina y obra jurídica de sus antecesores medievales. Sus raíces las encontramos en los filósofos de la antigüedad clásica,

¹² Tomás y Valiente, Francisco; “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta”, Madrid, 1969, pág. 352.

los cuales habían sido retomados por los Escolásticos - filósofos y teólogos de la Baja Edad Media - para servir de base doctrinaria de un mundo unificado por una misma creencia religiosa, y consecuentemente después de la aparición de los textos legales romanos, por un mismo Derecho. Esta teoría jurídica creada por diversos pensadores, se integraba en una jerarquía de valores o bienes, dentro de un “*ordo juridicus*”, a decir en palabras de Dn. Roberto Peña Peñaloza ¹³, cuyo coronamiento era la ciencia teológica, valores o bienes que eran el fundamento del derecho legislado. El sistema jurídico de los escolásticos, se basaba en el estudio del hombre y descansaba en una “concepción antropológica racional sobre los actos humanos propios de la naturaleza humana. El hombre aparece como un ser compuesto de espíritu y materia, con un destino temporal que cumplir pero con una finalidad intrínseca en su vida que es el llegar a Dios. Al desarrollar la doctrina sobre la esencia y la naturaleza del hombre, lo hacen inserto en un orden ontológico, que se ve proyectado sobre el derecho o ius. La ciencia jurídica se basa en el estudio de los actos humanos, relacionados con el concepto de libertad y el libre albedrío, base de la responsabilidad del hombre y su imputabilidad. La teoría de los actos humanos era de primera importancia para la apreciación del hecho delictivo; teoría que tiene una inmediata relación con los hábitos y las pasiones del hombre.”¹⁴

En este contexto, la obligatoriedad de la ley se insertará en el plano de la conciencia del individuo, es decir que es una obligación moral de éste el cumplir la norma, ya sea divina, natural, civil o penal. Según Fray Domingo de Soto “*se ha demostrado anteriormente que la ley es regla directriz de las acciones, y que también posee fuerza coercitiva. Y de ambas maneras están todos sujetos a la Ley*”¹⁵. Si bien pareciera que el texto alude a la ley divina, en realidad está hablando el filósofo de la obligatoriedad

¹³ Roberto Peña Peñaloza, “Principios Doctrinarios de Derecho penal Castellano Indiano”; Valparaíso, 1994.

¹⁴ Peña Peñaloza, op. cit.

¹⁵ Fray Francisco de Soto; “Tratado de la Justicia y del Derecho; Madrid 1922; pág. 207.

que lleva intrínseco el concepto de norma, sin hacer distinciones entre los diferentes tipos de normas. La falta de cumplimiento de la ley, ya sea divina o humana, importa la idea de pecado, entendida como el quebrantamiento del orden natural existente entre los hombres en unión con el creador, ya que el fin de la norma “es el bien común, en que consiste nuestra bienaventuranza... que nadie lo consigue sino por el ejercicio de las virtudes.”¹⁶

En el mismo orden de ideas, Francisco Suárez dirá que “*el fin de la ley no es la pena, sino que esta – la pena – se añade para evitarla y para que al menos por su temor se observe el prescripto; luego la añadidura de la pena no hace odiosa a la ley, porque la calidad de la pena depende del fin y del bien que de suyo pretende la ley*”¹⁷. El concepto general, predominante en los filósofos, teólogos y consecuentemente en los juristas de la época es el de la obligatoriedad de la ley en función del bien común, como se observa en los extractos citados.

El mismo autor dirá, acerca de la ley penal, que la misma se caracterizará por dos elementos, a saber “*el uno se refiere al acto que pretende que se realice u omita; el otro a la pena que se pone en contra de los transgresores de tal ley*”.¹⁸ Según este autor, hay dos fines perseguidos por la pena, uno punitivo en función del castigo impuesto por el delito cometido y otro preventivo o intimidatorio en función del acto que se pretende no se repita en el seno de la comunidad.

En concordancia con lo manifestado por el Padre Suárez, la 1ª Ley del Título I de la Séptima Partida al establecer que “*Pena es enmienda de pecho – en dinero – o escarmiento – castigo – que es dado según la Ley a algunos por los yerros – delitos – que fizieron. E dan esta pena los Judgadores a los omes por dos razones. La una es porque resciban escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es por que todos los que lo oyeren e vieren tomen exemplo e*

¹⁶ Ibidem cita N° 15, pág. 22

¹⁷ Francisco Suárez, “Tratado de las leyes y de Dios Legislador”, Madrid, 1968, pág. N° 459

¹⁸ Ibidem cita N° 17; Pág 467.

apercibimiento, para guardarse que non yerren por miedo de las penas".¹⁹

De la norma y doctrina expuestas surgirán tres fines perseguidos por la ley penal en el contexto en estudio: dos de carácter intrínseco y referidos al sujeto delincuente, y un tercero de carácter extrínseco, en cuanto forman parte de dicho fin los otros miembros de la comunidad. El carácter intrínseco está dado por un primer carácter punitivo de la norma penal, en cuanto a castigo del sujeto por la falta cometida y un segundo de connotaciones expiatorias del mismo que trata de resarcir a través de la imposición de dicha pena el daño ocasionado a un semejante o a la comunidad, tal el sentido de la primera parte de la definición de pena contenido en la Ley de Partidas citada.

El carácter preventivo o intimidatorio, considero que es de carácter extrínseco en función del accionar de la comunidad, en cuanto se trata de evitar la comisión de nuevos delitos, como se expuso anteriormente, concepto que si bien es primeramente esbozado en la Ley de Partidas referida, es reforzado por la Ley 5ª del Título XXVIII de la Partida Tercera que establece que la Justicia "*no tan solamente debe ser cumplida en los omes por los yerros que cometen, mas aun para los que lo vieran, tomen por ende miedo y escarmiento para guardarse de fazer cosa por la que merezcan recibir otro tal*"²⁰. Según Abelardo Levaggi, "las sentencias recogieron a menudo, el mismo concepto, traduciéndolo en frases como "para que sirva de ejemplo al público, para que causare la impresión debida", siendo la manera práctica de que el castigo cumpliera su ejemplaridad, la publicidad de su ejecución y el procedimiento solemne e impresionante que casi siempre rodeó a las penas físicas y de vergüenza, a saber el paseo del reo con cortejo, la ejecución en la plaza, a la vista de todos, y la exhibición posterior, aclarando que la intimidación se buscó más a través de la publicidad que a través de la crueldad del castigo".²¹

¹⁹ Ibidem cita N° 7, pág. 465.

²⁰ Ibidem cita N° 7, pág. 332

²¹ Abelardo Levaggi; "La Pena en el Derecho Hispano – Indiano", en Recueils de la Societé Jean Bodin; Bruxelles, 1991 pág 205

El mismo autor refiere que el carácter correccional estaba implícito en lo expiatorio de la pena, es decir lo resarcitorio a la parte lesionada u ofendida, siendo esta acción motivo de corrección o enmienda. Como ejemplo de esta preocupación correccional, cita los establecimientos para mujeres que se habilitaron en España en el siglo XVII y como excepción en las Indias desde del XVIII, para que realizaran tareas de su sexo.²²

Como característica propia de este sistema legal, se establece el de la responsabilidad personal de la pena, que es intransmisible, es decir que la misma sólo va a poder aplicarse al autor del delito, con la sola excepción del delito de traición – al monarca, a su señor o a persona de confianza - que le es extensible a los hijos, que serán desheredados y agraviados, es decir consideramos que se refiere la norma a la pérdida de la honra o del buen nombre esto según la Ley 7ª del Título I de la Partida VII.²³

Excepciones al principio de responsabilidad personal. El dolo, la culpa y el caso fortuito.

Excepciones a este principio de la responsabilidad personal son los denominados por Tomás y Valiente “de responsabilidad por el resultado” que ocurren cuando la ley, fijándose en actos externos, da por establecida la responsabilidad penal de quienes reúna tales características, de manera que se le impone la pena no porque haya cometido un delito, sino “como si” lo hubiera cometido. Refiere el caso de 1586 en que Felipe II, en una respuesta a una petición de las Cortes, quiso obligar a los gitanos a que se asienten y resistan estáticamente en un lugar determinado, y a que no puedan vender cosa alguna si no tienen tienda fija y pública, “*so pena de que lo que en otra forma vendieren, sea avido por de hurto, y ellos castigados como si real y verdaderamente constasse averlo hurtado*”²⁴ ni siquiera se les permite la prueba defensiva en contra

²² Ibidem cita N° 20, pág. 204

²³ Alamiro de Avila Martel; “Aspectos del Derecho Penal Indiano”, separata del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Argentino; Buenos Aires, 1946, pág. 26.

²⁴ Nueva Recopilación, Ley 14ª, Tít. xi, Part. VII; y Tomás y Valiente, op. Cit, pag. 296.

de la presunción legalmente establecida. El único caso en que dicha prueba es admitida es la que corresponde a una ley del Fuero Real, como único descargo posible del dueño de una casa en la que apareciere hombre muerto; si el “morador” de tal casa no supiera ni pudiera demostrar quién era el autor del homicidio, “sea tenido de responder de la muerte”²⁵. No consta ni en un supuesto ni en otro, la relación de autoría entre el delito y las personas penadas, pero medidas preventivas o de policía llevan a la autoridad a abandonar el principio general y sustituirlo por esa presunción de culpabilidad basada en hechos objetivos, de valor insuficiente.²⁶

La responsabilidad penal por los daños ocasionados por un animal, deriva de la concepción que se tenía en la Alta Edad Media de que tales hechos eran considerados como delitos, y de ellas, como producían un resultado dañoso, se seguía una responsabilidad que afectaba directamente al animal o cosa “autores” de perjuicio material, e indirectamente al propietario de ellos. Alfonso XI en 1348 y Don Fernando y Doña Isabel establecerán que *“quando alguna bestia cayere de puente o hiriese a otra bestia o persona, o se despeñara carreta o se cayere casa, que no tomen por esso las justicias ni los señores de los lugares, ni las bestias, ni las carretas, ni las cassas, como dizen que se acostumbraba en algunos de los lugares, pues es injusta esta extorsión y corruptela; ni de las cosas susodichas ni de otras semejantes se lleven derechos y omezillo; y que esto se guarde y se cumpla, no embargante qualquier uso y costumbre por donde lo tal se diga ser introduzido, el qual uso y costumbre, Nos por la presente revocamos”*.²⁷

Una variante de dicha responsabilidad se da en el caso de delito de bestialidad, es decir trato carnal con un animal o bestia. El que lo cometía sufría la misma pena que el sodomita, es decir la muerte en la hoguera, añadiendo la Ley 2^a, Título XXI de la Partida VII,

²⁵ Nueva Recopilación, Ley 11^a, Tít. xxiii, Libro VIII, pág. 433

²⁶ Tomás y Valiente, op. Cit, pág. 296

²⁷ Nueva Recopilación, Ley 11^o, Tít. x, Libro VII, pág. 424

que “*demás deven matar la bestia para amortiguar la remembranza del fecho*”.²⁸

Otra excepción del principio de responsabilidad por actos propios era el de los casos de responsabilidad colectiva, o delitos cometidos por un conjunto de personas, de las cuales era difícil determinar el grado de responsabilidad en la autoría del hecho. A tal efecto nos refiere Abelardo Levaggi que los jueces debían juzgar a cada uno de los participantes en forma individual y castigarlo conforme a su actuación. Un ejemplo de este tipo de delitos fue el de los llamados “delitos de multitud”, en los cuales en la imposibilidad de identificar a sus autores, se aplicó el procedimiento del “quintado”, o sea el castigo al azar de uno por cada cinco.²⁹ Según los ejemplos que en su obra señala Tomás y Valiente, respecto de estos tipos de delitos, se infiere que en España se usó esta figura jurídica con el objeto de justificar medidas políticas, tales como la expulsión de los judíos por parte de los Reyes Católicos por Pragmática del 30 de Marzo de 1492; y la Cédula por la cual en 1520 Carlos I quitó diversos derechos, así como voz y voto en Cortes a las ciudades o Villas que habían ayudado a los Comuneros.³⁰

Según Tomás y Valiente, una formulación general del principio del dolo y de la culpa se establece en la Ley N° 63 de las de Estilo, que establece “*otrosí generalmente es regla que non debe ser penado ome, si culpa non ovo en el yerro que fizo. Et esto es verdad de la pena ordinaria: mas por la negligencia, penarlo han de pena extraordinaria, que es alvedrío de juez. Como por la negligencia no debe ser punido ninguno a pena ordinaria*”. Así pues nadie puede ser penado sino por cometer un delito con dolo (“culpa” según esta ley) o culpa (“negligencia” la llama la Ley de Estilo). Esta norma se complementa con la establecida por las Leyes 7ª del Título XXXI y 5ª del Título VIII, ambas de la VII

²⁸ Ibidem cita N° 7, pág. 424.

²⁹ Levaggi, op. Cit. Pág. 206

³⁰ Tomás y Valiente, op. Cit, pag. 304

Partida.³¹ En este cuerpo, se distingue entre el delito cometido “a sabiendas” (de grado, o maliciosamente), delito en el que interviene la culpa, y el llamado delito de ocasión. De estas tres formas se habla en materia de homicidio, del cual se enumeran como “maneras” en que puede darse. Siendo la distinción más clara la que se señala entre el delito doloso (que las Leyes del Título VIII de la Partida VII llaman siempre homicidio “a tuerto” o “tortícero”³²) y el fortuito o sin voluntariedad “*Desventura muy grande acaece a las vegadas a omes y sucede que matan a otros por ocasión, no queriéndolo hacer*”³³. El tercer caso, el del homicidio culposo, es el establecido en la Ley 5ª, Título VIII de la citada Partida VII “*Ocasiones acaescen a las vegadas de que nascen muertes de omes de que son culpa, e merescen pena por ende aquellos por que vienen, porque non pusieron y tan gran guarda como devieran, o fizieron cosas en ante por quien viniera la ocasión*”.³⁴

Las responsabilidades son diferentes en los tres casos: en el primero se impone la pena ordinaria, la pena de muerte propia del homicida; en el homicidio por caso fortuito se exime completamente de pena al autor del delito “*non cae en pena ninguna*”; en el culposo se indica como pena la de destierro, especificada en una “*ysla por cinco años*”.

El dolo se caracteriza por la voluntad, por la malicia, por lo tanto sólo a quien obró dolosamente puede imponérsele la pena ordinaria.

La culpa queda perfilada como omisión de las precauciones debidas (culpa por negligencia) o como imprudencia (culpa profesional de médicos o cirujanos) o como producción involuntaria de un hecho del que no se tiene control, y se derive la muerte o lesión de la víctima, tal el caso del que se embriague y llegase a matar a otro por dicha circunstancia.³⁵

³¹ Tomás y Valiente, op. Cit, pág. 295; y Los Códigos Españoles, págs. N° 323 y 470.

³² Los Códigos Españoles, Ley 14º, Tít. ix, Part. Vii, pág. 358.

³³ Ley 4ª, Tít. viii, Part. VII, pág. 323

³⁴ Ibidem cita N° 33, pág. N° 323.

³⁵ Ley 5ª, Tít. viii, Partida VII, pág. Nª 323

La teoría de la culpa fue elaborada, dice Tomás y Valiente, por los juristas italianos del siglo XV, siendo calificada la misma de “lata, leve y levísima”. La culpa lata será asimilable a la negligencia, y la leve o levísima, pudiendo hablar de grados de culpa, pero no de clases o especies de culpa, es decir es un mismo concepto en función de una sola acción que se manifiesta de distintas maneras.³⁶ La existencia de culpa, era suficiente para la aplicación de una pena arbitraria, es decir según el criterio del juez y no la ordinaria que era aplicable a los delitos dolosos, como se refirió ut supra.³⁷

Causales de eximición y modificación de responsabilidad.

Alamiro de Avila Martel nos refiere que en el Derecho Español del siglo XVI e Indiano se observan causales tanto de eximición de responsabilidad como de modificación de la aplicación de penas, siendo tales en función de la persona del delincuente – condiciones físicas, de edad, o condición social -, circunstancias de tiempo, modo y forma.³⁸

En las circunstancias personales, se destacan la falta de discernimiento, distinguiéndose en ella, según las Leyes de Partidas “el loco, furioso o desmemoriado” y el menor de diez años ya que “*non debe el home considerar que lo podría cumplir – al delito – Y si por ventura acaesciese que los cumpliere, no tendrá entendimiento para entender, ni saber lo que hacía*”.

Este principio está establecido en la Ley 9ª del Título VIII de la VII Partida, en la cual establece un criterio especial para juzgar, tanto en el caso de los menores como en el de los dementes. En el primer caso, “*si acaesciese que otro delito hiciesse, así como si hiriere, o matase, o hurtase u otros hechos semejantes a estos, y fuere mayor de diez años y medio y menor de catorze años, dezimos que bien lo pueden acusar; y si aquél delito fuera probado no le deben dar tan gran pena en el cuerpo, ni en el haber como hacían a otro que fuere de mayor edad; antes se la deben dar de*

³⁶ Tomás y Valiente, op. Cit. Págs 307 y 308.

³⁷ Levaggi, op. Cit. Pág. 208

³⁸ Alamiro de Avila, op. cit. pág. N° 27

modo mas leve". En el caso del enajenado mental dispondrá que "no le pueden acusar de cosa que hiciere mientras le durare la locura. Pero no queden sin culpa los parientes de ellos, cuando no les hacen guardar, de manera que no puedan hacer mal a otro".³⁹

Otro caso eximente de responsabilidad es el de los que obran en legítima defensa "dezimos que si alguno se arma o se ayunta con sus omes armados... para ampararse del mal, o de la fuerça qual quieren fazer a el o en sus cosas, que non debe aver pena" establece la Ley 7^o, del título X de la VII Partida.⁴⁰ No necesita mayores comentarios la citada norma, tan solo en el caso en que el accionar del acusado se vea comprometido por una de las causales previstas en la Ley 5^a del Título VIII, Partida VII, es decir haber actuado maliciosamente para causar el daño.

Eximido de toda pena quedará quien actuare en circunstancias de "caso fortuito", o crimen "por ocasión" como se refirió anteriormente, según lo previsto por la Ley 4^a, viii, VII, "Vegadas muy grandes acaescen a veces a omes, y sucede, que matan a otros por ocasión, no ugeriëndolo hacer. Esto podría acaescer, si ome corriesse a caballo en lugar que fueçe acostumbrado para correllos, y atravesasse por aquella calle, o carrera, algún ome, y topase el caballo en él y lo matase; o si cortare algún ome árboles, o labrase alguna casa, y diciendo a los que pasassen por aquél lugar que se guardassen, de manera que lo pudiessen oír, cayese el arbol o alguna teja, o piedra, o madera, o cualesquier cosa, y por ocasión matase algún ome. Que en cualesquiera destas maneras sobredichas, o en otras semejantes destas, que matasse un ome a otro por ocasiónb, no queriendolo hacer, no cae por eso en pena alguna".⁴¹ Al detalle específico de cada una de los hechos que se pueden prever como caso fortuito, el jurista añade un amplio campo de discernimiento al juez para aplicar la pena o no, cuando se refiera a circunstancias "otras semejantes destas".

Circumscripita a la defensa del honor u "honra", a decir de los antiguos y tan importante para la sociedad estamental del medioevo

³⁹ Leyes 2^a y 9^a del Título VIII, Part. VII, págs. N^o 320 y 326.

⁴⁰ Ibidem cita N^o 39 Pág. 320.

⁴¹ Ibidem cita N^o 33

y la edad moderna, la Ley 2ª del tít. VIII de la Partidas VII prevé el caso de aquél que “*Fallando un ome que mata a otro que trata de su fija, o de su hermana, o de su muger con que estuviesse casado según el mandado de la Santa Egleſia, para yazer con alguna dellas por fuerça , si lo matasse entonces, quando le fallase que le fazia tal deshonna como esta, non cae en pena ninguna*”.⁴²

La misma Ley de Partidas – 2, viii,VII -, va a determinar los requisitos por los cuales el autor de un delito queda exento de ser castigado, en circunstancias específicas de tiempo, personas y lugares, a saber: quienes sorprendieren y matasen a un ladrón de noche, o que este fuera notoriamente conocido; en el caso del que alguien matare a quien quemó sus campos o destruyó su casa, tanto de día como de noche; y como último caso, quien matare a un caballero que se sepa es probadamente traidor al rey o a su señor, o haya cometido este delito en contra de sus amigos, o cualquier persona que haya confiado en él.

Quizás los casos especificados son viejos resabios del antiguo carácter privado de la ley penal, manifestado en vindicta pública, si no a manos de toda una comunidad, sí por parte de alguno de sus miembros. Como nos refiere Bernaldo de Quirós en “La Picota” que en los tiempos primeros de la Edad Media, “la pena sí existía, esto es la reacción social, cierta, contra las ofensas a los sentimientos colectivos o representativos, ciega, vehementemente, muy parecida al delito y tendiendo a excederle” y que “las unidades sociales enteras respondían criminalmente de los crímenes cometidos en su seno”⁴³.

Como circunstancias modificatorias de la responsabilidad, no eximentes de esta, deben considerarse las referentes a la persona del delincuente, y al momento, forma y lugar donde fue cometido el acto delictivo⁴⁴. Los parámetros a tener en cuenta para la apreciación judicial y consecuente aplicación de las sanciones respectivas, se encuentran en la Ley 8ª, Título XXXI, de la VII Partida que se verá complementada en las Indias, referente a las

⁴² Ibidem cita Nº 39, págs 320 y 321.

⁴³ C. Bernaldo de Quirós, “La Picota”, Madrid, 1907, págs. 52 y 53

⁴⁴ Alamiro de Avila, op. Cit. Pág. 27

personas, por dos grupos humanos que van a ampliar su campo de apreciación: los pueblos originarios de estas tierras y el elemento africano, introducido al Nuevo Mundo bajo un régimen de esclavitud.

Con respecto a las personas y su “calidad”, en decir de los antiguos, la citada norma establece que *”Catar deben los judgadores, quando quieren dar sentencia de escarmiento contra alguno, qué persona es aquélla contra quien lo dan; si es siervo o libre, o fidalgo, o ome de villa o de aldea; o si es moço o mancebo, o viejo; porque mas crudamente deben escarmentar al siervo que al libre; y al ome vil que al fidalgo; y al mancebo, que al viejo, ni al mozo”*.⁴⁵

Siguiendo con el orden de supuestos que parten de la norma citada, definiremos a las distintas personas a las que alude, en el sentido utilizado en la edad media; comenzando por los hombres libres o “francos” son aquéllas personas que gozan de “franquezas” o exenciones personales frente al Estado, no sujetos a ninguna jurisdicción, salvo a la del Rey. La definición de “franqueza” es sinónimo de libertad, siendo este grupo humano con el tiempo, la base de la burguesía.⁴⁶

Los hombres de villa o “villanos”, eran quienes habitaban en aldeas o villas rurales, y estar sujetos a tributación. Podían ser vasallos tanto de “señorío” – el titular de la tierra es un señor, eclesiástico o secular – como de “realengo” – bajo jurisdicción de la Corona. Según las épocas, también se los llamó “iuniores”, “tributarii”, “villanos” y finalmente “pecheros”, por los tributos o “pechos” que debían satisfacer.⁴⁷

Los “habitantes de aldea”, se los denominó también “ruanos” llamados así por habitar a la orilla de los caminos o “rúas”, y dedicarse a actividades comerciales o de pequeña industria. Generalmente libres de contribuciones – salvo la de “pechar”

⁴⁵ Los Códigos, op. cit. págs. 470 y 471

⁴⁶ García de Valdeavellano, op. Cit, pág. N° 256

⁴⁷ Ibidem 46, pág. 332.-

aunque sea una sólo vez al rey por año – conformarían en el tiempo a la futura burguesía.⁴⁸

Independientemente de estas definiciones, nótese que la Ley 8^a, trata a los tres tipos de personas citadas como “personas libres”, frente a los “siervos”, que reciben un castigo mucho más severo, haciéndose evidente el carácter de sociedad estamental imperante en la Edad Media.

A estos “labriegos de Castilla” – es decir hombres libres, y capaces de tributar - serán equiparados los indígenas según el informe de la Junta de Burgos de 1512.⁴⁹

La servidumbre es calificada por la Ley 1^a de la IV Partida como *“postura e establecimiento que fizieron antiguamente las gentes, por la qual los omes que eran naturalmente libres se fazen siervos, e se meten en señorío de otro”*. La misma ley refería tres maneras de siervos: *“la primera es, de los que cautiuan en tiempo de guerra, seyendo enemigos de la fe. La segunda es de los que nascen de las sirvas. La tercera es quando alguno es libre, e se dexa vender”*.⁵⁰

Jurídicamente, los “siervos” son los antiguos esclavos del Derecho Romano; con una situación mejorada en el reino visigodo gracias a la poderosa influencia de la Iglesia.

Igualmente, es característica su falta de libertad, encontrándose adscriptos de por vida a un dominio que no podían abandonar sin ser perseguidos y castigados por ello. Aún cuando se les reconocía como personas, en la práctica eran tratados como un elemento más de la propiedad.⁵¹

La ley 6^a del mismo título y Partida establece absoluto dominio del señor sobre sus siervos o esclavos *“pleno poder ha el señor sobre su siervo, para fazer de lo que quisiere. Pero con todo esso, non lo deue matar, nin lastimar, maguer le fiziese”*.⁵²

⁴⁸ García de Valdeavellano, op.cit. pág. 337.-

⁴⁹ García Gallo, op.- cit. Tomo II, pág. 656.-

⁵⁰ Los Códigos Españoles, op. Cit, Tomo III, pág. 516.-

⁵¹ García de Valdeavellano, op. Cit., Pág 356.-

⁵² Los Códigos Españoles, op. Cit, pág. 519.-

Se advierte en la última parte de la norma el concepto de “misericordia” para con los desvalidos, propio del orden fuertemente religioso que caracteriza al mundo medieval.

Referente a las penas a sufrir por el siervo o esclavo, este sólo podía sufrir penas corporales, como lo refiere la Ley 10ª del Título I de la VII Partida: “*Haziendo el siervo tal yerro, por que si otro omoe libre lo oviese fecho, que le darían pena porende en el cuerpo, bien puede ser acusado e su señor lo puede pasar a derecho, o responder por el*” y en caso de penas pecuniarias “*si fiziere otro yerro en que cayere pena de pecho tan solamente, estonce non le podrán acusar, porque el siervo non ha ninguna cosa de que lo pudiera pechar, ca todo lo que ha es de su señor*”⁵³ Se observa por lo expuesto, una responsabilidad penal incompleta, consecuencia de los derechos restringidos que tenía la personalidad jurídica del esclavo o siervo.

En las Indias, la esclavitud va a manifestarse desde el comienzo, al intentar Cristóbal Colón vender como tales a los primeros indígenas encontrados al volver al Viejo Continente. Conocido fue el resultado de dicho intento y los posteriores en que se trató de hacer esclavos a los aborígenes. La respuesta de la Corona, influida por la doctrina de teólogos y juristas, y teniendo en cuenta las ideas de “cristianización” que llevaban implícitas los instrumentos de donación a los que refirió primeramente, fue una abundante legislación que confirmó la libertad de los pueblos originarios. Ejemplo de ello fueron: la Real Orden de 1500 de Doña Isabel que declara su libertad, convalidada por el informe de la Junta de Burgos de 1512, y las sucesivas Reales Provisiones de Don Carlos V de 1526 a 1548 - transformadas en norma – bajo Ley 1ª del Título II del Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias, guardando que “*es nuestra Voluntad y mandamos, que ningún Adelantado o Gobernador, Capitán Alcalde ni otra persona, de cualquier estado, dignidad, oficio o calidad que sea ossado de cautivar Indios*”.⁵⁴

⁵³ Los Códigos, op. Cit. Pág. 265

⁵⁴ Recopilación de Leyes de Indias, Tomo III, pág. 191.-

La única excepción a este principio es el caso de los indios “caribes” o antropófagos, habitantes de las islas de las Antillas y adyacentes los cuales como una forma de reprimirlos, se acepta sean tomados como esclavos. Así consta de la ley 13^a del Libro VI de la citada Recopilación al establecer que “*tienen lizenca los vecinos de las Islas de Barlovento para hazer la guerra á los Indios Caribes, que las van a infestar con mano armada, y comen carne humana*”.⁵⁵ El mismo principio será aplicado a los indios araucanos, en el marco de las Guerras del Arauco, que asolaron el centro y sur de Chile desde mediados hasta fines del siglo XVI.⁵⁶

Se observa que en ambas normativas prima el espíritu de la Ley 1^a de la IV Partida, en cuanto considera a estos aborígenes capturados, esclavos de los habidos “en ocasión de guerra justa”.

Con respecto a los esclavos africanos, traídos al Nuevo Mundo desde mediados del siglo XVI, como una forma de paliar la falta de mano de obra que se hacía evidente en las islas caribeñas y tierras de Nueva España,⁵⁷ se les aplicó los mismos principios normativos de las Leyes de Partidas citadas; siendo característica de la legislación indiana, la rigurosidad con que se trataba a los mismos.

Un problema que surgió al poco tiempo de su establecimiento en Indias fue el de los llamados “negros cimarrones”, que según palabras de Solórzano “son los esclavos, o libres, que se retiran a los montes y desde allí salen a hacer insultos”... ”y porque estos cimarrones han hecho muchos daños, se mandó castigarlos con pena de muerte, y se dieron otras providencias para evitar las fugas de los esclavos.”⁵⁸ Los problemas con dichos grupos ya se observan hacia fines del siglo XVI, siendo la Pragmática de Don Felipe II fechada en 1571, la primera de las muchas instrucciones que se efectuarán a fin de extirpar los daños que ocasionaban. En lo penal, la Real Disposición de Don Felipe III de 14 de Septiembre de 1619 – Ley xxvi de la Recopilación de Leyes de Indias -

⁵⁵ Ibidem 53, pág. 196 vta.

⁵⁶ Alamiro de Ávila Martel; “Régimen de los Indios en las Guerras de Arauco”, en Actas del III Congreso de Derecho Indiano, Santiago de Chile, pág. 331.-

⁵⁷ Alfonso García Gallo, op. cit.

⁵⁸ Juan de Solórzano Pereyra, “Política Indiana, N° 51 y 52, Libro II, capítulo XXX, pág. 449.

establecerá la ausencia de juicio – ni siquiera sumario – para los indios que se encontrasen “*en casos de motines, sediciones y rebeldías, con actos de falteamiento, que suceden en Las Indias con negros Cimarrones*”. Dicha norma alude a la falta de proceso en cuanto deberá hacerse “*justicia en la causa, y escusando tiempo y proceso*”.⁵⁹ Huelgan comentarios acerca de la misma.

Continuando con la definición de la Ley 8ª del título xxxi de la VII Partida, y aludiendo al “fidalgo”, este es - según la ley 2ª, Título xxvii, Partida II – aquél cuyo padre, abuelo y bisabuelo fueron también nobles,⁶⁰ y añadiendo que “*el Rey puede dar honra de fidalgo al los que no lo son por linaje, pero no hacer fidalgos, pues a estos sólo los faze Dios.*”⁶¹

Numerosas son las disposiciones que detallan las prerrogativas de este estamento a lo largo de la legislación del período en estudio, destacándose entre ellos el derecho de “petitum” o acudir directamente al monarca, la exención de tributos o “pechos” en sus personas y en sus bienes (diversas circunstancias políticas y económicas revertirán dicha situación a lo largo de la edad moderna); no se les exigía acudir a la guerra sin recibir tierras en usufructo o sin ser recompensados con estipendios; la “caloña” – calumnia u ofensa– composición por muerte u ofensa a un noble era mas elevada que al hombre libre, no podían tomarse en prenda sus armas, caballo o moradas, etc., todas ellas evidenciando un notorio estado de desigualdad.⁶²

En materia penal, el principio es que en el caso del noble, va a ser más benévola que para las otras personas, en razón de la “calidad” del mismo. Si bien en tiempos bajomedievales se respetó la diferencia entre nobles de sangre –hidalgos- y caballeros –ennoblecidos por el monarca, generalmente por servicio militar–, hacia el siglo XVI y posteriores centurias, se observa una unificación del concepto de noble sin hacer ninguna distinción

⁵⁹ Recopilación de Leyes, op. cit. Tomo II, página 290.

⁶⁰ Los Códigos, op. cit. Pág.XXX

⁶¹ Ibidem 59, 6, xxi, II, pág. N° XXX

⁶² Porro, Nelly; “El Estatuto Jurídico de los Caballeros en la Castilla Bajomedieval, Revista del Instituto de Historia del Derecho, N° 2, Bs. As. 1975, págs 153/154.

entre ellos, por los que serán denominados ambos como hidalgos o “gentilshombres”, aplicándose las disposiciones del fuero militar. Se destaca el hecho de que puedan tener fuero especial, siendo el Alférez Mayor o el propio rey quienes puedan juzgarlos.⁶³ También serán exentos del tormento, salvo delitos graves como los de lesa majestad, asesinato y sodomía.⁶⁴

En las Indias, la institución nobiliaria no tuvo el mismo arraigo e importancia que tuvo en España. Si bien fueron numerosos los integrantes de este estado – predominantemente de la baja nobleza – que pasaron al Nuevo Mundo, según nos refiere Richard Konetzke, la misma Corona no permitió su desarrollo. Se observaron núcleos grandes de ellos en los Virreinos de Nueva España y del Perú – zonas de economías pujantes, no así en los territorios y gobernaciones de la periferia a ellos.

El citado autor hace constar que en las capitulaciones con los primeros conquistadores, no figuran ni títulos de nobleza ni concesión de hidalguías, esto último como verdadera excepción; no se sujetó al Nuevo Mundo al pago de cargas impositivas – salvo impuestos indirectos que serán aplicados progresivamente – que llevaran a la división entre nobles y pecheros existente en la Península, ni se practicó la costumbre de repartir los oficios municipales entre nobles y plebeyos, antes bien reinó una virtual igualdad entre los habitantes de Indias de los siglos XVI y XVII; viéndose alterada esta situación hacia las postrimerías de la segunda centuria apuntada.⁶⁵ Esta misma situación, nos refiere Zorraquín Becú, se vivió quizás más acentuada por su condición de periférica, en las Provincias del Río de la Plata. Dicho autor especifica que relativamente pocos vecinos de Buenos Aires del siglo XVI y XVII pertenecían al estamento nobiliario; destacándose solamente como figuras representativas de la sociedad los descendientes de los primeros pobladores –que gozaban de un trato “similar” a los hidalgos, no habiendo muchos de ellos gozado de

⁶³ 11º, xviii, IV y 3º, xxix, VII, Lós Códigos, pags. Xxx y 449, respectivamente

⁶⁴ 2ª, xxx, P. VII y Tomás y Valiente, op. cit. Pág. 318.

⁶⁵ Konetzke, Richard; “La formación de la Nobleza en Indias”, en *Lateinamerikanische Forschungne*, Band 10, München, 1980.

dicha calidad en España- los funcionarios militares y eclesiásticos, rigiéndose cada uno de ellos por los fueros relativos a cada uno de sus estados.⁶⁶

En lo referente a las penas, se van a aplicar los mismos principios observados en la Península según las disposiciones establecidas en el orden de prelación que se especificó anteriormente. Aunque en materia de hidalguías entenderían de ellas las Audiencias, referente a la consideración que se tenía de los hidalgos es elocuente la Ley xiiii, Libro VII de nuestra Recopilación de Leyes de 1680: *“Está ordenado, que en nuestras Galeras no se hagan condenaciones para servir de Gentilshombres, porque son de poco servicio, y mucho cuidado den guardarlos que se ausenten y mandamos á todos nuestros Alcaldes, Juezes, y Justicias, que así lo cumplan u no hagan estas condenaciones: e impongan penas correspondientes a los delitos.”*⁶⁷

Como peculiaridad de la ocupación española, se destaca el hecho de haber sido equiparados a la nobleza algunos de los caciques indígenas –generalmente de Nueva España y del Perú, gozando de las mismas libertades y privilegios que sus pares hispanos, según consta del Título VII del Libro VI de la Recopilación de Leyes y explícitamente confirmado por Real Cédula de Marzo de 1697.⁶⁸

Con respecto a los menores, se mantiene el principio de atenuación de penas, al establecer que *“si por ventura, el que hubiese errado fuesse de edad menor de diez años y medio, no le deben dar ninguna pena. Y si fuesse mayor desta edad, y menor de diecisiete años, débenle menguar la pena que darían a otros por tal yerro.”*⁶⁹ La norma es elocuente en sus términos, al establecer cuáles son las edades que se deben tener en cuenta para llegar a la

⁶⁶ Zorraquín Becú, Ricardo “la condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina (siglos XVI a XVIII), Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1962, 43 págs.

⁶⁷ Recop. Leyes de Indias, op. cit. Tomo II, Pág 297

⁶⁸ Ibidem 66, pág 219 y s.s y Vicenta Márquez de La Plata; “Nobiliaria Española”, Edics. Iberoamericanas, Madrid, 1991, pág. 170.

⁶⁹ Ibidem cita N° 45.

sanción. Como se especificó al principio del acápite, como circunstancia que va a modificar, no eximir a la responsabilidad.

Otro caso especial en Indias es el de los indígenas, equiparados jurídicamente, en cuanto a su capacidad, a los menores. La elaboración de la citada teoría, fue fruto de una amplia discusión entre los juristas y teólogos hispanos del quinientos. En palabras de Da. Martha N. Oliveros “con el objeto de solucionar ese innegable desnivel, y procediendo con las ideas imperantes en la época, la actitud mas simple a adoptarse hubiera sido la de reducir a la esclavitud a esos grupos –los indígenas- que si bien eran numéricamente mas importantes, eran en forma marcada culturalmente inferiores.”⁷⁰

Desde el principio se les reconoció su libertad, no se los sometió a esclavitud salvo en los casos de aquéllos aborígenes que practicaran el canibalismo.⁷¹ La normativa referente a ellos siempre será a su favor, basándose en medidas de protección, siendo ejemplo de ello la Real Provisión de Don Felipe II de Diciembre de 1580 – que forma parte de la Recopilación de Leyes de Indias - que establece que “Es nuestra voluntad encargar a los Virreyes, Presidentes y Audiencias, el cuidado de mirar por ellos – los indios -, y dar las ordenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos y sobrellevados, por lo que deseamos que se remedien los daños que padecen y vivan sin molestia, sin vejación.”⁷²

La referida Junta de Burgos los equipará a los labradores y vasallos de Castilla y la Real Cédula dada en Zaragoza en 1518 por Don Carlos I se los reconocerá “capaces y hábiles”.⁷³

En cuanto a su capacidad, la Bula “*Sublimis Deus*” del Papa Paulo III de 1537 “...*teniendo en cuenta que estos indios, como verdaderos hombres, no solo son capaces de la fe cristiana, sino que como es conocido, se encaminan muy dispuestos a esa fe.*”⁷⁴ –

⁷⁰ Oliveros, Martha Norma; “La Construcción jurídica del régimen tutelar del indio”; en I Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”, U.B.A., Buenos Aires, 1967, pág. 105

⁷¹ Ibidem nota N° 54.

⁷² Recopilac. de Indias, 1°, Tít. I, Libro VI, página 188.

⁷³ García Gallo, op. cit, Tomo II.

⁷⁴ Ibidem 72, pág. 956.-

la establecerá en función de incorporarse a la fe católica, tan cuestionada por esas fechas por los distintos credos surgidos de la reforma protestante-, aunque aplicada por extensión en el criterio jurídico de la época –recuérdese el pensamiento profundamente religioso de la misma- a la capacidad jurídica en general.

La calidad de persona de los indígenas sirve de base a la confirmación de su condición jurídica, siendo su característica la de ser considerados súbditos libres, es decir con la libertad como regla general, y sólo como excepción el caso contrario.⁷⁵

En contrapartida al pensamiento papal, la notoria incapacidad para vivir como los españoles y sus pronunciadas diferencias culturales harán que hacia mediados del siglo XVI, tras un prolongado período de observaciones y esfuerzos para adaptarlos a las costumbres europeas, los teólogos y juristas por un lado, y la Corona comiencen –la segunda por consejo de los primeros- a dispensarles un trato diferencial, una protección jurídica especial, equivalente a los menores de edad; si bien son leyes de carácter declarativo y abstracto.⁷⁶

Aunque no faltarán teólogos como Bartolomé de las Casas que los considerarán no sólo iguales en condiciones a los españoles, sino superiores a ellos.

Fray Francisco de Vitoria en su obra “*Relectio de Indiis*”, expresará en 1538 –en su análisis acerca de los títulos que hacen a los indios, legítimos poseedores de sus tierras- que “esos bárbaros aunque como se ha dicho, no sean del todo incapaces, distan sin embargo, tan poco de los retardados mentales que parece no son idóneos para constituir y administrar una república legítima dentro de los límites humanos y políticos. Por lo cual no tienen leyes adecuadas, ni magistrados, y ni siquiera son suficientemente capaces para gobernar a la familia... Podría entonces decirse que para utilidad de todos ellos pueden los Reyes de España encargarse

⁷⁵ Bravo Lira, Bernardino; “Poder y respeto a las personas en Iberoamérica – S,S, XVI a XX”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1989. Pág. 45.-

⁷⁶ Tau Anzoátegui, Víctor; “La Ley en América Hispana- Desde el Descubrimiento hasta la emancipación”; Academia Nacional de la Historia; Buenos Aires, 1992; T.U. págs. 15.-

de la administración y gobierno de aquéllos bárbaros, nombrarles ministros y gobernadores para sus pueblos, y aun darles nuevos príncipes mientras constase que era conveniente para su bienestar”.⁷⁷

La primera vez que se hace referencia a los indios como miserables y necesitados de un régimen jurídico de protección “sui generis” es por Real Cédula de 1563 que prevé un régimen de tutela hacia el indígena, considerando que tienen la capacidad de los pupilos; ratificada por las Ordenanzas de Audiencias de 1593.⁷⁸

Esta posición de considerar a los indígenas como miserables se consolidará en el tiempo, a tal punto que en el siglo XVII, Dn. Juan de Solórzano Pereira se referirá a la condición de los indios expresando que *“Miserables personas se reputan, y llaman todas aquéllas que naturalmente nos compadecemos por su estado calidad y trabajos, según que después de otros los resuelve Menoquio, concluyendo que el amar esto, queda en arbitrio del juez, como son tantas y tan varias sus circunstancias. Pero cualesquiera que se atiendan y requieran, hallamos que concurren en nuestros Indios, por su humilde, servil y rendida condición, de la cual dexo dicho ya dicho tanto en los capítulos pasados y añaden mas a cada paso infinitos autores”*.⁷⁹

Como conclusión de este acápite, del mismo se extrae que a la luz de la norma penal, al indígena americano se le aplicó el régimen de los menores de edad y de los miserables, el primero como una consecuencia y aplicación de las Leyes de Partidas anteriormente citadas, el segundo como consecuencia de una construcción doctrinal que trajo como consecuencia la protección de los mismos en numerosas normas a tal efecto.

Ejemplo de lo último expuesto es el principio de protección por parte de las autoridades más altas de las Indias como los Virreyes, que deben conocer en Primera Instancia de las causa en los que intervengan aborígenes, o las Audiencias, obligadas a cuidarlos y

⁷⁷ Fray Francisco de Vitoria; “Relectio de Indiis”; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967, págs. 97 y 98.

⁷⁸ Ibidem cita N° 69, pág. 124.-

⁷⁹ Ibidem cita N° 57, Capítulo XVIII, Libro III, pág. N° 418.-

poner celeridad en sus pleitos, sin posibilidad que pasen a una segunda instancia.⁸⁰

Conclusión

Con este breve estudio, se trató de ofrecer una aproximación a la normativa y criterio que primaba en las Indias para aplicar las diferentes penas. Observamos la plena vigencia de la Segunda Escolástica, en el sentido de que a la rigurosidad de la norma, se trata siempre de llegar a una solución acotada a cada causa en cuestión, cumpliendo de alguna manera la antigua “regla de Lesbos” – como marca de plomo que se adaptaba a cada “piedra de la isla, según Fr. Domingo de Soto - de las que hablaban los juristas de aquéllos tiempos. Vemos como a cada caso, cada circunstancia en particular se llegaba a una diferente conclusión, pero siempre con la premisa de no ir más allá del concepto de “ley justa”, propio del Derecho Natural Clásico y predominante durante la Baja Edad media y todo el Renacimiento.

Asistimos a un período de sensible transición en el derecho, al observarse numerosas leyes que conllevan todavía intrínsecamente los principios de la venganza privada, visiblemente atenuadas por la nueva visión que tienen los hombres y los sabios de la naturaleza, en aquella época de cuestionamientos al mundo conocido, y de descubrimientos de nuevas realidades. En este contexto, se observa que la legislación aplicada, tanto a los españoles como a los indígenas, trató siempre de cumplir con la “equidad” principio general del Derecho imperante en el Renacimiento.

A través de la legislación de Indias y la imperante en España en los siglos XVI y XVII, se observa este tratamiento no privilegiado, sino más ecuánime con los seres mas humildes, tanto de la Península como del Nuevo Mundo.

La aplicación de las máximas y principios de la Escolástica, junto al Derecho natural, produjeron esa legislación caracterizada

⁸⁰ Recopilac. op. cit. L8ibros III, Ley lxxv, pág. 22; Libro II, Ley lxxxiii, pág. 200 y vta..

por su búsqueda de la “ley justa”, para no contradecir y quebrantar el orden universal.

FUENTES

Alamiro de Avila Martel; “Aspectos del Derecho Penal Indiano”, separata del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Argentino; Buenos Aires, 1946.-

Alamiro de Ávila Martel; “Régimen de los Indios en las Guerras de Arauco”, en Actas del III Congreso de Derecho Indiano, Santiago de Chile

Cesáreo Bernaldo de Quirós, “La Picota”, Madrid, 1907.-

Bernardino Bravo Lira; “Poder y respeto a las personas en Iberoamérica – S,S, XVI a XX”, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1989. Pág. 45.

Alfonso García Gallo, “Manual de Historia del Derecho Español; Tomo II, Fuentes Documentales, Madrid 1971.-

Luis García de Valdeavellano; “Curso de Historia de las Instituciones Españolas”; Madrid, 1973,

Richard Konetzke “La formación de la Nobleza en Indias”, en Lateinamerikanische Forschungne, Band 10, München, 1980.

Abelardo Levaggi; ”La Pena en el Derecho Hispano – Indiano”, en Recueils de la Societé Jean Bodin; Bruxelles, 1991

Los Códigos Españoles concordados y anotados, Madrid, 1848.-

Vicenta Márquez de La Plata y Luis Valero de Bernabé; “Nobiliaria Española”, Edics. Iberoamericanas, Madrid, 1991.-

Martha Norma Oliveros; “La Construcción jurídica del régimen tutelar del indio”; en I Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano”, U.B.A., Buenos Aires, 1967.-

Roberto Peña Peñaloza, “Principios Doctrinarios de Derecho penal Castellano Indiano”; Valparaíso, 1994.-

Nelly Porro; “El Estatuto Jurídico de los Caballeros en la Castilla Bajomedieval, Revista del Instituto de Historia del Derecho, N° 2, Bs. As. 1975.-

Recopilación de Leyes de Castilla, ordenadas por Don Felipe II en 14-III-1567; Madrid, 1772.

Recopilación de Leyes de Indias, ordenadas por Don Carlos II, Madrid, 1772.-

Fray Francisco de Soto; “Tratado de la Justicia y del Derecho”; Madrid 1922.-

Juan de Solórzano Pereyra, “Política Indiana.” Fuente: University of Notre Dame, Rare Books and special collections: <http://www.library.nd.edu/rarebooks/exhibits/durand/indies/solorzano.html>

P. Francisco Suárez, “Tratado de las leyes y de Dios Legislador”, Madrid, 1968.-

Tau Anzoátegui, Víctor; “La Ley en América Hispana- Desde el Descubrimiento hasta la emancipación”; Academia Nacional de la Historia; Buenos Aires, 1992.-

Francisco Tomás y Valiente; “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta”, Madrid, 1969.-

Fray Francisco de Vitoria; “Relectio de Indiis”; Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1967.-

Ricardo Zorraquín Becú, “La condición jurídica de los grupos sociales superiores en la Argentina (siglos XVI a XVIII), Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1962,

Zorraquín Becú, Ricardo; “La Condición Política de las Indias”; en Revista del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; Nº 2; Buenos Aires, 1972.

