

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO
CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XIII

ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL

**ASPECTOS DEL DERECHO
PENAL INDIANO**

BUENOS AIRES
IMPRESA DE LA UNIVERSIDAD

1946

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

ASPECTOS DEL DERECHO
PENAL INDIANO

De Ávila Martel Alamiro. Aspectos del Derecho Penal Indiano.
Conferencias y Comunicaciones del Instituto de Historia del Derecho Argentino XIII

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

XIII

ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL

**ASPECTOS DEL DERECHO
PENAL INDIANO**

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

BUENOS AIRES
IMPRENTA DE LA UNIVERSIDAD

1946

CONFERENCIA DADA EN EL INSTITUTO DE
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO Y AMERI-
CANO POR EL DOCTOR ALAMIRO DE ÁVILA
MARTEL, DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE
CHILE, EL 30 DE JUNIO DE 1945.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DELEGADO-INTERVENTOR

Dr. Agustín Nores Martínez

SECRETARIO DE LA INTERVENCIÓN

Dr. Rafael Pons

SECRETARIO (INTERINO)

Federico E. Boero

PROSECRETARIO (INTERINO)

Manuel A. Barros

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

INSTITUTO DE HISTORIA
DEL
DERECHO ARGENTINO Y AMERICANO

PRESIDENTE

Dr. Ricardo Levene

SECRETARIO

Dr. Jorge Cabral Texo

VOCAL Y MIEMBROS ADJUNTOS

- Dres. Aurelio S. Acuña, Lorenzo A. Barros y Walter Jakob, y señor Álvaro Melián Lafinur.
- Dres. Armando Braun Menéndez, Luis Güemes, Manuel Ibáñez Frocham, Cirilo Pavón, Carlos A. Pueyrredon y Juan Silva Riestra, y señor Ricardo Piccirilli.

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

- En las Provincias:* Dres. Jorge A. Núñez (Córdoba), Ricardo Smith (Córdoba), Guillermo J. Cano (Mendoza) y Atilio Cornejo (Salta).
- En el exterior:* Dres. Jorge Basadre (Perú), José María Ots Capdequí (Colombia), Lucio Mendieta Núñez (México) y Alamiro de Ávila Martel (Chile).

AUXILIAR TÉCNICO

Sigfrido A. Radaelli

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO
DE
HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO Y AMERICANO

COLECCIÓN DE TEXTOS Y DOCUMENTOS
PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. ANTONIO SÁENZ, *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1939.
- II. PEDRO SOMELLERA, *Principios de derecho civil* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jesús H. Paz, 1939.
- III. JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho* (reedición facsimilar). Noticia preliminar de Jorge Cabral Texo, 1942.
- IV. MANUEL ANTONIO DE CASTRO, *Prontuario de práctica forense* (reedición facsimilar). Con apéndice documental. Noticia preliminar de Ricardo Levene, 1945.
- V y VI. JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA, *Libro primero de la Recopilación de las cédulas, cartas, provisiones y ordenanzas reales*. Noticia preliminar de Ricardo Levene, dos tomos, 1945.
- VII. BERNARDO VÉLEZ, *Índice de la Compilación de derecho patrio, (1832). El Correo Judicial, reedición facsimilar (1834)*. Noticia preliminar de Rodolfo Trostiné, 1946.

COLECCIÓN DE ESTUDIOS
PARA LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

- I. RICARDO LEVENE, *La Academia de Jurisprudencia y la vida de su fundador Manuel Antonio de Castro*, 1941.
- II. RAFAEL ALTAMIRA, *Análisis de la Recopilación de las leyes de Indias, de 1680*, 1941.
- III y IV. JOSÉ MARÍA OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*. Prólogo de Ricardo Levene, dos tomos, 1943.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES

- I. RICARDO LEVENE, *Juan José Montes de Oca, fundador de la cátedra de Introducción al derecho*, 1941.
- II. JORGE A. NUÑEZ, *Algo más sobre la primera cátedra de Instituta*, 1941.
- III. RICARDO PICCIRILLI, *Guret Bellemare, Los trabajos de un jurisconsulto francés en Buenos Aires*, 1942.
- IV. RICARDO SMITH, *Función de la historia del derecho argentino en las ciencias jurídicas*, 1942.
- V. NICETO ALCALÁ ZAMORA, *Impresión general acerca de las leyes de Indias*, 1942.
- VI. LEOPOLDO MELO, *Normas legales aplicadas en el derecho de la navegación con anterioridad al Código del Comercio*, 1942.
- VII. GUILLERMO J. CANO, *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*, 1943.
- VIII. JUAN SILVA RIESTRA, *Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires*, 1943.
- IX. CARLOS MOUCHET, *Evolución histórica del derecho intelectual argentino*, 1944.
- X. JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *Las ideas sociales en el Congreso de 1824*, 1944.
- XI. RODOLFO TROSTINÉ, *José de Darregueyra, el primer conjuer patriota (1771-1817)*, 1945.
- XII. RICARDO LEVENE, *La realidad histórica y social argentina vista por Juan Agustín García*, 1945.
- XIII. ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, 1946.

Palabras del Presidente del Instituto de Historia
del Derecho Argentino y Americano,
Ricardo Levene

Alamiro de Avila Martel es autor de *Esquemas del derecho penal indiano*, que publicó en Chile en 1941, en el que estudia el tema general de las leyes aplicables en Chile durante la dominación española, y el especial de los delitos y las penas en el derecho indiano.

Es profesor de la Universidad de Santiago de Chile, a cargo del Seminario de Derecho Público, dirige el *Boletín*, y trabaja con sus alumnos en los archivos judiciales de Santiago, que son importantes por su rica documentación, especialmente el archivo de la Real Audiencia. De lo expuesto se desprende que su obra sobre el derecho penal indiano representa una contribución original, porque investiga en los documentos judiciales, en la jurisprudencia de los tribunales, que son el derecho vivo, y no únicamente en las leyes de Indias, que no eran malas, pero eran teóricas.

Destaco su alta calidad de hombre joven estudioso, que se ha consagrado a una especialidad, y que preocupado de impulsar estos estudios en América, propuso y fué aprobado en el II Congreso Latinoamericano de Criminolo-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

gía reunido en Chile, el voto conforme al cual se resolvió patrocinar la intensificación y ampliación de las investigaciones sobre derecho penal indiano, particularmente en lo que se refiere a la preparación de inventarios de expedientes criminales y de repertorios de jurisprudencia y conocimiento de los jurisprudencistas de la época de la dominación hispana. Asimismo se resolvió que los seminarios de las distintas Facultades coordinen sus trabajos e intercambien los resultados obtenidos.

Esta labor se está iniciando en América Hispánica conforme a un plan en que hemos concordado con el eminente Rafael Altamira, para los estudios del derecho indiano en general. Agregaré que asigno especial importancia, además de lo expuesto, al viaje de profesores y alumnos en los distintos Estados de América, para impulsar las investigaciones en las que considero debe formarse y disciplinarse el espíritu de la juventud.

El profesor Avila Martel realiza viajes de estudio en América, dando el ejemplo personal y práctico, y por eso y por la obra que ha realizado destaca su significación en los estudios de la ciencia del Derecho indiano en América.

Le agradezco su valiosa colaboración a la labor emprendida por el Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano, y tengo el agrado de poner en posesión de la cátedra a un hombre de real valer por su cultura jurídica, animado de un alto ideal universitario.

Aspectos del derecho penal indiano

Introducción.

- I. Formas de concreción. La norma y su aplicación práctica. La judicatura paternal.
- II. Conceptos fundamentales del derecho penal. Las penas y su aplicación. Medidas de prevención penal.
- III. El régimen carcelario.
- IV. Las investigaciones sobre derecho penal indiano.

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

INTRODUCCION

El derecho penal es, en el panorama del derecho indiano, una rama nueva de conocimientos, casi no estudiada, tal vez porque sus fuentes legislativas lo son las españolas muy preponderantemente, al menos en la apariencia. Sin embargo, si ahondamos su estudio con un sentido moderno de historiadores del derecho, el penal nos depara las mayores sorpresas.

La civilización española es una civilización un poco aparte de las otras naciones, y aun malquista, por temores o envidias fáciles de explicar meditando sobre su historia.

Las Españas, conjunto de razas yuxtapuestas, amalgamándose a veces; y otras viviendo en un mismo suelo en discordia entre ellas, consiguieron formar un todo especialísimo, con un sentido de unidad debido a unos pocos vínculos muy sólidos. A la llegada de los Tiempos Modernos se termina en la Península una tarea secular: la guerra de la reconquista. El descubrimiento de América abre ante los ojos maravillados del español del 1500 un horizonte ilimitado para su espíritu aventurero, para su individualismo exacerbado. España entera se desborda en el Nuevo Mundo, sangre y alma. Se produce un trasplante de civilización y un

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

reverdecimiento de las más vetustas instituciones al entrar en contacto con las nuevas formas de vida que surgen en la colonización de las Indias. Así los cabildos, que en España ya no eran casi nada, renacen en América como una potente institución rectora de la vida ciudadana en todos sus aspectos : dictan leyes, aplican justicia, controlan la actividad económica de la ciudad, etcétera.

Pero, no nos alejemos de nuestra materia. El derecho penal en España a la época del descubrimiento estaba formado por una serie de cuerpos legales que trataban de las mismas materias, acumulados en el transcurso de varios siglos, y cuya prelación de autoridad estaba contenida en una disposición clave. Se estableció que debería regir en América esta legislación castellana en defecto de normas especiales. El volumen de la legislación especial es abundante y aún hoy no bien conocido, pues sus formas de concreción se encuentran asaz dispersas como lo veremos luego. Pero, el motivo por el cual existe un derecho penal propiamente indiano, no está en el hecho de que esta legislación especial reemplace en gran medida a la castellana, sino en el hecho de que en la aplicación práctica de ese derecho a la realidad americana se superpuso, al derecho de las leyes, uno jurisprudencial. Se implantó ampliamente por vía de un arbitrio judicial extensísimo aquello que constituye propiamente lo que los juristas de la época llamaban « costumbre contra ley ». Ese derecho lo encontramos vertido, sobre todo, en los expedientes criminales de la

Colonia, que son la primera fuente de las investigaciones en esta materia.

I. FORMAS DE CONCRECIÓN. LA NORMA Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA. LA JUDICATURA PATERNAL.

Las formas de concreción del derecho aplicable en Indias, en materia penal, son por demás variadas. Desde luego tenemos los cuerpos de leyes peninsulares : Partidas, Recopilación, Ordenamientos, Pragmáticas, Autos del Consejo, etc., y el derecho consuetudinario, tanto el castellano como el indígena, que debía aplicarse a los naturales, en todo lo que no fuera « opuesto a la religión y a las leyes o claramente injusto » (l. 4, t. 1, L. 2, Recop. I. y Ord. 78 de las Ordenanzas de la Audiencia de Chile, de 1609). Y en seguida todo el enorme volumen de la legislación indiana propiamente tal : miles de cédulas, provisiones, instrucciones, cartas, muchas que tienen que ver con materia penal, y los ordenamientos orgánicos, y las recopilaciones más o menos sistemáticas de las cédulas, y la Recopilación de 1680, y los proyectos de Nuevo Código de un siglo más tarde. Pero las que tienen para nosotros un interés mayor son las formas de concreción jurídica netamente americanas, dictadas en nuestro suelo, sin perjuicio de la confirmación real. Las más importantes de este tipo de normas escritas son tres : los autos acordados de las audiencias, los bandos de los virreyes y gobernadores y las ordenanzas de los cabildos.

Los *autos acordados* de las audiencias reales no son escasos en número y de materia a menudo muy importante. La Audiencia de Santiago dictó «instrucciones» para sustanciar causas criminales en 1757 y en 1778, cuyos autores lo fueron, respectivamente los doctísimos fiscales D. José Perfecto Salas y D. Ambrosio Zerdán y Pontero: estos documentos se mandaban circular entre todos los magistrados del país, y eran la ley más próxima que tenían a la vista para administrar justicia. En 1796 se promulgó una nueva Instrucción sobre la materia, la que constituye un verdadero código de procedimiento penal. Notabilísima es la instrucción redactada por el mencionado fiscal Zerdán para el Alcaide de la cárcel de Santiago, resumen del humano derecho carcelario hispano a la que hemos de referirnos en detalle más adelante. No faltan tampoco en los archivos de las audiencias autos acordados sobre otras materias de derecho penal más particulares, como por ejemplo sobre la manera de aplicar las penas corporales, sobre aspectos del asilo eclesiástico, etc.

Los virreyes y los gobernadores de América dictaron innumerables *bandos*, los que contenían bastantes disposiciones penales. Esos documentos tenían la duración del gobierno del mandatario que los publicaba. Sin embargo siempre se extraían las más disposiciones de los anteriores al dictarse uno nuevo. En Chile, el presidente D. Ambrosio O'Higgins promulgó en 1788 un bando en que recopiló las principales disposiciones de los de sus antecesores,

y fué repetida su promulgación por quienes le sucedieron en el gobierno casi sin variantes, llegando a constituir una especie de edicto perpetuo.

Los cabildos coloniales fueron desde su establecimiento un cuerpo legislativo: la enorme extensión de sus atribuciones, que recordábamos hace un momento, los impele a dictar normas sobre asuntos asaz variados. La colección de sus *ordenanzas* forma una fuente de derecho de inapreciable valor, en que no son escasas las disposiciones penales, sobre todo en lo que se refiere a aquellos delitos que los tratadistas del siglo XVIII llamaban «de policía», de preferencia *faltas* en la terminología de hoy, sin que tampoco dejen de aparecer delitos de mucha entidad, aun castigados con penas gravísimas, como el de «huída» de los negros esclavos. En Chile, ya muy temprano, en 1569, aparece el notable cuerpo llamado «Ordenanza de Santiago» dictado por el cabildo de esa ciudad y que trata de muchas materias.

La recopilación sistemática de todo este derecho de creación americana, y su estudio por los especialistas en la historia del derecho, está aun por hacerse casi en su totalidad: sin embargo es una de las partes de estas investigaciones más fáciles de realizar.

Lo expuesto sobre la importancia de esta legislación americana no es algo nuevo: ya lo vienen predicando de tiempo los maestros indiscutidos de estos estudios D. Rafael Altamira y D. Ricardo Levene. Séame permitido citar aquí esta frase del Dr. Levene: «incurren en

grave error los tratadistas que han considerado toda la legislación de Indias como derivada del Consejo, limitándose a estudiar esta parte que se inserta en las recopilaciones ensayadas o promulgadas, dejando de lado acaso su faz más importante, la legislación que emanaba de órganos o instituciones con potestad legislativa, como virreyes, audiencias, cabildos, consulados... que constituyen otras tantas fuentes vivas y caudalosas del derecho indiano» (*Introducción a la historia del derecho indiano*, págs. 44 y 45).

Es por demás conocido el dicho que se atribuía a las autoridades de América en la Colonia: «lo obedezco pero no lo cumplo». Al recibir una cédula el funcionario verificaba toda la ceremonia del acatamiento; solemnemente la ponía sobre su cabeza antes de enterarse de su contenido y luego suspendía su cumplimiento, y ese funcionario muchas veces tenía razón pues la ley, generalmente consulta y bien informada, era en ocasiones inaplicable en un lugar determinado por no ajustarse a las verdaderas necesidades. Esta es una de las fuentes de la «costumbre contra ley», tan extendida. Otras veces las autoridades cumplían en parte con lo mandado en las leyes y la «suspensión», formal o simple desobedecimiento, era sólo parcial.

Las normas emanadas de fuente americana eran más dúctiles que las provenientes del Consejo, por el hecho simplísimo de que sus redactores tenían a la vista los problemas que estaban destinadas a resolver, y por ésto su cum-

plimiento era más exacto. Otra y la principal variación del contenido jurídico de una norma la encontramos en su tránsito a la práctica por la vía de la interpretación judicial, que no se refiere sólo a la resolución de causas entre particulares sino que también a la interpretación dada por los tribunales superiores a una disposición de general aplicación, o mejor dicho de interés público, en su carácter de cuerpos consultivos de las autoridades de gobierno.

La magistratura indiana estaba compuesta, en orden inverso de jerarquías, en primer lugar por tribunales unipersonales: los más importantes eran los alcaldes ordinarios, designados por los cabildos. Según las épocas seguían en categoría los gobernadores, los justicias mayores, los corregidores, los alcaldes de cuartel y los intendentes y subdelegados. Tribunales colegiados fueron en una primera época los cabildos, que pronto perdieron esa función judicial: en Chile con el establecimiento de la Audiencia de Concepción en 1567. La Audiencia de Santiago, restablecimiento de la anterior que había sido suprimida, fué creada en 1609. La audiencia era el máximo tribunal de la Colonia, representante directo del monarca y de vastísimas atribuciones no sólo judiciales. Por sobre ella no había más alto tribunal sino en contadísimos casos, en que lo era el Consejo de Indias. Esta enumeración que hemos hecho es de los tribunales ordinarios. Había también una extensa variedad de tribunales especiales: los jueces de la Santa Hermandad, diversos alcal-

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

des especiales : encontramos en Chile la existencia de alcaldes de la mar, de la Mesta, de aguas, y hasta de un juez de vagabundos. Además los juzgados de bienes de difuntos, los tribunales de residencias, los militares, los eclesiásticos, tanto los ordinarios como los del Santo Oficio de la Inquisición, los de cuentas y de hacienda, de comercio, de minería y de indios, y todavía no agotamos la lista pues hasta los rectores de universidad eran tribunales, y de materia penal, en determinados casos.

Los expedientes sustanciados por todos estos tribunales contienen el verdadero derecho aplicado en la realidad de la vida de América. Naturalmente que los que presentan un mayor interés son aquellos instruídos por los jueces más letrados y principalmente los de la audiencia. Del examen de muchos procesos hemos podido sacar una serie de conclusiones relativas a la justicia penal en esa época : por ejemplo sabemos que era rápida, que la protección de los más débiles, indios o pobres, era una cosa realizada en forma perfecta, que las más modernas tendencias del derecho penal ya eran práctica de todos los días, así la individualización de la pena. Era una justicia humana y paternal; a veces nos encontramos en los procesos con fallos que contienen sesudos consejos de buen vivir en vez de penas.

2. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL. LAS PENAS Y SU APLICACIÓN. MEDIDAS DE PREVENCIÓN PENAL.

En el derecho penal aplicable en las Indias podemos encontrar todas las categorías de lo que hoy se llama «la teoría general del derecho penal». Trataremos de esbozarlas brevemente.

El *concepto del delito* sólo aparece en el prólogo de la Partida Séptima. Allí se da a entender la legalidad de los delitos y se considera el elemento intención. *El derecho de penar*, categoría teórica que se acostumbra dilucidar por los penalistas, aparece como un atributo de la soberanía : «el Rey es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir la justicia, e dar a cada uno su derecho» (l. 5, t. 1, P. 2) y en la ley 2 del título 10, misma partida, se dice que una de las obligaciones del rey es guardar a sus pueblos «del daño dellos mismos, quando fiziesen los unos a los otros fuerza o tuerto. E para esto ha menester que los tenga en justicia e en derecho».

Sobre la naturaleza intrínseca de la pena y sus fines no escasean preceptos legales : «Pena es enmienda de pecho e escarmiento que es dado segund ley a algunos por los yerros que fizieren» (l. 1, t. 31, P. 7), es decir, indemnización de los perjuicios causados por el delito y castigo del delincuente. Constante preocupación del legislador es el fin intimidativo de la pena : «La justicia, non tan solamente debe ser cumplida en los homes por los yerros que fazen,

mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo e escarmiento » (l. 5, t. 27, P. 3), y a este fin conduce, por ejemplo la ejecución de las penas, pública y acompañada de notable ceremonial. Tampoco faltan preceptos que consideren como fin de la pena la corrección del delincuente.

No hay distinción en los grados de responsabilidad que hoy se asigna a autores, cómplices y encubridores.

El principio fundamental de la responsabilidad penal es el de la personalidad de la pena, que es intransmisible, salvo el caso del delito de traición en que se aplica confiscación total de bienes aunque el hechor tenga hijos (l. 9, t. 31, P. 7). En los demás casos en que se da por pena la confiscación total, sólo es aplicable en ausencia de hijos, o de ascendientes y descendientes dentro del tercer grado (l. 5, t. 31, P. 7). No hay duda que las penas de infamia, que traían aparejada la pérdida de la hidalguía, estado de mucha importancia, eran también en cierto modo trasmisibles.

Las *circunstancias que eximen de responsabilidad penal* son prácticamente las mismas de los actuales códigos. Así son inimputables: los enajenados mentales (l. 9, t. 1, P. 7), los menores de diez años y medio y aún los menores de catorce años en los delitos de lujuria (l. 1, id.), y (l. 8, t. 38, P. 7) los que obraren en legítima defensa, propia o de un pariente, y hasta de un extraño en el caso de tratarse de una mujer raptada (l. 7, t. 10, l. 2, 3 y 4, t. 8, P. 7, y l. 4, t. 23, L. 8, Rec.). El que ejecute

un daño en un bien ajeno por defenderse o defender sus cosas (l. 3 y 12, t. 17, P. 7), el que cause un mal usando de su derecho (Regla 14, t. 34, P. 7), el marido y el padre de la mujer adúltera que, sorprendiéndola en flagrante delito, mata a ambos o a uno de los culpables (leyes 13 y 14, t. 17, P. 7), el que comete un delito por caso fortuito (l. 4, t. 8 y l. 14, t. 15, P. 7), el que ebrio hablase mal del rey (l. 2, t. 2, P. 7), y otros casos muy especiales.

Las *circunstancias modificativas de la responsabilidad* están establecidas en las reglas que «catar deuen los judgadores», para graduar las penas que hayan de imponer (l. 8, t. 31, P. 7), y se refieren a la persona del reo: si es siervo o libre, o hidalgo o villano, o joven o viejo, o pobre o rico, «ca mas crudamente deuen escarmentar al siervo, que al libre o al home vil que el fidalgo o al mancebo que al viejo... ca menos pena (pecuniaria) deuen dar al pobre que al rico». Autores hay también, como Fr. Diego Laínez, en su *Daniel cortesano*, que sostienen que a las mujeres hay que castigarlas más blandamente que a los hombres «pues por la flaqueza del sexo no pueden resistir a los afectos como los varones», y lo mismo opina, en el siglo XVIII, D. Manuel de Lardizábal, el más grande de los tratadistas de su época, en su *Discurso sobre las penas* (p. 118).

Otras circunstancias se refieren a la persona del paciente del delito «ca mayor pena merece aquel que erro contra su señor, o contra su padre o contra su mayoral, o contra su amigo, que si lo fiziesse contra quien non ouiese nin-

guno de estos debdos». En la Recopilación de Indias (l. 21, t. 10, L. 6) se establece «que los delitos contra indios sean castigados con mayor rigor que contra españoles». El tiempo y el lugar del delito también hacen variar la responsabilidad: «ca mayor pena deue haber aquel que faze el yerro de noche, que non el que lo faze de dia... mayor pena meresce aquel que yerra en la Iglesia, o en Casa del Rey, o en lugar donde judgan los Alcaldes, o en casa de algund amigo que se fio en el, que si lo fiziesse en otro lugar». Además tenemos «La manera en que fué fecho el yerro: ca mayor pena meresce el que mata a otro a traicion... que si lo matasse en pelea, o en otra manera; e mas cruelmente deuen ser escarmentados los robadores, que los que furtran escondidamente».

La embriaguez es considerada como atenuante en el homicidio, que por este hecho se estima cuasidelito (l. 5, t. 8, P. 7). De este atenuante se abusó enormemente en la práctica: son pocos los expedientes de homicidio en que no aparece invocada y dió lugar a las más rudas críticas de los tratadistas.

El *arbitrio judicial* que hoy se considera como elemento importante de un buen sistema penal, lo encontramos ampliamente en la legislación castellana aplicable a las Indias y en la indiana propiamente tal. Presenta dos formas: una incide en la apreciación que debe hacer el juez de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, de las que acabamos de hablar, para imponer el castigo, que en ausencia de una tabla de penalidad queda en gran parte

a su criterio. La otra es la delegación que hace el legislador en el juez para que establezca la pena, indeterminada para un delito que le ordena castigar, o cuando se remite a los principios generales de justicia. Son numerosos los casos que se encuentran de lo dicho. Citaremos sólo algunos de los más notorios que aparecen en las leyes de Indias: las causas de gentes de las fortalezas, las juzguen los alcaldes *con arreglo a justicia* (l. 7, t. 3, L. 3); los delitos de los soldados los determinen los presidentes, capitanes generales y maestros de campo *conjuntamente hallaren por justicia* (l. 2, y 3, t. 11, L. 3); los rectores de las universidades aplicarán en las causas de los escolares penas ordinarias o arbitrarias (l. 12, t. 22, L. 1); el que sacare indios de su reducción será castigado *con todo rigor* (l. 41, t. 16, L. 6); los caciques que se titulen señores serán castigados por los virreyes, audiencias y gobernadores, con las *penas que les parecieren convenientes* (l. 5, t. 7, L. 6), etc.

En la jurisprudencia chilena este arbitrio judicial dió interesantes resultados, pues se llegó a un régimen de individualización de la pena bastante perfecto, como lo hemos observado en el examen de expedientes criminales.

Nos referiremos ahora a las distintas *clases de penas y a su aplicación*. Tenemos en primer lugar la *de muerte*, respecto a la cual las Partidas destierran del uso algunas formas que estiman cruentas, así la lapidación, la crucifixión y el despeñamiento; conservan la decapitación,

la horca y la hoguera (l. 6, t. 31, P. 7). Los Reyes Católicos establecieron para los casos de hermandad el asaeteamiento (l. 3, y 7, t. 13, L. 8, Rec.), pero esta forma se dulcificó luego pues se dispuso que debía ser ahogado el delincuente antes de dispararle ninguna flecha (l. 47 id.). Una forma especial de pena de muerte estaba dispuesta para el parricida, por las Partidas, la cual fué tomada, agravándola, de una de las XII Tablas: el criminal debía ser llevado arrastrándolo al patíbulo, azotado y luego metido en un saco de cuero cosido por la boca, en compañía de un can, un gallo, una culebra y un simio, y después arrojado al mar o río más próximo al lugar del delito (l. 12, t. 8, P. 7). Esta pena se atenuó en la práctica manteniéndose sólo formalmente sus detalles de horror: así lo de que el delincuente debía ser arrastrado desapareció con la existencia de cofradías de caridad que lo portaban en una estera y el resto se redujo a darle garrote, y después de muerto meterlo en un cubo en que estaban pintadas las susodichas alimañas y de allí es que esta pena aparece a menudo llamada la pena del cubo. Ya a comienzos del siglo XVIII la costumbre había desterrado por completo la pena de quemar vivo al delincuente y cuando era preciso aplicarla se quemaba el cadáver. Las formas de aplicación de la pena capital que se hicieron de general uso fueron: la horca, para el común de los criminales, la decapitación y el garrote, para los nobles, aunque este último medio pronto se generalizó, y el arcabuceo, especial para los militares. La misma pena de

horca se suavizó en la práctica, dándosele garrote al delincuente antes de suspenderlo, como lo encontramos en una causa de Buenos Aires de 1788 (Jofré: *Causas*, núm. 14).

La ejecución misma de la pena se hacía con gran solemnidad: el reo era sacado de la cárcel por el alguacil, acompañado de soldados y religiosos, «caballero en bestia de albarda», con el instrumento de su delito colgado del cuello, y «a voz de pregonero que publique su delito», hasta el lugar del suplicio: el rollo de la plaza mayor, por lo general.

Las otras *penas corporales* eran las mutilación, establecida pocas veces por las leyes, y que pronto cayó en desuso, salvo el caso, en los primeros tiempos de la Conquista, de su aplicación a los negros cimarrones.

La marca no se podía aplicar en la cara según la ley de Partidas (l. 6, t. 31, P. 7) «porque la cara del ome hizo Dios a su semejanza». Por una pragmática de 1783, se impuso la marca para los gitanos que no abandonasen sus costumbres, en la espalda con las armas de Castilla. En los procesos americanos que hemos visto no aparece ningún caso de marca.

La pena corporal de más general aplicación fué la de azotes, castigo para muchos delitos, considerada grandemente ejemplarizadora, se aplicaba con el ceremonial descrito para la pena capital.

Las *penas privativas de libertad*, surgieron las más tardías. Cuando la monarquía española organizó toda una política naval al con-

vertirse en el imperio más grande del mundo, se estableció la pena de servicio en las *galeras* para reemplazar a muchas otras. Esta forma provocó las más duras críticas de los autores por su ninguna utilidad para la corrección del delincuente. Citaré sólo la opinión del P. Feijóo quien dice que las galeras son «la mayor escuela de malicia que tiene el mundo», de la que sale el condenado «más perdida la vergüenza, más fortalecida la osadía y más instruída la astucia» (*Teatro crítico*, t. VI). En el siglo XVIII se abolió esta pena y fué sustituida por la de *presidio*, consistente en el trabajo en las fortalezas o presidios, de los que en Chile había dos, Valdivia y Juan Fernández, y por la de *trabajos públicos*, la que se usó mucho para los delitos menores. En Santiago las más importantes obras del siglo XVIII, los tajamares, el puente de cal y canto, el canal de Maipo, se hicieron con reos condenados a esta pena.

La *cárcel*, como pena, sólo se aplica en condenas eclesiásticas y en algún otro caso muy especial.

La infamia, grado menos que la muerte civil por delito, era por lo general pena accesoria de las perpetuas o del extrañamiento del reino y de algunas otras. Terminaba con las relaciones de familia, extinguía la nobleza del reo, y aun le impedía hacer testamento (l. 2, t. 18, P. 4). Eran infames los alcahuetes y, según una pragmática de Fernando VI, los duelistas. Los infames eran inhábiles para los honores y dignidades, no podían ser jueces, ni consejeros del rey ni del común de algún concejo, ni abogados.

Las *penas pecuniarias*, tenían una vastísima gradación, desde la confiscación total, establecida con muchas restricciones e inaplicada, hasta la pequeña multa por una infracción de policía. En Indias, por la mayor riqueza de los habitantes, debían doblarse las establecidas por el derecho castellano (l. 5, t. 8, L. 7, Rec. Ind.). Estas penas en su aplicación por los tribunales indianos eran, según aparece de los procesos, tasadas muy equitativamente.

Hoy día, los autores y los códigos entran en prolijas distinciones en lo que toca a la *prevención penal*: así diferencian nítidamente substitutivos penales, medidas de seguridad y medidas de policía. Todo esto admitido ampliamente, sin distinción de escuelas por los modernos penalistas, no es cosa nueva ni mucho menos. Los autores y la legislación, españoles y preferentemente el derecho de Indias, establecen la totalidad de las medidas de política criminal preventiva que ahora se contemplan, y aun hay tratadistas que ven esto en la legislación indiana sometido a un plan completo (Viñas y Mey: *La política social y la política criminal en las leyes de Indias*). Enunciaremos un poco desordenadamente y sin metodizar algunas de las más notables de estas medidas.

El alcoholismo como causa de crímenes es cosa reconocida desde antiguo; los autores llegan a encontrar soluciones tan radicales como el arranque de las viñas para combatirlo; así lo propone por ejemplo el P. Acosta en su *De procuranda indorum salute*. Este remedio lo

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico

acogió la legislación y así, por cédula de Felipe II se prohibió plantar nuevas viñas en América, y se dispuso que las existentes no podían renovarse y se las gravó con un impuesto (l. 18, t. 17, L. 4 Rec. Ind.). Por otra parte se prohibió en absoluto vender vino a los indios (l. 36, t. 1, L. 4, Rec. Ind.). En Santiago se ordenó el cierre de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas a las nueve de la noche, en invierno, y a las diez en verano, y en los días de fiesta sólo podrían abrir dos horas por la mañana. (Bando de O'Higgins de 1788, arts. 15 y 27).

Las medidas tendientes a asegurar la *probidad funcionaria*, que hoy de nuevo están apareciendo en las legislaciones, fueron cosa que formó en el derecho de Indias un régimen y plan completo, condicionado con disposiciones premiales. Desde luego tenemos dos instituciones de primera importancia: los juicios de residencia, que se tomaba a todo funcionario al salir de su oficio, y en los cuales por lo general se guardó la mayor seriedad, y las visitas, ordinarias hechas por un oidor, o extraordinarias, por un delegado del Consejo, tan temidas por los visitados.

Además tenemos otras que forman larga lista de prohibiciones a los funcionarios: no podían casarse en territorio de su jurisdicción; debían evitar amistades; en viaje no podían aceptar que se les hospedara ni agasajara; no podían asistir a fiestas, matrimonios y entierros; los virreyes, a quienes estaba prohibido traer a Indias sus familias, debían hasta comer solos.

La vagancia y la mendicidad fingida han sido siempre semilleros de delitos. Para combatir a los falsos pobres y dar el competente amparo a los verdaderos se ideó toda una serie de medidas de política social, inspiradas principalmente en la obra de Juan Luis Vives: *De subventione pauperum*. Ya las Partidas, en honroso precedente, establecen la obligación del trabajo (l. 40, t. 5, P. 1 y l. 4, t. 20, P. 2). Este deber del trabajo aparece repetido para toda persona, de cualquiera raza, en las leyes de Indias (l. 12, t. 12, L. 6 Rec. Ind.).

Las autoridades debían amonestar a los vagabundos y ociosos, conminándoles a que trabajasen y se radicaran en alguna parte; y si no hicieren caso debían echarlos de la tierra (l. 1, t. 4, L. 7 Rec. Ind.) y esto lo cumplían celosamente los magistrados: a cada momento aparecen sus exhortaciones en los fallos judiciales.

He aquí otras cuantas medidas preventivas: en el Bando de O'Higgins, ya citado, se manda que «para precaver los graves males y delitos que facilita y encubre la soledad y oscuridad de la noche a los mal intencionados», se prohíbe andar a deshoras por calles y paseos, no siendo por motivo racional, debiendo recogerse todos a sus casas a las nueve en invierno y a las diez en verano.

Para evitar hurtos se prohíbe que nadie venda ninguna manufactura, efectos o prendas en los concursos de gentes que se producen al anochecer en portales, esquinas y plazas.

Para reformación de prostitutas se establecen casas de recogidas, donde se les enseñen

oficios, a más de la práctica de ejercicios piadosos.

Una ley de Indias (l. 6, t. 16, L. 6 Rec. Ind.) manda que en los puestos de Arauco y Yumbel se funden recogimientos nocturnos donde se acojan las doncellas indias, con el fin de evitar deshonestidades y escándalos.

3. EL RÉGIMEN CARCELARIO .

Los autores de derecho penal americanos y aun los españoles, lo que es más grave, siguiendo la común opinión extranjera, dan la palma de las ideas sobre reforma carcelaria al inglés John Howard. Mucho antes que el escritor inglés marcara los defectos del régimen carcelario y los medios de subsanarlos, los autores españoles lo habían hecho, y de muy semejante manera; y sus ideas fueron ampliamente recibidas en la legislación, y era la legislación de la más gran parte del mundo.

El más notable de los escritores a que hemos hecho referencia es Tomás Cerdán de Tallada, que publicó en 1574 (doscientos dos años antes del libro de Howard) su *Visita de la cárcel y de los presos*. He aquí sus ideas fundamentales: dice «que los presos no deben ser privados durante el día del aire y de la luz del sol, y de noche que se recojan en lugares y aposentos sanos, aunque para los que hubieren cometido graves y enormes delitos, ha de haber aposentos más cerrados y de más recogimiento, haciendo diferencia, por la graveza de los delitos, a los demás que estuviesen presos por

otros casos de menos cualidad»; exige también la separación de los presos atendiendo a la calidad de sus personas, y más todavía por razón de los sexos, y aun no se contenta con la separación entre hombres y mujeres, sino que haya también la debida separación entre los del mismo sexo, no comunicándose los buenos con los malos, para que no se corrompan todos.

En estas ideas no está sólo el ilustre Cerdán, muchos son los que expresan sus mismos conceptos: Diego de Simancas, Castillo de Bovadilla, Cristóbal de Cháves, etc.

Muchos de estos preceptos, y otros, los contenía ya el antiguo derecho castellano. He aquí disposiciones de las Partidas: las mujeres deben ponerse separadas de los hombres (l. 5, t. 29, P. 7); ninguna causa habrá de durar más de dos años, pero si durare, el detenido durante ese tiempo, quedará libre sin más (l. 7, t. 29, P. 7); se prohíbe y pena con muerte a los carceleros que den cualquier mal trato a los presos, «ca la cárcel deue ser para guardar los presos, e non para fazerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella» (l. 11, id.).

Había en España, por otra parte, un modelo de cárceles humanas e higiénicas: las de la Inquisición, y ¡cuánto ha dicho contra ellas la leyenda negra!

Para conocer lo que era nuestro propio derecho carcelario en la época colonial tenemos un documento precioso: la Instrucción para el Alcaide de la Cárcel de Santiago, que antes mencionamos, hecha en 1778 por el ilustrado fiscal del crimen D. Ambrosio Cerdán y Pon-

tero, por encargo de la audiencia, y que aprobada por auto acordado, se ordenó circularla a todos los alcaides de las cárceles del país. Está formada extractando el derecho vigente, incluso muchas disposiciones que estaban en las Ordenanzas de la Audiencia de 1609, y su índole es una prueba de la real aplicación de ese derecho.

He aquí sus principales disposiciones: el alcaide, que deberá residir personalmente en la cárcel (art. 5), tendrá separadamente hombres y mujeres y cuidará del aseo y decencia de la capilla o lugar donde se dijera misa (art. 1); hará barrer la cárcel dos veces por semana y tendrá agua limpia a disposición de los presos, y no les cobrará nada por ello; y los tratará bien, sin injuriosos ni ofenderlos y no se servirá de ellos (art. 6); no recibirá dones de los encarcelados, ni les soltará ni estrechará la prisión sino en lo que les corresponda (art. 8); no tratará ni contratará con los presos de ninguna manera, ni comerá ni jugará con ellos y no permitirá que estos jueguen, ni dineros ni otras cosas (art. 10 y 11); no llevará más derechos que los de arancel y a los pobres o indios no llevará ninguno (arts. 12, 13 y 19); no detendrá ni apremiará a los presos por sus derechos de carcelage ni otras costas (arts. 14 a 18); no recibirá preso alguno sin orden de juez competente (art. 3) y tendrá un libro para anotar las entradas y salidas de detenidos, sus nombres, causa de la prisión y juez que los mandó prender (art. 2); llevará otro libro en que diariamente anote las limosnas que dieren

para los presos, y su inversión (art. 20), y por último, tendrá una alcancía en la puerta de la cárcel para recolectar limosnas para los presos (art. 21).

Semejantes normas se encuentran también en la Ordenanzas de la Audiencia de Buenos Aires, de 1786.

4. LAS INVESTIGACIONES SOBRE DERECHO PENAL INDIANO.

Con lo expuesto creo haber dado algunas ideas claras sobre lo que era el derecho penal en la Colonia, en sus lineamientos fundamentales. Los estudios de esta rama de la historia interna del derecho indiano son recientes. Para poder decir la última palabra falta aun bastante camino por recorrer. El planteamiento de estas investigaciones debe dividirse en varias secciones: en primer lugar es preciso recopilar exhaustivamente el material legislativo emanado del Consejo. Los cedularios americanos son ricos: en la Argentina ha sido publicado hace poco el de la segunda Audiencia de Buenos Aires, gracias a los desvelos del doctor Levene, y el año último se ha comenzado en Lima a publicar uno de la Real Hacienda. En Chile tenemos los siguientes: el de la Audiencia de Santiago, que comprende 23 volúmenes y abarca desde 1756 hasta 1806; ya han sido examinados los nueve primeros tomos y se han extraído 45 cédulas relativas al derecho penal. El de la Capitanía General, que se conserva desde 1715 hasta 1816, en 47 volúmenes, y

ha dado 113 cédulas de la materia; y el del Arzobispado de Santiago, publicado hace años, del que se han sacado 10 cédulas. Estas cifras se refieren a cédulas no repetidas, y su estudio es materia de una memoria de prueba en elaboración. Hay además un cierto número de repertorios de cédulas, en índices o extractos, aun no utilizados, fuera de las muchas que se encuentran sueltas.

Otra memoria está en factura sobre el tribunal del Santo Oficio en Chile y sus procedimientos y jurisprudencia, para cuyo estudio está hecha la base historiográfica por los magníficos trabajos de D. José Toribio Medina, y para la cual se cuenta además con un verdadero código de procedimiento del tribunal, del primer tercio del siglo XVII, obra del licenciado Pablo García, redactado por orden del Gran Inquisidor Cardenal D. Antonio Zapata de Mendoza, cuyo manuscrito tuvo la suerte de descubrir hace un tiempo.

Por otra parte contamos con el material referente a la legislación dictada en América misma, a cuya importancia hicimos alusión. De las actas capitulares americanas, en las que se contienen tantas ordenanzas, es mucho lo publicado. En Chile lo están las del Cabildo de Santiago hasta 1715; el resto inédito. Están además, entre otras, las de los cabildos de La Serena y de Concepción, de las cuales publicó D. Domingo Amunátegui síntesis inaprovechables para estos estudios.

En el archivo de nuestra Audiencia hay una valiosísima colección de autos acordados del

siglo XVIII, aun inéditos y que hemos estudiado parcialmente.

La colección de los bandos de buen gobierno, otra fuente mencionada, es bastante fácil de hacer.

Por último tenemos lo que reputamos la fuente más importante del derecho penal indiano, que son los procesos criminales de la Colonia, de cuyo estudio crítico ha de salir el panorama más veraz de lo que era ese derecho en la realidad vivida. Corresponde a la Argentina el honor de haber comenzado esa parte de la investigación con el trabajo del Dr. Tomás Jofré, publicado por esta Facultad en 1918, cuyo título es *Causas instruidas en Buenos Aires durante los siglos XVII y XVIII*, en el cual se colacionan 21 procesos. Es esta la primera obra que se preocupó de esas causas con mira a la historia del derecho. Hay muchísimas otras publicadas en colecciones de documentos históricos y con fines de historia general. No es la mencionada la única labor en estos estudios del Dr. Tomás Jofré, pues también dirigió, en esta casa de estudios, una investigación de Seminario, sobre el procedimiento penal en la Colonia, cuyos trabajos aun inéditos, se conservan en vuestra biblioteca.

En Chile, en 1941, en colaboración con mi maestro el Dr. Aníbal Bascuñán Valdés, comenzamos estos trabajos, con un estudio sobre 24 procesos que extractados y acotados se publicaron en un folleto, como colaboración de nuestro Seminario de Derecho Público, al II Congreso Latino Americano de Criminología,

— 42 —

que se celebró ese año. Nosotros presentamos un voto, que fué aprobado por el Congreso, en que tan distinguida representación tuvo la República Argentina, en el sentido de que se recomendase la intensificación de estos estudios y su organización pareja por los diversos centros de investigación del Continente.

Desde entonces he dirigido la investigación en el Seminario y en estos años ya hemos logrado reunir un material de valor: alrededor de 250 procesos extractados y anotados, tanto del Archivo de la Audiencia como del de la Capitanía General y de los de los Juzgados locales, todos los cuales son muy ricos.

Para que esta investigación sobre la jurisprudencia pueda dar todos los frutos que son apetecibles, es indispensable que se trabaje en colaboración entre los Institutos que son capaces de realizarla, uniformando planes y técnica. Hablo en uno de ellos, el Instituto de Historia del Derecho Argentino y Americano, que me hace la honra de recibirme, y que tan bien ganado prestigio tiene por su obra admirable, y sé que estas palabras no han de caer en el vacío.



ESTE FOLLETO
NÚMERO XIII DE LA SERIE
«CONFERENCIAS Y COMUNICACIONES»
DEL
INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO
ARGENTINO Y AMERICANO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 4 DE NOVIEMBRE DE
1946

Biblioteca del Gioja. UBA
Uso académico