

# LA PENA EN EL DERECHO HISPANO-INDIANO: SENTIDO MORAL Y RELIGIOSO

JUAN BAUTISTA FOS MEDINA (UCA)\*

## 1. Concepto de delito y de pena

En las *Etimologías* de San Isidoro de Sevilla (Libro V, nro. 26) se brindan nociones de delito y de pena. En aquella recolección enciclopédica de la sabiduría antigua el concepto de delito (*facinus*) deriva de hacer (*facere*) un mal, porque causa daño a otra persona (San Isidoro de Sevilla, 2004, p. 519).<sup>1</sup>

Las Partidas recogen el pensamiento de Isidoro de Sevilla. En ellas se considera delito (dice contiendas y bullicios) a los malos hechos que se hacen a placer (satisfacción) de una parte y en daño y en deshonra de la otra, porque tales hechos son contra los mandamientos de Dios, contra las buenas costumbres, contra lo establecido por las leyes y contra los fueros. Y tales hechos pueden ser conocidos por el juez de tres maneras: por acusación o querrela, por delación o denuncia y por oficio o pesquisa (Prólogo de la Partida 7ª).

Las mencionadas obras remiten, pues, al concepto de mal el cual es imprescindible para comprender el sentido de la pena; sin aquél, cualquier sistema punitivo omitiría el fondo de la cuestión. En ese sentido, San Isidoro aborda el tema de las penas establecidas en las leyes (Libro V, nro. 27, 1-2). Dice allí: La palabra mal tiene un doble sentido: lo que un hombre puede hacer y lo que puede sufrir. El mal que hace es un pecado, el mal que sufre es un castigo. La palabra pena va siempre acompañada de un determinante, según el obispo de Sevilla; sin el mal no tiene sentido completo. Y así, cuando, añadiéndolo dices ‘pena de cárcel’, ‘pena de destierro’, ‘pena de muerte’, le confieres su sentido (San Isidoro de Sevilla, 2004, p. 521).<sup>2</sup>

El mal está en la raíz del delito y es lo que trae aparejado la pena. En el derecho hispanoamericano del Antiguo Régimen no se ignora esta cuestión. Ignorarla implicaría perder la noción de causa y efecto. Por ello, toda referencia al delito tiene un fundamento último e “in re” en

---

\*Doctor en Ciencias Jurídicas, investigador y profesor titular de Historia del Derecho (UCA). Ponencia en las III Jornadas de Historia del Derecho, “La Historia del Derecho hasta 1880”, 6 y 7 de septiembre, Corrientes, Universidad Nacional del Nordeste-Pontificia Universidad Católica Argentina, 2023.

<sup>1</sup> “*Facinus dictum a faciendo malum, quod noceat alteri*”. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2004, p. 519.

<sup>2</sup> Hay castigo, enseña Isidoro, “cuando un juez impone al reo una pena...”. En tanto, crimen “es una denominación derivada de ‘carecer’; así, el robo, la falsedad, etc., que no matan, pero privan de la fama a su autor”. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, pp. 521-527.

el mal, es decir, en una dimensión ontológica. Este es el substrato del delito que, tanto la filosofía como la teología, ayudan a comprender.

El mal, que es privación de bien, puede distinguirse en aquella época en cuanto es causa del delito, lo que es algo malo, y en cuanto es causado por la pena, lo que es algo bueno porque restablece el equilibrio de la justicia.

Si tuviéramos que definir el delito según la concepción tradicional el delito sería un acto voluntario malo, mediante el cual alguien se busca a sí mismo en perjuicio del prójimo, provocando un daño grave a otro -en su persona o en sus bienes-, lesivo de la ley natural y de la ley divina y, por ello, que debe ser penado por la ley humana (en tanto expresión de aquellas leyes), a fin de reparar el orden justo quebrantado. Éste último, por tanto, reconoce un triple orden de leyes, necesario para la consecución de la justicia.<sup>3</sup>

Ahora bien, en cuanto a la pena, el derecho castellano medieval la consideraba como una enmienda de pecho o escarmiento que es dado según la ley a algunos por los yerros que hicieron (Partida 7, tít. 31, ley 1).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Escriche sintetiza la definición de delito propuesta por los publicistas de su época. La infracción de la ley penal: un acto prohibido, porque produce más mal que bien, esto es, más mal para el paciente que bien para su autor: la violación de un deber exigible, hecha en perjuicio de la sociedad o de los individuos: la lesión de un derecho. (Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, tomo I, viuda e hijos de Antonio Calleja, Madrid, 1847, p. 620). La noción de delito como acción típica, antijurídica y correspondientemente culpable penada por la ley, que figuraba en los tratados de derecho penal hace unas décadas atrás, sería considerada por los juristas de aquél derecho cristiano como una definición reduccionista de delito que, en términos actuales sería calificada de corte racionalista y positivista. De manera que si se considera al delito sólo como una acción culpable que depende del requisito de tipicidad de la ley para ser reprimido, un sistema penal que no castigara legalmente, v.gr. el robo, dejaría impune dicho delito, lo que sería injusto y disvalioso socialmente.

<sup>4</sup> Levaggi sostiene que la noción de pena en las Partidas refiere a la “reparación de daño y castigo según ley al delincuente por el delito cometido”. Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino (Castellano-indiano/Nacional)*, tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 291. Según el Diccionario de Escriche pena de pecho “es la que tiene por objeto satisfacer al perjudicado los daños que se le hubieren ocasionado, cual es la del doble, triple y cuádruple en los casos de hurto y rapiña. Pena de castigo es la que tiene por objeto satisfacer a la vindicta pública y reprimir los delitos con el temor del escarmiento” (Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Cía., París, 1851, p. 1341). De ahí que, según el Diccionario de Escriche, la pena es un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción; o bien: un mal que la ley hace al delincuente por el mal que él ha hecho con su delito. La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien, y la pena al contrario más bien que mal... El fin de la pena es reparar en cuanto sea posible el mal causado por el delito, quitar al delincuente la voluntad o el poder de reincidir, y contener por medio del temor los designios de los que intenten imitarle (Escriche, *Diccionario...*, 1851, p. 1339).

Escarmiento es el castigo, multa o pena que se impone a alguien por haber cometido una falta. Según el diccionario de la Real Academia Española el verbo escarmentar significa también “aprender de la experiencia propia o ajena para evitar caer en los mismos errores”.

Según Las Partidas los jueces dan a los hombres pena por dos razones: una es porque reciban escarmiento de los delitos que hicieron; la otra es para que todos los que lo vieren y lo oyeren tomen de esto ejemplo y apercibimiento para precaverse del delito por miedo a la pena (Part. 7, tít. 31, ley 1). Es decir, en el Código Alfonsino la pena es un castigo correctivo-preventivo. En efecto, es un castigo correctivo para el delincuente, para restaurar, mediante aquél, el equilibrio roto como consecuencia del delito cometido y, a fin de que surta un efecto medicinal para el comitente y se enmiende. Pero es también un castigo preventivo para evitar la comisión de delitos en el futuro.<sup>5</sup>

Escriche resume las penas en las Partidas en siete, cuatro mayores y tres menores, a saber: 1) la de muerte o perdimiento de miembro; 2) la de trabajo perpetuo en los metales o labores del rey; 3) la de destierro perpetuo a isla u otro lugar cierto, con ocupación de todos los bienes; 4) la de prisión perpetua, que solo puede darse al siervo, según dice la ley, porque la cárcel no es para castigo de los presos sino para guardarlos hasta que sean juzgados; 5) la de destierro perpetuo a isla sin confiscación de bienes; 6) la de infamia, privación de oficio, o suspensión temporal en el uso de él; 7) la de azotes, heridas y deshonor pública, poniendo al reo en la picota, o al sol desnudo y untado de miel para que le piquen las moscas. Otras penas menores se aplican según el arbitrio del juez por delitos leves; y entre ellas son muy frecuentes las multas o penas pecuniarias.<sup>6</sup>

## **2. El sentido religioso de la monarquía hispánica: Cooperación entre el poder espiritual y el poder temporal**

---

<sup>5</sup> En la norma citada (ley 1) se advierte, en otras palabras, cómo la legislación castellana perseguía el delito, según los siguientes objetivos principales: 1) la represión del delito como un acto de reparación de la justicia vulnerada y como acción vindicativa; 2) el fin del escarmiento ejemplar para rectificar la vida del malhechor y evitarle un daño espiritual y material; 3) la función intimidatoria, a fin de que la severidad del castigo provocara el miedo suficiente para que fuera eficaz y socialmente disuasivo. Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino...*, p. 291.

<sup>6</sup> Escriche, *Diccionario...*, 1851, p. 1339. De todas formas, se trata de una clasificación enunciativa y no una enumeración exhaustiva, ya que existieron muchas más penas, como las penas de galeras, de saco, etc. Aquellas penas provienen mayormente de la antigüedad romana, así como de los pueblos germánicos y del derecho canónico. Las penas, en sustancia, poco variaron durante la Cristiandad. Ya Tulio afirmó en sus escritos que eran ocho los tipos de castigos contenidos en las leyes: multa, cadenas, azotes, talión, ignominia, exilio, esclavitud y muerte. San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, p. 523. Ver Marquardt, Bernd, “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”, *Pensamiento Jurídico*, no. 49, Enero-Junio, Bogotá, 2019, pp. 13-79 y Levaggi, Abelardo, *Historia del Derecho penal argentino*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978.

En la cosmovisión político-religiosa medieval el rey era vicario de Dios en lo temporal mientras que el Papa lo era en lo espiritual; ambos poderes o “dos espadas”, como se las denominaba, debían ayudarse recíprocamente para cumplir el alto fin que tenía cada una en su ámbito de competencia.

La mentada doctrina de las dos espadas se expresa claramente en el prólogo de la 2ª Partida, donde se advierte el trasfondo religioso de la monarquía hispánica.<sup>7</sup>

Se pone de manifiesto que la Fe católica es el bien supremo de la comunidad, en la que se debe creer, honrar y respetar porque, en virtud de la recta razón, Dios es la causa primera, el principio y el fin de todas las cosas, de todo lo creado. Es el alfa y el omega.

En su comienzo, aquella Partida explica cómo deben articularse las “dos espadas”, al afirmar que la jerarquía de la Iglesia ha sido colocada por Dios en este mundo para que ella misma crea y observe aquella Fe y, además, para dar a conocer a los demás cómo deben creer en ella y observarla.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> La unidad religiosa generada por la conversión al catolicismo del reino visigótico, (algo semejante ocurre en los demás reinos germánicos), tiene como consecuencia “la íntima asociación de la Iglesia con la realeza en el gobierno y la administración de la que son expresión institucional en España, los concilios de Toledo... En el plano doctrinal postulaba el autor de las Etimologías la más estrecha coordinación entre la autoridad eclesiástica y el poder real... Cuando Carlomagno restauró el Imperio en Occidente (800), el problema de la relación entre el poder temporal y el espiritual hubo de plantearse con mayor rigor. De hecho, la estrecha cooperación entre el emperador y la Iglesia tendía a desdibujar los límites de las respectivas esferas de acción. Con Carlomagno, y más tarde con Otón el Grande y sus sucesores, los fines del Imperio se identificaron al máximo con los de la Iglesia, integrándose conscientemente en ellos.... En el período patrístico, en todo caso, la teoría había acentuado más bien la dualidad, dentro de una concepción unitaria de la sociedad cristiana. La expresión clásica de este dualismo se debe a Gelasio I, Papa del 492 al 496, que la condensó...: el emperador es hijo de la Iglesia, y no cabeza suya...; pero el poder temporal es distinto del espiritual; ambos derivan de Dios su autoridad, y sólo a El están sometidos en el ámbito de su función, si bien el espiritual es más excelente, por cuanto habrá de rendir cuentas también por los reyes de los hombres. Tenemos aquí el punto de partida de la famosa teoría de las dos espadas, acerca de la cual se discutirá mucho en la Edad Media. Dos espadas simbolizan las dos autoridades supremas queridas por Dios para el gobierno del humano linaje, y no pueden estar unidas en una misma mano. Esto era convicción común de todos”. Pero la formulación más significativa de esta teoría es en la época carolingia, formulada por Hicmaro (806-882) quien, en un rescripto sinodal del Concilio de Fismes (881) establece la distinción entre el poder espiritual y el temporal. “Sólo Cristo pudo ser a la vez sacerdote y rey. Después de su muerte, las dos dignidades recaen en titulares distintos, sin que puedan confundirse. Ahora bien, por la índole de su respectiva vocación el sacerdocio es superior a la realeza, y ello se pone de manifiesto en el hecho de que es el sacerdote el que unge al rey en la ceremonia de la coronación. De ahí que no pueda el monarca temporal inmiscuirse en los asuntos espirituales y esté en cambio obligado a defender la Iglesia y a inspirarse, para su legislación, en los preceptos divinos”. Truyol y Serra, Antonio, *Historia del Filosofía del Derecho y del Estado*, tomo I, 12ª edición revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 279-280.

<sup>8</sup> El fin supra-terreno del hombre arraigó a tal punto que fue popular la copla que decía: “El que se salva sabe y el que no, no sabe nada”.

Aunque sean los ministros de la Iglesia quienes estén obligados en hacer respetar la Fe católica, existen enemigos manifiestos que no creen en ella y, más aún, malos cristianos atrevidos que no la obedecen ni la quieren observar. Y, como esto es algo que debe prohibirse y castigarse severamente, pero que el clero no podría hacer por sí mismo -porque tiene un poder espiritual, pleno de piedad y misericordia-, es que Dios dispuso otro poder -el temporal-, para se cumpliera en este mundo dicho respeto a la Religión y que ello se hiciese por mano de los gobernantes (sean emperadores o reyes).

Declaran las Partidas en el mismo lugar, que aquellas son las dos espadas por las que el mundo se sostiene: una espada espiritual y otra temporal. La espiritual corta los males escondidos u ocultos; la temporal los manifiestos o públicos.

Pero el prólogo de la 2ª Partida no termina allí. Ambos poderes se unen en la fe de Cristo para dar justicia cumplidamente al alma y al cuerpo. Por tanto, conviene que los dos poderes estén siempre de acuerdo y que colaboren recíprocamente en cooperación armónica y amistosa. Porque si no estuvieren concordes sería contrario al mandato divino y, forzosamente, disminuiría la fe y la justicia, y, consecuentemente, no podría durar largamente en el mundo ni el bienestar ni la paz.

Se advierte, de esta doctrina, la supremacía de la Religión en la vida política; todos deben someterse a ella, no sólo sus ministros sino también el gobernante (rey y vasallos) y, en fin, la sociedad toda.

Sin embargo, no se confunde la religión con la política, ni el gobierno espiritual con el gobierno temporal. Son distintos y tienen competencias distintas. El poder espiritual debe difundir la creencia; el poder temporal debe cuidar que la creencia se difunda y castigar a aquellos que lo impidan, incluso a aquellos que se nieguen a cumplirla. Porque toda la sociedad debe estar penetrada de las enseñanzas evangélicas. Planteo semejante emerge frente a la conquista y evangelización de América.

Ambos poderes, pues, están sujetos a la Fe y cada uno tiene su esfera de acción, que debe maridarse para que la comunidad marche por el camino de la concordia. Según la doctrina de las dos espadas, el trono y el altar se unen en dulce connubio. Deben tirar juntos, como lo hacían, en el pasado, los dos bueyes del carro del mismo yugo.

Esta concepción católica de la Política, dicen Las Partidas, es de derecho divino, porque el mismo Jesucristo el Jueves de la Última cena la descubrió a los suyos y en virtud de ella entran en juego, tanto la “auctoritas” del poder espiritual como la “potestas” del poder temporal.

Según Álvaro d’Ors, la primera la ejercen los que saben y la segunda los que pueden. Una depende de la otra, como la voluntad respecto de la inteligencia en el orden del conocimiento y la inteligencia respecto de la voluntad en el orden de la praxis, pero en este caso ambas -siendo distintas-

están unidas en unión sustancial. Porque ambas se necesitan para la consecución del bien común político, como el cuerpo precisa del alma y el alma del cuerpo.

La Iglesia por sí sola no puede hacer respetar la Fe así como la corona tampoco sabe por sí sola cómo hacerlo. Y aunque la última pueda hacerla respetar porque tiene la fuerza, requiere que la guíe la jerarquía eclesiástica con la luz de la Fe, porque ella la tiene en depósito de manos de su Fundador, para el bien de todos a través de la piedad y de la misericordia (Prólogo a la 2ª Partida).

Debido al carácter de guía que goza la Iglesia católica se ha considerado su preeminencia sobre el poder político. Ello se advierte en la bula *Unam sanctam* de 1302, del Papa Bonifacio VIII, emitida unas décadas después del fallecimiento de Alfonso X el Sabio.<sup>9</sup>

Todo el orden político se vertebra, pues, en torno a este esquema filosófico-teológico. Aquí está la clave de bóveda del régimen monárquico tradicional, su fundamento y sus principios operativos a partir de los que se estructuran las autoridades y sobre los que descansa la sociedad medieval e indiana.

Aquella dualidad de poderes se refleja en la mentalidad del antiguo régimen castellano-indiano, cuando se invoca frecuentemente en toda suerte de documentos la fórmula conocida como “el servicio de ambas majestades” o de “entrambas majestades”, es decir la de Dios y la del rey.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> La bula *Unam Sanctam*, en su parte pertinente, dice así: “Por las palabras del Evangelio somos instruidos de que... hay dos espadas: la espiritual y la temporal... Una y otra espada, pues, está en la potestad de la Iglesia, la espiritual y la material. Mas ésta ha de esgrimirse en favor de la Iglesia; aquella por la Iglesia misma. Una por mano del sacerdote, otra por mano del rey y de los soldados, si bien a indicación y consentimiento del sacerdote. Pero es menester que la espada esté bajo la espada y que la autoridad temporal se someta a la espiritual... La potestad espiritual tiene que instituir a la temporal, y juzgarla si no fuere buena... Luego si la potestad terrena se desvía, será juzgada por la potestad espiritual; si se desvía la espiritual menor, por su superior; mas si la suprema, por Dios solo, no por el hombre, podrá ser juzgada... Ahora bien, someterse al Romano Pontífice, lo declaramos, lo decimos, definimos y pronunciamos como de toda necesidad de salvación para toda la humana criatura”. El mismo pontífice proclamó “... que en nada queremos usurpar la jurisdicción del Rey... Pero tampoco puede negar el Rey ni otro fiel cualquiera que no nos esté sujeto por razón del pecado”. Denzinger, Enrique, *El magisterio de la Iglesia*, Biblioteca Herder, 5ª reimpression, Barcelona, 1997, nro. 469, pp. 170-171.

<sup>10</sup> Escribe Constantino Bayle S.J. que no era hipocresía ni meras fórmulas lo del “servicio de ambas Majestades”, alegado en memoriales o relaciones. Ello lo demuestra el resultado final: la civilización y evangelización americana conseguida. También se acreditó aquella creencia tradicional en el acto de descubrimiento del océano Pacífico, cuando Vasco Nuñez de Balboa tomó en la mano un estandarte con la imagen pintada de la Virgen María con el Niño en brazos y al pie de dicha imagen las armas reales, y con espada y rodela en sus manos se adentró en el mar hasta las rodillas y comenzó a pasear diciendo “vivan los muy altos e muy poderosos Reyes don Fernando e donña Johana...”, tomando posesión en nombre de Castilla y en nombre de la religión cristiana, y para testimoniar esto último grabó tres cruces en un árbol, según Fernández de Oviedo, en reverencia de la Santísima Trinidad “en cuyo nombre por Castilla e por los Reyes Serenísimos presente e porvenir della tomó posesión”. Bayle, Constantino, *Santa María de Indias*, Apostolado de

En los bandos de buen gobierno indianos se advierte claramente la invocada fidelidad a las dos Majestades<sup>11</sup> así como en el discurso inaugural del doctor Sancho de Llamas y Molina, pronunciado en 1797 ante el tribunal en su condición de regente de la Audiencia de Valencia, llamado *Sobre las obligaciones de los jueces*<sup>12</sup>.

La administración de justicia en cabeza del rey reviste también una suerte de carácter divino, ya que la misión de castigar del monarca es una suerte de vindicta divina que se realiza por mano del vicario o ministro de Dios para el bien, según la doctrina paulina.

En definitiva, sobre la Fe se asienta no sólo el poder espiritual sino también el poder temporal y todo el edificio social y político. Del respeto irrestricto a la triple jerarquía de leyes (ley humana, ley natural y ley divina) depende la legitimidad del gobernante y del propio régimen monárquico. Con el cesaro-papismo o el papo-cesarismo y, principalmente desde el siglo XVIII, con el regalismo, el régimen sufrirá el resquebrajamiento de sus cimientos, que provocará la paulatina pérdida de su unidad imperial.

---

la Prensa, Madrid, 1928, pp. 74-77. Se advierte también aquella devoción en el servicio a los dos majestades en la obra de gobierno del Maestre de campo José García de Salcedo en la Nueva Vizcaya. De Andrés Martín, Juan Ramón, *Al servicio de ambas majestades. El gobierno del maestre de campo José García de Salcedo en la Nueva Vizcaya (1671-1676)*, Galland Books, 2016. No obstante, el servicio de ambas majestades no ha sido sólo una concepción hispánica, dado que el pueblo de la Vendée levantado en armas en 1793 contra las huestes de la Revolución francesa, lo hizo enarbolando el estandarte de *Dieu le roi*, señalando así su fidelidad a Dios y al rey, al “trono y al altar”.

<sup>11</sup> En los bandos de buen gobierno de Indias se puede apreciar, en todo su detalle, la cooperación de las autoridades locales con los fines de la Iglesia en la augusta misión de administrar justicia. Por ejemplo en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, del 19 de enero de 1781, quienes en el inicio del bando prescriben: “Por cuanto conviene al bien de esta república y servicio de ambas Majestades el que se publique por auto de buen gobierno en ella, por el cual se haya de observar, cumplir y guardar lo que se manda para el mayor régimen que se deba llevar en la administración de justicia...”. Asimismo, el cabildo de la ciudad de San Luis, en Cuyo, preveía: “Nos, el cabildo... estando en la sala capitular de nuestro ayuntamiento, donde nos juntamos a conferir y tratar en cuanto conduce al bien espiritual y temporal de nuestra república...”. Tau Anzoátegui, Víctor, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*, Instituto de Investigaciones de Historia del derecho, Buenos Aires, 2004, pp. 368-369 y p. 495.

<sup>12</sup> “Sabidamente está establecido y ordenado por nuestro Augusto y benéfico Soberano que, todos los años, a la abertura de este sagrado Tribunal, de cuyas decisiones pende nada menos que la quietud y pública tranquilidad de sus muy amados Vasallos, y aún muchas veces su mismo honor y vida, haga su Cabeza una conveniente exortación, dirigida, o bien a remediar por este suave medio los abusos, que insensiblemente se introducen en todas las cosas humanas, o bien a alentar y animar a los Ministros y sus Subalternos a que desempeñen todos y cada uno de por sí sus respectivas obligaciones con el zelo que exige el servicio debido a ambas Magestades”. Aznar i García, Ramón, “La bondad del juez: la mejor garantía de justicia. un discurso de sancho de llamas y Molina (1797)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2010, p. 572.

### 3. La pena y su sentido religioso

Prácticamente toda la Partida 1ª (títulos 3 a 24) se refiere especialmente a la Fe Católica, donde se advierte fuerte influencia de la teología y del derecho canónico a resultas del *Ius commune*, mixturado éste con el derecho de la Iglesia y el derecho romano justinianeo. No obstante ello, todas las Partidas están cargadas de referencias y de disposiciones de contenido religioso.

Insistimos en que todas la cultura y las instituciones están traspasadas por la Fe y por consiguiente, también el Derecho. El dicho “no ser más papista que el Papa” parece que en la legislación castellano-indiana no se verifica; la monarquía hispánica defiende celosamente la Fe y la moral cristianas hasta un punto hoy increíble. Ejemplo de ello es la potestad del rey de mandar a los confesores preguntar a los que se confiesan si saben el Avemaría, el Paternoster y el Credo (ley 71, tít. 4, Part. 1).<sup>13</sup>

La impronta religiosa se observa en que el concepto de delito se subsume en el de pecado y el de pena civil se asemeja a la pena y a la enmienda, ambas contempladas en el sacramento de la penitencia, siendo la enmienda condición del perdón.<sup>14</sup> Parece que el derecho canónico fuera el

---

<sup>13</sup> En el bando de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán del 19 de enero de 1781, se dispuso: 1.- Primeramente, mandamos que Dios, Nuestro Señor, sea loado y que ninguno se atreva a blasfemar de su santísimo nombre y el de su santísima madre, Nuestra Señora, la Virgen María y santos de la Iglesia, so pena de proceder contra el que incurriere severamente, lo que dará mérito para la prisión de su persona... 2.- Que todas las personas de uno y otro sexo de cualquier condición y calidad que sean, que al toque de la campana, con el que se hace seña al tiempo que alzan a Nuestro Dios y Señor Sacramentado en la misa mayor que se celebra en la iglesia matriz, se postren, arrodillen y reverencien como le corresponde a la divina Majestad, oyendo dicha campana donde quiera que estén y que así se mantengan postrados todo el tiempo que durare dicho toque de campana, con el apercibimiento de que al que se le notare alguna falta en su observancia, se le castigará con la pena que corresponda a tamaño desacato e irreverencia...” (Tau Anzoátegui, *Los bandos...*, pp. 368-369). La Nueva Recopilación de las leyes de Castilla estuvo vigente como derecho supletorio en los territorios de ultramar y así preveía una disposición legal semejante al establecer lo siguiente: “...Mandamos, i ordenamos, que quando acaesciere que Nos, o el Príncipe heredero, o Infantes, nuestros hijos, o otros qualesquier Christianos, vieremos que viene por la calle el santo Sacramento del Cuerpo de Nuestro Señor, que todos seamos tenudos de lo acompañar fasta la Iglesia donde salió, i fincar los hinojos para le hacer reverencia, i estar assi, hasta que sea passado : i que Nos no podamos escusar de lo assi hacer, por lodo, ni por polvo, ni por otra cosa alguna e qualquier que assi no lo hiciere, que pague seiscientos maravedís de pena... O, siendo el domingo un día santo, que no se trabaje ni abran tiendas, bajo pena de multa (Nueva Recopilación de las leyes de Castilla, Libro I, título 1, ley 2 y 4).

<sup>14</sup> Cuando en la Partida 1ª (tít. 4, ley 58), al referirse al sacramento de la penitencia, expresa “et qué pena debe haber para haber perdón el que face el pecado criminal: et qué pena meresce el que face el pecado mortal: et por qual enmienda que faga será quitto”. ¿Y qué es penitencia para las Partidas? La ley 59 dice que tiene dicho nombre porque “arrepentimiento tanto es como tener home por mal la cosa que ha fecho sin guisa, et haber voluntad de se partir della... Onde del arrepentimiento que se face con dolor del mal que fizo, et de la pena que toma para enmendarlo, nace este nombre penitencia”. Porque ésta “es tan buena cosa en sí que faz al home por fuerza ayuntar con Dios por amor, lavando la voluntad, que no puede ser lavada por otra cosa sinon por la penitencia, quando saca della las manciellas de los pecados

modelo del derecho penal. La doctrina paulina influye claramente en la doctrina penal del derecho antiguo. En ella se alude frecuentemente a la misericordia divina y al perdón de los delitos, este último en sentido de faltas (*Efesios 2, 1; Colosenses, 2, 13*).<sup>15</sup>

Los delitos están comprendidos dentro de un amplio y difuso contexto normativo, de leyes de derecho divino, natural y humano. Así, en un manual práctico del siglo XVIII para instrucción de jueces, se decía: “En toda causa criminal debe constar del cuerpo del delito, y en todas es delito el hecho, ó hechos, que contra Leyes Divinas, o humanas, y en perjuicio de tercero se hizo”.<sup>16</sup>

#### **4. Delito y pecado**

Detrás de la idea de delito subyace el concepto de pecado, que está en su raíz. Y ello es así porque, como quedó dicho, la Corona abrazó la doctrina católica enseñada por la Iglesia, la consagró legalmente y también la reconoció en las variadas formas en que se plasmaba el derecho, sobre todo en la costumbre.

De esta manera, las Partidas distinguen a los pecados en grandes, medianos y menores. Pecados muy grandes y muy desaguisados son, según la Iglesia, matar a hombre a sabiendas o de grado, o hacer simonía en orden o ser hereje. Y de los medianos pecados dicen que son adulterio, fornicación, falso testimonio, robo, hurto, soberbia, avaricia, rencor de largo tiempo, sacrilegio, perjuro, embriaguez cotidiana, engaño en dichos o hechos de que viene mal a otro (Partida 1, tít. 5, ley 33). Pecados menores se consideraba a los veniales, es decir, cuando el hombre come y bebe más de lo que debe, o habla o calla más de lo que conviene, o responde ásperamente al pobre que le pide alguna cosa, o si llega tarde a misa por gusto de dormir, o si fuere rencilloso, o bravo de palabra, o

---

et de los yerros que los homes facen” (tít. 4, ley 60). Y el gran provecho que viene de la penitencia a los que la reciben, además de unir a los hombres con Dios, “tiene aun grant pro en facer que vivan buena vida... dale esfuerzo et firmedumbre para non caer en ellos (pecados) de allí en adelante: et desta manera provecha tanto, que faz al alma limpia et al cuerpo bueno” (ley 61). Porque la cruz hace dos cosas que hacen bien al hombre: perdonar y salvar (ley 65).

<sup>15</sup> O como ha escrito Santo Tomás de Aquino que de la sangre de Cristo “habría bastado una gota para redimir a todo el mundo de todo delito” (*La Santa Biblia*, 2007, p. 280).

<sup>16</sup> Cf. Fernández de Herrera Villarroel, G., *Práctica criminal, instrucción (nueva y útil) de substanciar las causas...*, Madrid, 1756, Lib. I, Cap. V, § 17, p. 27 citado por Agüero, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 136. Como bien ha señalado Alejandro Agüero el orden trascendente influye en el campo normativo, de forma tal que la voluntad legislatora humana y la jurisprudencia secular no tienen una independencia del ordenamiento supra-legal. De manera que “teólogos y juristas, al reflejar las convicciones de la época, reconocían “de manera explícita la preeminencia de la religión sobre el derecho, correlato del predominio adjudicado a lo espiritual sobre lo temporal” (Agüero, *Castigar y perdonar...*, p. 134)

mala compañía para su mujer, sus hijos o las personas que viven con él, o si halagare o adulare a alguno más de lo que debe, si dice palabras de escarnio, mayormente si se profieren dentro de la Iglesia, o si jura por escarnio o por juego o por ruego y no cumple lo que juró, o si maldice a alguno con liviandad o sin recaudo (Part. 1, tít. 5, ley 34).

Es útil tener en cuenta estas faltas porque el derecho y las autoridades peninsulares e indianas se aplicarán con constancia y decisión a erradicarlos firmemente de los territorios de la monarquía hispana. Ejemplo de ello es el empeño en castigar el falso testimonio (Recopilación de las leyes de Indias Lib. 7, tít. 8, ley 3, De los delitos y penas,<sup>17</sup> el adulterio (ley 4), el amancebamiento (leyes 6 a 8), etc.

La monarquía, entonces, al asumir la defensa de la Fe llega a mandar a los ministros de la Iglesia que cumplan con determinadas prescripciones (v.gr. misas anuales solemnes en acción de gracias y reconocimiento de favores, ceremonias especiales, formalidades en la evangelización, etc.); así como también aplica penas severas a los funcionarios y a los vecinos españoles que incumplan las obligaciones que deben tener hacia los indios en cuanto a la permisión de su asistencia a misa y al adoctrinamiento de la Fe.

---

<sup>17</sup> Asimismo, en una pragmática de Felipe IV de 1639, se nota la equiparación que existe entre pecado y delito, así como la intención declarada del monarca de desterrar de sus reinos el juramento en vano, por constituir un vicio y un “abominable pecado”. Así prevé: Entre los pecados y delitos que más ofenden a Dios nuestro Señor es jurar su santo Nombre en vano y con mentira: y no sólo castiga Dios este pecado en la otra vida, sino también en esta...: y porque siendo nuestra primera obligación hacer guardar, cumplir y ejecutar la santa Ley, y Mandamientos de Dios en todos nuestros Reinos, según que hasta ahora lo hemos hecho, y ejecutado, teniendo noticia del abuso, que hay en los juramentos, y deseando desterrar de mis Reinos este tan vil, y abominable pecado: mandamos que ninguna persona, de cualquier estado, y calidad que sea, jure el Nombre de Dios en vano en ninguna ocasión, ni para ningún efecto... Declaramos, que sólo quedan permitidos los juramentos, que se hacen en juicio, o para valor de algún contrato, u otra disposición, y todos los demás absoluta, y generalmente los prohibimos. Continúa el texto: “Y cualquiera persona, que lo contrario hiciere, por la primera vez incurra en pena de diez días de cárcel, y veinte mil maravedís; y por la segunda treinta de cárcel, y cuarenta mil maravedís; y por la tercera, demás de la dicha pena, cuatro años de destierro de la Ciudad, Villa, o Lugar donde viviere, y cinco leguas: y la dicha pena de destierro se pueda conmutar en servicio de Presidio por el mismo tiempo, o de Galeras, según la calidad de la persona, y circunstancias del caso: y cuando el reo no tuviere bienes para pagar la pena pecuniaria, que aplicamos por tercias partes, Cámara, Juez, y Denunciador, se conmute en otra pena correspondiente al delito, y no se pueda moderar, ni hacer remisión de ninguna de las dichas penas. 1. Y porque respecto de algunas personas no se podrían proporcionar todas las dichas penas, dejamos reservado a las nuestras Justicias el poder imponer otras, con que no sean menores que las expresadas... Ordeno y mando que... no se me pueda proponer, ni consultar para ningún oficio político, ni militar, persona que esté notada de este pecado porque mi ánimo no es hacer merced ni servirme en ninguna ocupación de aquellos que faltaren o contravinieren a este mandamiento: y expresamente declaro que junto con perder mi gracia, incurran en mi indignación...” (Nueva recopilación de leyes de Castilla, Lib. 1, tít. 1, ley 10).

Francisco Tomás y Valiente sostiene que no había, en la época, nociones nítidamente diferenciadas entre delito y pecado; se los perseguía con denuedo. Identificar, se les identificaba, conocer, se les conocía, pero sin contarse con unas categorías bien delimitadas, afirma Bartolomé Clavero, comentando el libro del autor mencionado, *El derecho penal de la monarquía absoluta*.<sup>18</sup>

“Delito es pecado y pecado es delito. He aquí... el punto de partida y... la base de operaciones. No había distinción de fondo”, sostiene Bartolomé Clavero.

“Los delitos venían en lo sustancial, como los pecados, fijados. Unos como otros no dependían de autoridad social o poder humano constituido y en ejercicio. El derecho, como la religión, se determina entonces a través de una revelación que se produce mediante la conservación de textos y la manipulación de tradición que de ellos se generara”.<sup>19</sup>

“La ley es todo el orden, tanto religioso como jurídico, con su determinación tradicional. *Deus legislator*: Dios lo determina”. Porque, según Clavero, bajo el mismo concepto se trata cualquier pena, la legal, la judicial, la convencional, la voluntaria, la sacramental; “todo es pena que surge culpa”. Francisco Suárez repetiría que “*omnis legis transgressio facit dignum pena*”, en su *Tractatus de Legibus ac Deo legislatore*.<sup>20</sup>

Existía, según la visión crítica de Clavero, distintos órdenes intimidatorios y represivos, en el orden religioso, familiar y político.<sup>21</sup>

#### **4.1. El temor: vergüenza y obediencia**

Una de las peores cosas que condena la legislación castellana es el atrevimiento. De ahí que en la época cobre relevancia el temor. Dentro de esta concepción, así como el rey debe conocer, amar y temer a Dios, así el pueblo debe conocer, amar y temer a Dios y al rey, su vicario temporal (Part. 2, tít. 2, leyes 12 y 13).

Para Las Partidas el temor de Dios reporta gran ventaja. Una cosa es el temor que viene del amor y otra es el miedo que nace del espanto de la fuerza, y es como desesperación.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Clavero, Bartolomé, “Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones”, en Tomás y Valiente, F.-Clavero, B.-Bermejo, J.L.-Gacto, E.-Hespaña, A.M.-Álvarez Alonso, C.-, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza editorial, Madrid, 1990, p. 58.

<sup>19</sup> Clavero, “Delito y Pecado...”, p. 65.

<sup>20</sup> Clavero, “Delito y Pecado...”, p. 66.

<sup>21</sup> Clavero, “Delito y Pecado...”, pp. 78-79.

<sup>22</sup> El temor es el que el hijo debe tener al padre, porque viene de amistad, porque aunque no le hiera ni le haga ningún mal, siempre le teme naturalmente por la condición que tiene y por el señorío que tiene sobre él según derecho porque es su hechura, y también por no perder el bien hecho que posee o espera tener de él.

La importancia del temor para el buen gobierno y para evitar el mal y el delito proviene de la doctrina católica del temor sobrenatural a las penas del infierno, que ha sido defendida por la Iglesia, frente a quienes la han negado, como por ejemplo Lutero en el siglo XVI (errores condenados en el Concilio de Letrán mediante la Bula *Exsurge Domine* de 1520) y los jansenistas en el siglo XVII (errores condenados en la Constitución *Auctorem Fidei* de 1794).<sup>23</sup>

La peor más terrible, la pena por antonomasia es el castigo eterno, y esa es la “pena durable”, la que hay que evitar a cualquier costo y de la que la pena temporal es sólo un reflejo o una especie de imitación.<sup>24</sup>

Dentro de este contexto, del temor nacen la vergüenza y la obediencia. Por ello, Las Partidas prevén lo siguiente: “Vergüenza segunt dixieron los sabios, es señal de temencia que nasce de verdadero amor, et ella face dos cosas que conviene mucho al pueblo que fagan á su rey; la primera que tuelle atrevimiento á los homes; la segunda que los face obedescer las cosas que deben. Ca atrevimiento non es otra cosa sinon facer ó decir lo que non deben et en logar do non conviene, et desto nascen muchos males; ca pues que los homes pierden vergüenza et toman atrevimiento, por fuerza derecha i han á entrar en carrera para seer desobedientes á lo que han de obedescer, et perder vergüenza de las cosas que han de envergoñar; mas la obediencia es cosa de que viene mucho bien, ca ella face á los homes obedescer á sus señores en todas cosas, asi como vasallos leales , et asi como fijos á padre quando lo aman et temen verdaderamente. Et por ende el pueblo non debe seer atrevido para perder vergüenza de su rey, mas débenle seer obedientes en todas las cosas que él mandare...” (Part. 2, tít. 13, ley 16).<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Denzinger, *El magisterio de la Iglesia...*, pp. 219-316-351.

<sup>24</sup> Porque, como ha dicho san Gregorio, la máxima utilidad que viene a los que temen a Dios es que los gué en este mundo directa y justamente por el camino de la verdad y endereza sus haciendas para bien y los libre de todo mal, y después de la muerte Él les de su paraíso y los libre de la pena durable (Part. 2, tít. 13, Ley 9). Según los sabios antiguos, dicen las Partidas, temer es cosa que se tiene con el amor que es verdadero, porque ningún hombre puede amar sino teme (Part. 2, tít. 13, Ley 15).

<sup>25</sup> El hacer el mal trae aparejado vergüenza (v.gr. Part. 2, tít. 9, leyes 4 y 9). La vergüenza es muy conveniente que tenga el pueblo hacia el rey, porque siempre debe tenerla de hacer y decir cosa ante él sin razón o que tenga por mal (Part. 2, tít. 13, Ley 15). La importancia de la vergüenza para la confesión lo es también para la vida pública, a fin de mantener la paz social que surge de la virtud. Por eso, las Partidas recogen las normas sobre la enmienda y la vergüenza en el sacramento de la penitencia: “vergüenza es una de las nobles cosas que el home ha en sí naturalmiente para guardarse de errar: et por ende esta non la debe ninguno haber para facer bien, mas para partirse del mal. Onde los que la hobieren de los pecados que ficieron, teniendo que fue mal por que erraron, et están avergonzados dellos, tal vergüenza como esta es buena” (Part. 2, tít. 13, ley 68). Evidentemente, el código de las Siete Partidas, redactado por juristas, moralistas y teólogos, no se desinteresaba de las acciones privadas de los hombres, como las contempladas en el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina. Ya que consideraba valioso apartarse del mal mediante la vergüenza que trae aparejada el pecado. Con ello, parece indicarse que aún las acciones pecaminosas, por más privadas

## 5. La pena y su sentido moral

Dada la supremacía de la Religión lógico era que la moral y el derecho la siguieran, para dar forma a la arquitectura política hispano-indiana. De manera que las reglas del obrar coincidieron con los lineamientos desprendidos de la creencia. De ahí que la moral, iluminada por la religión cristiana, fue una moral católica.

La importancia de la religión y de la moral se advierte en el comienzo de la dinastía borbón, mediante el decreto del rey Felipe V de 10 febrero de 1715: “Siendo en el gobierno de mis Reynos el único objeto de mis deseos la conservación de nuestra religión en su más acendrada pureza y aumento del bien y alivio de mis vasallos, la recta administración de la justicia, la extirpación de los vicios, y la exaltación de las virtudes, que son los motivos porque Dios pone en manos de los Monarcas las riendas del gobierno”.<sup>26</sup>

La pena durante la monarquía hispánica además de tener el carácter vindicativo, intimidatorio y ejemplar, tiene también un doble propósito: expiatorio y medicinal, porque mediante ella se repara tanto el orden conculcado como se obtiene la purificación del malhechor de su culpa. Al igual que los sacramentos son como una buena medicina para las enfermedades de los pecados (Part. 1, tít. 9, De los descomulgamientos).<sup>27</sup>

En esta época pareciera que la justicia penal fuera suplementaria o un refuerzo de la justicia espiritual, es decir, que cuando la religión y sus ministros, cual sanadores de almas, no lograban que el súbdito del reino se condujera por los caminos de la virtud y del bien, los ministros seculares se encargaban de castigarlo para enderezar su conducta.<sup>28</sup>

---

que sean, inciden perjudicialmente -tarde o temprano- en la vida social. Sin duda, para el derecho del Antiguo Régimen castellano-indiano el cumplimiento del Decálogo y de las enseñanzas de la Iglesia facilita la observancia de las leyes del reino y propician la concordia política.

<sup>26</sup> Muro Orejón, A. (Ed.) *Cedulario americano del siglo XVIII*, (Tomo II), Cédulas de Felipe V (1700-1724), Escuela de Estudios Hispano-americanos de Sevilla, 1969, p.429.

<sup>27</sup> Fos Medina, Juan Bautista. “La pena como concreción del fin justiciero de la monarquía hispánica” [en línea]. En: III Jornadas de Historia del Derecho. “La Historia del Derecho hasta 1880”, 6 y 7 de septiembre. Corrientes, Universidad Nacional del Nordeste; Pontificia Universidad Católica Argentina, 2023. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/17545>.

<sup>28</sup> En este sentido, el jurista Castillo de Bovadilla escribía: “Pintan a la justicia con una espada desnuda en la mano, para que con el cuchillo y fuerza de la pena secular, reprima y castigue aquellos que desahuziados y desamparados de los médicos espirituales no quieren emendarse... la dicha espada y cuchillo es para cortar la carne podrida y corrompida de los vicios, los cuales son enfermedad de la República”. Castillo de Bovadilla, Jerónimo, *Política para corregidores...*, Lib. II, Cap. II, nro. 53 citado por Agüero, “Castigar...”, p. 135.

Todavía podría decirse aún más, en el sentido que el respeto de la religión era considerado el remedio más eficaz para poner freno a los desórdenes en la vida política.<sup>29</sup>

En el Antiguo Régimen castellano-indiano existe una fuerte tendencia moralizadora en el derecho y la vida social. De ahí la importancia del buen ejemplo inspirado en la Revelación: el rey debe aprender la Escritura donde entenderá mejor la Fe y sabrá más cumplidamente rogar a Dios y leer los hechos granados del pasado de los que aprenderá muchos buenos ejemplos (Part. 2, tít. 5, ley 16).

El rey, además, debe conocer, amar y temer a Dios, así será cumplidamente un rey cristiano. Según los sabios debe preservarse en su corazón de tres maneras: la primera que no lo mezcle con codicia ni con grandes cuidados para tener honras sobradas y sin utilidad; la segunda que no codicie grandes riquezas y la tercera que no ame ser muy vicioso (Part. 2, tít. 3, ley 2).<sup>30</sup>

### **5.1. La moral y buenas costumbres**

Dentro del orden pluri-normativo del régimen castellano-indiano -ley divina, ley natural, ley humana en sus múltiples formas (leyes, fueros, costumbres, etc.)- entran en juego distintas obligaciones: como las civiles y las cristianas<sup>31</sup>. La justicia, cuya consecución es uno de los altos principios de la Monarquía, junto con la equidad, es una virtud eminentemente moral.

---

<sup>29</sup> “Por cuanto en desempeño de la jurisdicción real que ejercemos... en obsequio de la tranquilidad pública, cuyo importante celo debe interesar todo el celo de un magistrado, consultando al mismo tiempo con la inviolable obligación de que se obedezcan las leyes, se castiguen los delitos, se establezca el buen orden y se introduzca en el corazón del pueblo, no sólo aquella suavidad de costumbres que en lo político lo hagan feliz, sino también se sensibilice el sagrado respeto a la religión, que es el más firme apoyo de la subordinación y el freno más eficaz contra todos los desórdenes que pueden perturbar un Estado”. Bando de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Jujuy, don José Alvarado y don Andrés Ramos, 18/1/1794 en p. Tau Anzoátegui, Víctor, *Los bandos...*, p. 436.

<sup>30</sup> Cuando la Partida 2ª trata sobre cuál ha de ser el capellán del rey dice algo de raigambre clásica: Sabida cosa es que el hombre posee en sí dos naturalezas, una espiritual que es el alma y la otra temporal, que es el cuerpo; y así como el cuerpo del hombre necesita ayudarse de las cosas temporales para mantenerse, así también el alma necesita ayudarse de las espirituales, porque sin ellas no podría alcanzar cumplidamente aquél bien para el cual Dios lo creó. El capellán del rey debe ser, pues, de los más honrados y mejores preladados de la nación (tierra); debe tener buen seso, ser leal y de buena vida en función a la tan santa y noble tarea a su cargo, la de consagrar el cuerpo de N. S. Jesucristo y de tener en guarda el alma del rey, de manera que de su rectitud moral, el rey y los otros de su casa puedan tomar de él buen ejemplo y consejo, y lo que él haya de castigar en los otros no lo tenga en sí, según las enseñanzas del Divino Maestro. De manera que el rey debe amar y honrar a su capellán como hombre que es su confesor y medianero entre Dios y él y si el capellán no cumpliera con sus deberes, deberá ser penado como merece el capellán traidor (Part. 2, tít. 9, ley 3).

<sup>31</sup> Sentencia del oidor Velasco de 7/3/1805 en autos caratulados “Don Agustín Rosa da cuenta de que D. Manuel Almagro vive con una mulata llamada Alejandra Nanclares”. Se sobreseía a Almagro, usando de la equidad, porque previamente una providencia ordenó separar a la manceba con la que convivía (quitándole el motivo de la reincidencia)

En efecto, el monarca debe hacer derecho y justicia en el tiempo que corresponde hacer cada cosa porque si no sería ir contra las buenas costumbres (Part. 2, ti. 5, ley 15).

Según las Partidas la fama es buen estado del hombre que vive directamente según ley y buenas costumbres, no habiendo en sí mancilla ni malestar (Partida 7, título 6, leyes 1 y 4).

En la deshonra, en el adulterio, en la importancia de la castidad también se aprecie el sentido moral del castigo (Part. 7, tít. 9, ley 1 y Part. 7, tít. 17).

Otro aspecto que denota la importancia de la religión en el derecho antiguo son los castigos previstos contra aquellos que ofenden a Dios con sus palabras o con sus obras (Part. 7, tít. 28, ley 6).

Es interesante también tener en cuenta el sentido regenerador y la diferente aplicación del castigo, si se trataba de condenados varones o mujeres.<sup>32</sup>

Con la pena las autoridades indianas perseguían reformar las malas costumbres y promover las buenas. Ello se advierte claramente en los bandos de buen gobierno en Indias.<sup>33</sup>

---

y porque había sufrido el escarmiento al haber sido arrestado. De suerte que se apercibía al acusado de abstenerse en incurrir en iguales u otros excesos, porque de lo contrario sería castigado como corresponde a justicia, “esperando que dicho Almagro reformará su vida, dedicándose a cumplir las obligaciones cristianas y civiles”. AGN, S: IX: 32-6-6-exp.7. Leiva, Alberto David, *Vida forense y administrativa en el Virreinato del Río de la Plata*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2001, p. 53. El Código civil argentino de 1871, en su artículo 14, inc. 1° establecía que no eran aplicables las leyes extranjeras cuando la aplicación se opusiera al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos o a la moral y buenas costumbres. La nota de Vélez Sarsfield a este artículo del Código Civil decía: “leyes, por ejemplo, en odio al culto católico, o que permiten matrimonios que la Iglesia Católica condena”. Mientras que el artículo 515, mencionaba las obligaciones naturales, es decir, aquellas fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas.

<sup>32</sup> Estos dos aspectos se aprecian claramente con la prisión de la mujer embarazada, que debía ser dejada en un monasterio de dueñas, aun cuando el hecho que hubiese cometido conllevara pena de muerte o pena corporal, no se la debía meter en cárcel con los varones sino en prisión en algún monasterio de dueñas si lo hubiere en el lugar de apresamiento hasta que para (alumbre), poniéndola con buenas mujeres hasta que hagan de ella los jueces lo que la ley manda. Porque así como los varones y las mujeres son de distintas naturalezas así deben tener distintos lugares en que las guarden (Part. 7, tít. 29, ley 5). En ese sentido, según Bartolomé Clavero, la sodomía era más gravosa para el varón que para la mujer.

<sup>33</sup> Un bando de Hidalgo de Cisneros de 1809 declara que el gobierno de las provincias de virreinato del Río de la Plata “tiene por objeto el bien de ellas que consisten en la observancia de la religión católica, en la pureza de costumbres...”. Auto general de buen gobierno del virrey de las provincias del Río de la Plata, don Baltasar Hidalgo de Cisneros, Buenos Aires, 18/9/1809. Los bandos de buen gobierno revela también la preocupación constante de los gobernantes por regular y sancionar determinadas conductas sociales que derivaban en desórdenes y “pecados públicos”, comenzando por la ociosidad, “madre de vicios y pecados” (Bando de Gregorio de Casajús, teniente de gobernador de la ciudad de San Juan de Vera de las Corrientes de 30/9/1742). De ahí que décadas después en Buenos Aires, don Santiago de Liniers y Bremond, en línea con sus predecesores y a fin de evitar desórdenes, condenara con multa a los dueños de

## 6. El proceso penal: Cárceles, tormentos. Entre la severidad terrible de la justicia y la misericordia

La legislación penal castellana, pese a la crudeza de las penas recoge ciertos derechos que vendrían a constituir la base de algunos principios del derecho penal moderno.

Uno de aquellos derechos tiene relación con el principio del derecho penal moderno en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in ídem*). Así, en el código Alfonsino medieval, se prevenía que “de un yerro non debe home recibir dos penas” (en relación al delito de deshonor, Part. 7, tít. 9, ley 21). Este principio, sin embargo, no fue reconocido expresamente en el texto originario de la Constitución de la Nación Argentina de 1853.

El otro principio se relaciona con las cárceles. Las Partidas establecen qué pena merecen los guardadores de presos si les hicieren mal o deshonor por malquerencia que les hayan o por algo que les prometan dar los enemigos de ellos. En este supuesto, la cárcel debe ser para guardar los presos y no para hacerles otro mal ni para darles pena en ella... porque les basta con estar presos y recibir cuando fueren juzgados la pena que mereciesen según mandan las leyes (Part. 7, tít. 29, ley 11).<sup>34</sup>

El proceso penal podía incluir los tormentos (suprimidos con la Asamblea del Año XIII y la Constitución Nacional en 1853)<sup>35</sup> y el durísimo cumplimiento de la pena implicaba colocar de noche

---

pulperías y casas de trato que las mantuvieran abiertas más allá de las diez de la noche, así como prohibía a toda clase de gente que organizaran bailes fuera de “casas decentes” y en circunstancias de festividades o regocijos (Bando del gobernador y capitán general interino de las provincias del Río de la Plata, 11/5/1808). También don Rafael de Sobre Monte en Córdoba quiso desterrar la ociosidad, “raíz de todos los males”, de la que resulta la perversión de muchos incautos que... se arrojan y precipitan a cometer muertes, robos y toda clase de maldades, por cuya libertad y falta de corrección se padecen en los pueblos y lugares de campaña las mayores inquietudes, donde subsisten los amancebamientos, juegos y embriagueces. Consecuentemente, con el objeto de restablecer la tranquilidad y extirpar los “abusos que produce el libertinaje, para reducir a los moradores de díscolo y atrevido genio a una sujeción cristiana y debida subordinación, según está recomendado por las leyes del reino”, designa un juez pedáneo en aquellos lugares (Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, 1/2/1785). En Tau Anzoátegui, *Los bandos...*, pp. 229, 339-341, 373-374.

<sup>34</sup> El artículo 18 de la Constitución Nacional prevé que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

<sup>35</sup> Los tormentos y la pena de muerte son un capítulo que parece reñido con la moral. Era prácticas penales comunes en Occidente y que todavía perviven en algunos países del mundo (la Iglesia consideró a la pena de muerte como un recurso penal válido hasta la última modificación del Catecismo de la Iglesia Católica en 2018. Respecto de los tormentos, las Partidas mandan atormentar mesuradamente, de manera que por las heridas que se les diere a los procesados se los mueva a decir la verdad, siempre que las heridas sean tales que no mueran ni queden lisiados (Part. 7, tít. 30, ley 5). El tormento era justificado, según las Partidas, porque era la pena que hallaron los que fueron amantes de la justicia

a los presos cadenas o cepos mientras eran vigilados por hombres con candelas, de modo que no se pudieran soltar (Part. 7, tít. 29, ley 6).

No obstante, se mandaba que ningún pleito criminal pudiese durar más de dos años y, si en este espacio de tiempo no se pudiese ser sabida la verdad del acusado, se tenía por bien que fuese sacado de la cárcel en que estaba preso y liberado, al tiempo que se debía dar pena al acusador (Part. 7, tít. 29, ley 7).<sup>36</sup>

Asimismo, el poder absoluto del rey, que comprendía la administración de justicia, implica el de castigar y perdonar (Part. 7, tít. 32). Además, mediante el arbitrio judicial, tratándose de delitos menores los jueces tenían la atribución de determinar la pena. Parece que los jueces tendían a aplicar la misericordia y atenuaban, a través de aquél recurso, las duras penas del sistema.

## **7. El régimen penal especial de los indígenas**

El régimen de privilegio en favor de los indios en la América española implicó darles un tratamiento de excepción y ajustado a derecho. Un derecho que se manifestaba para con ellos benévolo y diferencial, humano y especial que. Proviene, sin duda, de una religión que pone el énfasis en la caridad con el prójimo (y proclama hasta el amor a los enemigos). Una Fe que tiende a moralizar todas las materias de gobierno de la “Monarquía Católica”.

El buen trato de los naturales de Indias ha sido uno de los grandes fines de la monarquía hispánica, abrazado inicialmente por la reina Isabel la Católica y respetado, luego, por sus sucesores. Podríamos decir, utilizando un lenguaje actual, que aquello significó una “política de Estado”. Ésta se inspiró en los ardientes deseos apostólicos de la reina de Castilla, que se manifestaron desde la

---

(y los sabios antiguos) para escudriñar y saber la verdad a través de él, de los malos hechos que se hacen encubiertamente, que no pueden ser sabidos ni probados de otra manera. Dos tormentos principales habían: los azotes y el colgar de los brazos y cargando las espaldas y las piernas de lorigas o de otra cosa pesada (Part. 7, tít. 30, ley 1). Sin embargo, Escriche ha escrito lo siguiente: “Si tratamos de averiguar el origen del tormento en España, tal vez hallaremos que su introducción en los tribunales fue ilegítima y contraria al espíritu de nuestras leyes. Nada se habla de él en nuestros primeros códigos, ni en el Fuero Real, ni el Fuero Viejo de Castilla, ni en el Ordenamiento de Alcalá. Y, pese al carácter subsidiario de las Partidas respecto de aquellas leyes, que estaban por encima en el orden de prelación, se aplicaron en esta materia igualmente aunque aquellas leyes contenían “otras que determinaban el modo de hacer las probanzas sin el uso de un medio tan incierto como terrible y doloroso”. (Escriche, *Diccionario...*, p. 1504).

<sup>36</sup> El seguimiento de los presos debía ser rigurosamente supervisado por el carcelero mayor quien debía dar cuenta una vez al mes al juzgador mayor de los presos que tenía, del nombre y edad y del motivo y tiempo de encarcelamiento, entre otras cosas. El juzgador de cada lugar debía ser diligente para hacer cumplir esto para quitar/sobreser o condenar. Severas penas correspondían a ambos en caso de mal cumplimiento (ley 8).

primera hora del Descubrimiento, como ella misma manifiesta en su codicilo, recogido en la Recopilación de las leyes de los reinos de Indias (Recop. Indias Libro 6, tít. 10, ley 1).<sup>37</sup>

Muchas son las normas donde se encarece el buen trato y la evangelización del indígena. Mencionemos solamente dos que pertenecen a Felipe II, en las que ordena instruir en la Fe católica a los indios, mandando siempre que no reciban mal trato: "...sin que por ninguna vía ni ocasión puedan recibir daño, pues todo lo que deseamos es su bien y conversión" (Libro 1, Tít. 1, ley 4) y "los Indios

---

<sup>37</sup> "Por quanto al tiempo que nos fueron concedidas por la Santa Sede Apostólica las islas e tierra firme del mar Océano, descubiertas e por descubrir (1493), nuestra principal intención fue, al tiempo que lo suplicamos al Papa Alejandro sexto de buena memoria, que nos fizo la dicha concession, de procurar inducir e traer los pueblos dellas e los convertir a nuestra Santa Fe católica, e enviar a las dichas islas e tierra firme del mar Océano perlados e religiosos e clérigos e otras personas doctas e temerosas de Dios, para instruir los vezinos e moradores dellas en la Fe católica, e les enseñar e doctrinar buenas costumbres e poner en ello la diligencia debida, según como más largamente en las Letras de la dicha concesión se contiene, por ende suplico al Rey, mi Señor, mui afectuosamente, e encargo e mando a la dicha Princesa mi hija e al dicho Príncipe su marido, que ansí lo hagan e cumplan, e que este sea su principal fin, e que en ello pongan mucha diligencia, e non consientan e den lugar que los indios vezinos e moradores en las dichas Indias e tierra firme, ganadas e por ganar, reciban agravio alguno en sus personas e bienes; mas mando que sea bien e justamente tratados. E si algún agravio han rescebido, lo remedien e provean, por manera que no se exceda en cosa alguna de lo que por las Letras Apostólicas de la dicha concesión nos es inyungido e mandado". García Gallo, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español II*, 6ª edición, Madrid, 1975, p. 728. En los primeros años del Descubrimiento, la instrucción de los Reyes Católicos al comendador Fray Nicolás de Ovando de 1501 disponía lo siguiente: Que "procuréis cómo los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra, y ninguno les haga fuerza, ni les roben, ni hagan otro mal ni daño, poniendo para ello la pena que viéredes ser menester". Bruno, Cayetano, *Iglesia y Estado en Indias*, Centro de Estudios Salesianos de Buenos Aires (CESBA), Buenos Aires, 2004, p. 33. La resolución de la Corona por proteger al indígena se advierte también en la exhortación inicial de la Recopilación de las leyes de Indias: "Dios Nuestro Señor por su infinita Misericordia y Bondad, se ha servido de darnos sin merecimientos nuestros tan grande parte en el Señorío de este mundo... Y teniéndonos por más obligado, que otro ningún Príncipe del mundo a procurar su servicio y la gloria de su Santo Nombre, y emplear todas las fuerzas y poder, que nos ha dado en trabajar que sea conocido, y adorado en todo el mundo por verdadero Dios, como lo es, y Criador de todo lo visible, e invisible; y deseando esta gloria de nuestro Dios y Señor, felizmente hemos conseguido traer al Gremio de la Santa Iglesia Católica Romana las innumerables Gentes, y Naciones que habitan las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, y otras partes sujetas a nuestro dominio..." (Recop. Indias Libro 1, tít. 1, ley 1). En tanto, la ley 2 del mismo ordenamiento recopila dos disposiciones de Carlos V y de Felipe IV: "Los Señores Reyes nuestros Progenitores desde el descubrimiento de nuestras Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del Mar Océano, ordenaron, y mandaron a nuestros Capitanes, Descubridores, Pobladores, y otras cualquier personas, que en llegando a aquellas Provincias procurasen luego dar a entender, a los Indios, y moradores como los enviaron a enseñarles buenas costumbres, apartarlos de vicios y comer carne humana, instruirlos en nuestra Santa Fe Católica y predicársela para su salvación y atraerlos a nuestro Señorío, porque fuesen tratados, favorecidos, y defendidos como los otros nuestros súbditos y vasallos, y que los Clérigos y Religiosos les declarasen los Misterios de nuestra Santa Fe Católica: lo cual se ha ejecutado con grande fruto, y aprovechamiento espiritual de los naturales..."

no reciban daño ni perjuicio en sus almas, sobre lo cual pondrán toda la diligencia y cuidado que de ellos se confía, con que descargamos nuestra Real conciencia, y encargamos la de los Ministros” (Libro 2, Tít. 1, ley 5).

Como se sabe, la Recopilación de las leyes de Indias contempla el régimen de indios en el libro sexto y, específicamente su buen tratamiento en el título décimo (Del buen tratamiento de los indios). Mientras que en el libro siguiente, se regula brevemente lo atinente a los delitos y penas (Libro 7, tít. 8). No obstante, predomina la dispersión de leyes; de suerte que un análisis pormenorizado del régimen penal especial de los indígenas merecería un trabajo por separado

Según la ley los indios no sólo son libres sino que se equiparan a los vasallos de Castilla. Y esta condición, que ya implícitamente les reconoce Colón y que se proclama en 1501, se reitera en numerosas oportunidades.

Ahora bien, la efectiva incapacidad de los indios para vivir como los españoles lleva a los reyes y a los juristas desde mediados del siglo XVI a dispensarles una protección jurídica especial, como a los *menores de edad* y a los *miserables*, es decir como a los pobres.

Es así que los indios tuvieron una legislación de privilegio, porque una igualdad jurídica con los españoles hubiera llevado a una desigualdad en los hechos.

El derecho indiano era, como lo era en general el derecho del Antiguo Régimen en Occidente, particularista, múltiple, casuista. Es por ello que los indios gozaban de un régimen especial de protección: las causas en las que participaban indios eran competencia de las más altas autoridades y las instituciones jurídicas indígenas se mantuvieron en la medida que no se contrapusieran con el derecho natural y cristiano, como la mita y el yanaconazgo, que recién fueron suprimidas terminado el período indiano, en 1813.

A su vez, por real cédula de Carlos V de 1530 se establecía un régimen penal de excepción por el cual no se consideraba delito ni debía seguirseles proceso ni castigo, en caso de injurias y golpes de manos, así como se les eximía de penas pecuniarias en determinados casos y se elevaba los malos tratamientos que se les inferían a la categoría de delitos de instancia pública, para que el juez pudiera entender de oficio y cualquier persona pudiera denunciarlos.

Con Felipe II, mediante real cédula de 1593, se estableció un agravante por el cual se mandó castigar con mayor rigor a los españoles que injuriasen, ofendiesen o maltratasen a los indios, que si los mismos delitos se cometieren contra los mismos españoles.

Asimismo, en este régimen de predilección, Felipe II estableció un principio de “in dubio pro indígena” en el pago de impuestos al legislar que, en caso de duda, se estuviera a favor de los indios y de lo que más le conviniera y no de lo que fuera utilidad del encomendero.

Así, entre otros muchos aspectos del régimen de excepción, se puede mencionar:

- Se les permite que se rijan por sus propias costumbres en cuanto no se opongan a la religión y a las leyes reales y aún en ocasiones se les dispensa del derecho natural.
- No se presume en sus actos dolo ni engaño, ni sus declaraciones les obligan en contra suya, pudiendo desdecirse de ellas cuantas veces quieran sin incurrir en falsedad.
- Los delitos de que son víctimas se consideran como casos de corte y han de penarse con mayor rigor que si se cometieran contra españoles.
- Para el amparo de los indios se nombra desde principios del siglo XVI un protector de indios.

Las leyes de Indias prevén que si bien estaba prohibido que los indios fuesen condenados por sus delitos al servicio personal de personas particulares (Recop. Indias Libro 6, tít. 12, ley 5), convenía permitirlo en algunas circunstancias y calidades en “beneficio y conveniencia de los Indios, por excusarles otras penas más gravosas, y de mayor dificultad en su ejecución”. Se ordenaba que podrían ser sólo condenados a servicio personal de conventos y República.<sup>38</sup>

Esta legislación especial no quiere decir que haya sido siempre respetada, no sólo por quienes debían respetarla sino también por quienes debían hacerla respetar y aplicar. Sobre todo en los lugares apartados, alejados de las cabeceras de una jurisdicción. Con todo, el derecho aplicable y las instituciones protectoras constituyeron un adelanto en materia de derechos que las restantes potencias de la época carecieron. En materia penal, el desconocimiento del principio moderno de igualdad ante la ley, terminó por beneficiar a los naturales de Indias.

## **8. Conclusión**

Los distintos tipos de penas del derecho castellano-indiano son expresión de la crueldad del castigo en la época en toda Europa. Proviene de Roma, del derecho germánico y de los demás antecedentes medievales.

Un interrogante que plantea la legislación castellano-indiana, que quizás pertenezca al ámbito de una discusión iusfilosófica, es si un régimen penal debe tener entre sus características el temor y la venganza, aunque tengan justificaciones teológicas. Porque, aun cuando la intención del régimen fuese noble y encomiable, no dejaría de ser aplicada por hombres falibles.

---

<sup>38</sup> Y habiendo advertido, que como para ellos no hay Galeras, ni fronteras, ni destierro a estos Reinos de Castilla, ni suele ser pena la de azotes, y que las penas pecuniarias les son sumamente gravosas, ha parecido, que en algunos casos, donde no hay impuesta pena legal, convendrá condenarlos... en algún servicio temporal, y no perpetuo, proporcionado al delito, en que sean bien tratados, ganen dineros, o aprendan oficios, con calidad de que sirvan en los Conventos, u otras ocupaciones, o ministerios de la República, y no a personas particulares, como está resuelto... (Recop. Indias Libro 7, tít. 8, ley 10).

No obstante, parece una virtud del régimen penal del antiguo derecho castellano la firme voluntad de castigarlo.

Asimismo, es un acierto del régimen penal hispánico partir de la realidad ontológica del delito, es decir, la existencia del mal y de los malhechores. Revela una visión realista frente a posteriores concepciones del derecho penal, influenciadas por ideologías racionalistas que adolecen de una importante cuota de ingenuidad al suponer al hombre bueno por naturaleza. Sin una mirada realista que reconozca la naturaleza humana tal cual es, se corre el riesgo -de lo contrario- que un sistema penal sea proclive a la impunidad y, por ende, la injusticia. Dentro del contexto en que se desenvuelve el moderno derecho penal, cabría preguntarse en qué medida influyó la secularización del delito y de la pena en el aumento de la arbitrariedad y/o ilegitimidad de las normas penales de los ordenamientos legales contemporáneos.

Terrible es la legislación penal hispánica en el castigo del crimen, por ejemplo, con la pena de muerte y los tormentos. Ello parece contradictorio con los principios de misericordia, justicia, buen trato (v.gr. indígenas, viudas, menores, etc.). Pero no lo es tanto, en su lógica, porque la vida, en el rango de principios protegidos por el derecho penal, no es el primero (como ha apuntado Bartolomé Clavero) sino que está subordinado a otros, en el que predomina la Religión y el alma humana inmortal, frente al cuerpo percedero. El alma es digna de todos los esfuerzos de la autoridad en aras de su salvación. De ahí que, en la pena de muerte, por ejemplo, el condenado tuviera como “privilegio” conocer el día y la hora exacta de su ejecución y tener la posibilidad de confesarse para redimir su alma.

Más allá de los altos fines de justicia que se fijó la Monarquía hispánica, su aplicación colisionó con los medios para alcanzarlos que, en algunos casos, principalmente respecto al rigor de la pena, parecen hoy una desmesura. Se debe, quizás, a que -en el caso de las Partidas- se mantuvieron las penas, herencia del pasado clásico, sin armonizarse con la doctrina científica medieval contenida en aquella obra singular.

En el derecho castellano-indiano existen en germen unos principios que después se elevaron a categoría de validez universal, como el *non bis in ídem*. Además estuvieran vigentes los principios generales del derecho y los “regula iuris”, procedentes del derecho justiniano.

En definitiva, el régimen penal de la monarquía hispánica, con sus luces y sus sombras, se caracterizó por ser un sencillo sistema lógico sin fisuras, a la vez de una crudeza y de una franqueza sorprendente.

En relación a las Partidas, sin duda el monumento jurídico más importante del derecho castellano, Alfonso García Gallo, destacado historiador del derecho español, ha dicho de ellas que por su profundidad, su magnitud y su perfecto conocimiento de la materia... pueden en cierto modo compararse en el campo del Derecho con lo que representa la Suma de Santo Tomás en la Teología.

El gran historiador español Menéndez Pidal no se queda atrás en relación a las leyes de Indias, al considerarlas como un fruto cultural de una España que tomó el lugar de una nueva Roma.

Rafael Serra Ruiz considera que las Partidas –vigentes en nuestra tierra hasta 1871- representan “el tránsito de lo teológico a lo secular, la coordinación de lo teológico-moral con lo jurídico, precisamente mediante el método explicativo de los fines de la pena. Las Partidas combinan, por una sola vez en la Historia de nuestro Derecho, las ideas científicas y el derecho aplicado. Del binomio delito pena de antes y después, las Partidas, con su esquema múltiple: delito-pena-motivación-finalidad, constituyen una síntesis de ideas y normas precedentes y una eficaz base de partida de las ideas penológicas modernas”.<sup>39</sup>

Según Ángel Ferrari Nuñez “todo el proceso de secularización de la teoría del Estado, hasta constituirse éste en creencia propia, se da mediante el tránsito de lo teológico a lo secular-moral, político, económico, jurídico, pasando por lo metafísico...”.<sup>40</sup>

En este sentido, la distinción entre delito y pecado, en un marco más amplio de separación entre religión y derecho tiene inicio, con las revoluciones liberales -la inglesa y la francesa-, y con las *Institutiones Iurisprudentiae Divinae* de Christian Thomasius de 1688 y la obra más divulgativa de Césare Beccaria, *Dei delitti y delle pene*, de 1764.<sup>41</sup>

Tomás y Valiente, se ha referido en su obra a un “teologismo del derecho penal secular”. En su obra “El derecho penal de la monarquía absoluta” el historiador del derecho español realiza una afirmación que puede aplicarse al derecho penal hasta la secularización que sufrirá principalmente el proceso de codificación: “Todo el pensamiento filosófico jurídico español de los siglos XVI y XVII parte de unos supuestos teológicos que le dan coherencia y unidad”.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Serra Ruiz, Rafael, “Finalidad de la pena en la legislación de Partidas”, Universidad de Murcia, 1967, p. 257.

<sup>40</sup> Serra Ruiz, Rafael, “Finalidad de la pena...”, p. 257

<sup>41</sup> Clavero, “Delito y pecado”..., pp. 66-67.

<sup>42</sup> Tomás y Valiente, Francisco., *El derecho penal de la monarquía absoluta...*, p. 86, citado por Agüero, *Castigar...*, p. 133.