

La pena como concreción del fin justiciero de la monarquía hispánica

Juan Bautista Fos Medina

I. La justicia como fin primordial de la monarquía hispánica

En 1492 los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, consumaron la hazaña de la unión política y religiosa en el territorio que antiguamente conformaba la Hispania visigoda. En ese año también Castilla comenzó la obra civilizadora del continente americano recién descubierto.

Cuando España asimiló la tradición jurídica de Roma le sumó los ideales religiosos que colocaron a la justicia por encima de todas las virtudes, como expresaban las *Siete Partidas*, puesto que aquella las comprende y perfecciona³⁴⁷. Si el rey es justo, entonces es pacífico, prudente, fuerte y templado. Por tanto, la justicia se convirtió en virtud general, también llamada justicia legal.

Dicha idea procede de la Antigüedad para quien justo es el hombre sabio y virtuoso³⁴⁸. Contribuyó a formar esta concepción la doctrina evangélica de la justificación³⁴⁹ y la teología paulina, según la cual la justicia viene de Dios y está fundada sobre la fe³⁵⁰.

La justicia es la virtud política por excelencia, indispensable para vivir en una sociedad justa y pacífica. Por ello, apoyándose en los “sabios antiguos”, el Código Alfonsino dice que en la justicia se encierran todos los derechos de cualquier naturaleza que sean (*Part.* 3, tít. 1). Es la arraigada

³⁴⁷ *Part.* 3, tít. 1, ley 1 y Jerónimo Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores I* (Madrid: Imprenta Real de la Gazeta 1775), 262.

³⁴⁸ Alfonso García Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español I*, (Madrid: 1973), 155.

³⁴⁹ *Mc.* 16, 15 ss., *Lc.* 13, 3.

³⁵⁰ *Romanos* 4, 11; *Gálatas* 2, 16; *Filipenses* 3, 9, etc.

virtud que da a cada uno su derecho. Su bondad es contraria a la maldad de los tiempos, de manera que el derecho que sale de la justicia quita y contrasta todas las cosas malas y desaguadas (injustas) que los hombres hacen (*Part. 3, tít. 1, ley 1*). Sin ella no se puede vivir bien (*Part. 3, tít. 1, ley 2*).

En esa línea, la *Recopilación de las leyes de Indias* de 1680 manifestaba que “la buena administración de justicia es el medio en el que consisten la seguridad, quietud y sosiego de todos los estados”³⁵¹. De ahí que aquella fuera el fin supremo de la monarquía castellano-indiana. Por ello la legislación indiana prescribió que el primero y más principal cuidado de los monarcas fue dar leyes para que los reinos de Indias fueran gobernados en paz y en justicia³⁵².

La justicia constituyó, entonces, el fundamento del orden social y ello pasó a nuestro suelo, sobre todo con la vigencia de las *Partidas* hasta la promulgación del Código Civil en 1871.

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

Según la inmortal obra de Alfonso X el Sabio la misión de los monarcas consistió en sostener y conservar la justicia. De manera que, así como a la Iglesia le pertenece la justicia espiritual, al rey le corresponde la justicia temporal. Ambos poderes, provenientes de Dios, son como dos espadas que deben unirse en la fe de Jesucristo para dar justicia acabadamente, tanto al alma como al cuerpo. Es decir, debían ayudarse recíprocamente y siempre estar concordes para que no disminuyera la fe ni la justicia, ya que sin dicha alianza o entendimiento no habría paz duradera³⁵³.

Las Ordenanzas Reales de Castilla declaran que el propio oficio del rey es hacer juicio e justicia, porque de la celestial majestad recibe el poderío temporal (*Ordenanzas Reales, Lib. 2, Tít. I, Ley I*).

³⁵¹ *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias* (en adelante Recop.), Libro I, tít. X, ley 2.

³⁵² Ricardo Zorraquín Becú, *La organización judicial argentina en el período hispánico* (Buenos Aires: editorial Perrot, 1981), 7.

³⁵³ El rey -en tanto representante del Juez divino- se convierte en guardián de la Fe frente a sus enemigos manifiestos y frente a los malos cristianos que no la obedecen, porque la Iglesia no puede escarmentarlos por sí misma, dado que detenta un poderío espiritual lleno de piedad y de misericordia (*Partida 2, Prólogo y Part. 1, tít. 18*).

En efecto, la imagen del “rey-juez” en la monarquía hispánica obedece a la convicción social de que el poder supremo del monarca procede inmediatamente de Dios, con el consentimiento del pueblo y de las leyes, para impartir justicia en su nombre³⁵⁴.

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

Asimismo, el rey, además de hacer cumplir la ley como lugarteniente de Dios, debía cumplirla en primer lugar. Como contrapartida, el pueblo debía obedecer al rey en la medida que respetara el ordenamiento jurídico (las leyes positivas, fueros, costumbres, etc.), la ley natural y la ley de Dios. Las disposiciones contrarias a dichas leyes no debían ser cumplidas por los súbditos y deslegitimaban al rey que, en ese caso, incurría en tiranía³⁵⁵. De ahí el proverbio: “Rey serás si hicieres derecho, y si no hicieres derecho, no serás rey”³⁵⁶.

³⁵⁴ Elisa Caselli, “Cuando gobernar era juzgar: la figura del juez, imagen e identificación de la Monarquía (Corona de Castilla, finales siglo XV)”, *e-Spania*, 45, (junio 2023): 1-2. Las *Partidas* preveían que el rey debe hacer justicia y merced (perdón) y ha de castigar y mandar a sus vasallos y ellos servir y obedecerle (*Part. 2*, tít. 13, ley 1).

³⁵⁵ “Si son contra la nuestra Fe, non han fuerza ninguna”; y “contra derecho natural non debe dar privilegio, nin carta, Emperador, nin rey ni otro señor. E si las diere, non deve valer” (Novísima Recopilación 3, 6, 1). Tampoco debían cumplirse las órdenes “contra Derecho, o contra ley, o fuero usado (Novísima Recopilación 3, 4, 2) y “porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos, que si en nuestras cartas mandáramos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley o fuer o Derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida” (Nueva Recopilación, Lib. 4, tít. 14, ley 2 y Novísima Recopilación, Lib. 3, tít. 4, ley 4). Ricardo Zorraquín Becú, *Historia del derecho argentino I* (Buenos Aires: editorial Perrot, 1966), 71.

³⁵⁶ Sostiene Truyol y Serra que San Isidoro de Sevilla recoge la idea, tomada de San Gregorio Magno “de que el poder de los reyes tiene esencialmente una función represiva, que hicieron necesaria los pecados de los hombres... El rey ha de procurar con celo insobornable que impere la justicia. Esta es con la piedad, la virtud real por excelencia... Ve Isidoro en los malos

De suerte que desde la Alta Edad Media la realeza constituyó un servicio o un deber en pro de la Comunidad, que atribuye al rey más deberes que derechos. Su misión es mantener la Fe, la Justicia y la *pax* o el orden; la “defensa y protección del reino” y de la Iglesia por medio de la Justicia”³⁵⁷.

La aspiración a un régimen político justo “se erigía como el pilar principal para la fundamentación del poder regio y hacía de la justicia la tarea esencial del gobierno de la Monarquía. De este modo, administrar una correcta justicia era sinónimo de ‘buen gobierno’...³⁵⁸.

Como quedó dicho, la función judicial fue, por consiguiente, la primera de las regalías de la corona, de la cual derivaban su jurisdicción los otros magistrados. Dicha función competía a los mismos órganos y oficiales de la monarquía en general, “porque el rey es y debe ser uno, por eso deben además todos ser unos con él para servirle y ayudarle en las cosas que él ha de hacer” (*Part. 2ª*, tít. 1, ley 5).

La justicia, entonces, extiende su aplicación a todas las materias de gobierno. No habrá en este período división de poderes sino distinción de funciones³⁵⁹.

Pero el monarca, su corte y sus oficiales no podían materialmente concentrar toda la administración de justicia. De forma tal que existieron otras jurisdicciones desde el medioevo español como la justicia señorial, la justicia eclesiástica o la justicia mercantil, entre otras³⁶⁰.

gobiernos un castigo de la Providencia. Toda autoridad es de Dios: la buena, del Dios propicio; la mala, del Dios iracundo”. Antonio Truyol y Serra, *Historia del Filosofía del Derecho y del Estado I*, (Madrid: Alianza Editorial, 1995), 277-278.

³⁵⁷ García Gallo, *Manual...*, 628.

³⁵⁸ Zorraquín Becú, *Historia...*, 119. Y Magdalena Candiotti, “Ley, justicia y revolución en Buenos Aires, 1810-1830. Una historia política”, (tesis, Las tesis del Ravignani, nro. 4, 2015), 26-27, repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsdll/collect/raviposgra/index/assoc/HWA_1356.dir/1356.PDF.

³⁵⁹ “No hubo separación de poderes, porque –como bien ha escrito Zorraquín Becú- derivando todos del rey, era imposible dividir lo que emanaba de una fuente única”. Había, en cambio, una distinción de funciones (gobierno, justicia, guerra y hacienda), repartidas entre los diferentes funcionarios. Zorraquín Becú, *La organización...*, 13-19.

³⁶⁰ Luis G. Valdeavellano, *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media* (Madrid: ediciones de la Revista de Occidente, 1968), 556.

III. Venganza privada y venganza pública

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

En este sentido, escribió el último Apóstol: “¿Quieres no tener que temer a la autoridad? Obra lo que es bueno, y tendrás de ella alabanza; pues ella es contigo ministro de Dios para el bien. Mas si obrares lo que es malo, teme; que no en vano lleva la espada; porque es ministro de Dios, vengador, para (ejecutar) ira contra aquel que obra el mal” (concordante con la Partida 3, tít. 1, ley 2)³⁶¹.

En la Alta Edad Media española a veces la administración de justicia quedó bajo la tutela jurídico-privada de los particulares, es decir, la venganza de la sangre o venganza privada³⁶². En este caso, para ejercer el derecho de vengarse se exigió una previa declaración judicial del estado de enemistad creado entre ofensor y ofendido, que fue admitido sólo en determinados casos por la Corona castellana; esta práctica dio lugar al carácter acusatorio del proceso³⁶³.

Posteriormente, en el período tardo-medieval la vindicta pasó de la esfera privada a la esfera pública, es decir, a una actividad predominantemente estatal o real. Aquel proceso inquisitivo, salvo el caso de querrela de parte agravada, se inició por denuncia o por pesquisa³⁶⁴.

En el proceso penal indiano la acción pública no se redujo a los delitos públicos sino que también alcanzaron a los delitos privados (v.gr. lesiones corporales), porque ambos tipos de delito causaban una doble injuria: al particular ofendido y a la república. De ahí “la licitud de que, aun sin acusación del particular, pueda y deba el juez proceder *ex officio pro injuria reipublicae* castigando el delito a fin de restablecer su paz y quietud”³⁶⁵.

³⁶¹ San Pablo, *Romanos* 13, 3-4 en *La Santa Biblia*, (La Plata: Universidad Católica de La Plata, 2007), 217.

³⁶² Valdeavellano, *Curso...*, 556.

³⁶³ Valdeavellano, *Curso...*, 556.

³⁶⁴ Abelardo Levaggi, *Historia del derecho penal argentino* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1978), 25.

³⁶⁵ Levaggi, *Historia...*, 29.

El rey, pues, en las Leyes de Indias, encarnó y ejecutó la “vindicta pública en cuanto vicario de Dios en lo temporal” (Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 16)³⁶⁶.

IV. La pena en el derecho castellano-indiano

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

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

El concepto de mal es fundamental para comprender qué es el delito y qué es la consecuente y severa pena en el derecho castellano-indiano. Aquella noción ha desaparecido actualmente de la doctrina penal. El mal, que es privación de bien, puede distinguirse en esa 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.

En relación a lo anterior, surge la importancia atribuida por la legislación hispánica al temor para evitar el pecado y el delito y, para obtener ulteriormente el buen gobierno. Dicha relevancia proviene de la doctrina católica del temor sobrenatural a las penas del infierno³⁶⁷.

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

De ahí que la ley castellana combate, mediante el escarmiento, tanto el olvido como el atrevimiento, este último considerado una de las peores actitudes humanas que hacen errar mucho (*Part.* 7, Prólogo). Por eso, así como

³⁶⁶ Recop. Lib. 7, tít. 8, ley 17.

³⁶⁷ Doctrina negada tanto por Lutero en el siglo XVI como por los jansenistas en el siglo XVII. Es un temor de amistad, como el que tiene el hijo respecto del padre, dicen las *Partidas* (*Part.* 2, tít. 13, ley 15).

el rey debe conocer, amar y temer a Dios, así el pueblo debe conocer, amar y temer a Dios y al rey, su vicario temporal (*Part. 2, tít. 2, leyes 12-13*)³⁶⁸.

El castigo del delito era, por tanto, severísimo, atroz. Existe un amplio catálogo de penas, que no es el lugar aquí analizar, y que van desde la pena de muerte (de distintos tipos) hasta azotes y pago de multas. Sin embargo, la práctica de los tribunales atenuaba aquel rigorismo de la legislación, dejando amplio margen al arbitrio judicial, al perdón real y, en definitiva, a la práctica de la misericordia³⁶⁹.

Acerca de los caracteres de la pena en el derecho castellano-indiano conviene señalar brevemente los siguientes: a) Expiatorio: El castigo adquiere un carácter moral y religioso en el sentido de que, por medio del sufrimiento de la pena, el delincuente puede purificarse de su culpa; de suerte que la pena se impone no sólo en pro de la comunidad sino también en beneficio del mismo reo³⁷⁰; b) Medicinal: El carácter medicinal se vincula con el anterior. La pena es correctiva y repara el desorden interior que provoca la culpa, así como los sacramentos son como una buena medicina para las enfermedades de los pecados³⁷¹; c) Ejemplar: La pena debe servir de escarmiento a fin de evitar el mal ejemplo (*Part. 2, tít. 8, ley 2*). Debe ser “ejemplar castigo, administrando justicia en la forma que convenga” (Recop., Lib. 5, tít. 3, ley 7, *Part. 2.*, tít. 9, ley 2); d) Intimidatorio: Relacionado al precedente, la Corona se propone disuadir la comisión del delito infundiendo temor al severo castigo. De ahí que los más graves delitos o los que más interés se tiene en reprimir, sean castigados en

³⁶⁸ Por eso escribía Saavedra Fajardo: “No consienta el príncipe que alguno se tenga por tan poderoso y libre de las leyes, que pueda atreverse a los que administran justicia y representan su poder y oficio; porque no estaría segura la columna de la justicia. En atreviéndose a ella, la roerá poco a poco el desprecio, y dará en tierra”. Diego de Saavedra Fajardo, *Empresas políticas* (Barcelona: Editorial Planeta, 1988), 156.

³⁶⁹ En el perdón real se advierte también cómo el rey concentra en su mano todo el poder, que puede usarlo para castigar o para perdonar (*Part. 7, tít. 32, leyes 1-3*).

³⁷⁰ Se identifican, de algún modo, el delito con el pecado. Y, si bien la pena es un daño merecido al que delinque infligido por la autoridad, también es verdad que en dicha situación de “servidumbre” se ha metido el “que hace el yerro”, según lo dicho por el apóstol san Juan, que quien hace el pecado es siervo de él (*Part. 2, tít. 13, ley 15*). La pena es castigo, pues, tanto del delito como del pecado (dice el antiguo refrán, “en el pecado está la penitencia”).

³⁷¹ Si la pena en el derecho real parece estar dirigida directamente al escarmiento (*Part. 7, prólogo*), las penas de derecho canónico, en cambio, parecen estar orientadas más bien a la enmienda del castigado (Descomulgamiento, *Part. 1, tít. 9, ley 13*).

público a modo de espectáculo³⁷²; e) Vergonzante: Hacer el mal trae aparejado vergüenza, así como su consecuencia, la pena (*Part. 2, tít. 9, leyes 4 y 9*)³⁷³.

V. El rey es paladinamente justiciero

Según el Diccionario de la Real Academia Española justiciero es aquél que respeta y hace respetar la justicia con severidad y rigor. Asimismo, es justiciero aquello que implica justicia y se realiza con justicia. Ambas acepciones definen bien la actitud de la Monarquía hispánica porque los reyes deben “ser justicieros dando a cada uno su derecho” (*Part. 2, tít. 1, ley 9*).

En virtud de ello, la justicia distributiva implicaba la aplicación de premios y castigos por quien tiene a cargo el cuidado de la comunidad política. En este último lugar se encuentra la pena, es decir, entre las atribuciones de la autoridad, de cuya justa aplicación depende la consecución del bien común³⁷⁴.

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

Pero, para ser justiciero, el rey no debe desear vehementemente ninguna cosa que sea contraria a derecho. Y como la codicia es raíz de todos los males, todos los hombres se deben precaver de ella y, mayormente los reyes, porque

³⁷² “Paladinamente debe ser hecha la justicia de aquellos que hubieren hecho por el que deban morir, para que los otros que lo vieren y lo oyeren reciban por esto miedo y escarmiento”, *Part. 7, tít. 31, ley 11*.

³⁷³ La importancia de la vergüenza en la confesión sacramental lo es también para la vida pública (*Part. 1, tít. 4, ley 68*).

³⁷⁴ Los príncipes son águilas reales “... y tienen sus veces para castigar los excesos y ejercitar justicia. En que han menester las tres calidades principales del águila: la agudeza de la vista, para inquirir los delitos; la ligereza de sus alas, para la ejecución; y la fortaleza de sus garras, para no aflojar en ella... En lo más retirado y oculto de Galicia no se le escapó a la vista del rey don Alonso el Séptimo, llamado el Emperador, el agravio que hacía a un labrador un infanzón, y, disfrazado, partió luego a castigalle, con tal celeridad, que primero le tuvo en sus manos que supiese su venida. ¡Oh alma viva y ardiente de la ley! ¡Hacerse juez y executor por satisfacer el agravio de un pobre y castigar la tiranía de un poderoso!”. Saavedra Fajardo, *Empresas...*, 150-151.

todas las cosas de su señorío están en su poder para conservarlas en justicia y en derecho (*Part. 2, tít. 5, ley 13*).

Si el rey es justo en sus actos y proporcionado en el reparto y en sus dádivas no tendrá codicia en hacer cosa que provoque agravio. Siendo mesurado no tendrá por qué codiciar nada en demasía y, según dijo el rey Salomón, como rey amante de la justicia enderezará la tierra, porque -como decía Aristóteles a Alejandro- el mejor tesoro que el rey posee es el pueblo cuando está bien protegido (*Part. 2, tít. 5, ley 14*).

El rey justiciero posee también la virtud de la justicia que es una de las virtudes características de todo caballero³⁷⁵.

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

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

En definitiva, a juzgar por lo que ha escrito Saavedra Fajardo, la Monarquía Católica todavía en el siglo XVII continúa luchando por la realización de la justicia, base del régimen: “El fundamento principal de la Monarquía de España y el que la levantó y la mantiene, es la inviolable observancia de la justicia, y el rigor con que obligaron siempre los reyes a que fuera respetada”³⁷⁶.

VI. El rey justiciero en Indias: castigador y pacificador

El delito debía ser implacablemente castigado por los funcionarios indios, observando puntual y diligentemente las leyes a fin de alcanzar la tran-

³⁷⁵ El nombre de caballero es tomado del término latino *militia* que quiere decir compañía de hombres duros, fuertes y seleccionados para sufrir males, trabajando y padeciendo en beneficio de todos y por el bien común (*Part. 2, tít. 21, ley 1*). Los caballeros han de defender a la Iglesia, a los reyes y a todos los demás. Las antiguas órdenes de caballería recomendaron que ni los emperadores ni los reyes fuesen consagrados ni coronados sin antes ser investidos caballeros (*Part. 2, tít. 21, ley 11*).

³⁷⁶ Saavedra Fajardo, *Empresas...*, 156.

quilidad pública. Así lo prescribía una disposición del Emperador Carlos V de 1554: “Ordenamos, y mandamos a todas nuestras Justicias de las Indias, que averigüen y procedan al castigo de los delitos, y especialmente públicos, atroces, y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión y cuidado, sin omisión ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene al sosiego público, quietud de aquellas Provincias, y sus vecinos” (Recop., Libro 8, tít. 8, ley 1).

Pero el castigo estricto del crimen no se limitaba a los más graves ya que los reyes no admitían el menor grado de relajación en la aplicación de las penas previstas en la ley. Relajo que se manifestó en muchos arreglos judiciales en pleitos criminales o en la aplicación de un criterio excesivamente benigno en el arbitrio judicial. Ello, en general, no era tolerado por el monarca porque así “se hacen los reos licenciosos, y osados para atreverse en esta confianza a lo que no harían si se administrase justicia con rectitud, severidad y prudencia” (Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 17)³⁷⁷.

En el cumplimiento de la ley, a partir del respeto de un orden justo radicaba, entonces, la felicidad del conjunto social. Ello se manifiesta con claridad en los autos de buen gobierno, como por ejemplo en el siguiente: “Por cuanto a la buena gobernación y administración de justicia conviene se observen las leyes reales que miran a evitar las ofensas de Dios Nuestro Señor... contra la quietud y tranquilidad de los moradores de esta ciudad y su jurisdicción y que, de no observarse, se sigue el perturbar de la república, muchos escándalos y graves perjuicios a que se debe ocurrir castigando severamente a los transgresores...”³⁷⁸.

VII. Las principales fuentes jurídicas castellano-indianas

El sistema jurídico indiano, inspirado en unos principios comunes y fundamentales de orden supra-legal, estaba compuesto por el derecho castellano, la legislación propiamente indiana -tanto peninsular como local-, la costum-

³⁷⁷ Recop., Lib. 7, tít. 8, ley 21.

³⁷⁸ Bando de buen gobierno del teniente general de gobernador de la ciudad de Santa Fe, don Juan José de Ahumada, 27/1/1709. Víctor Tau Anzoátegui, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)* (Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2004), 17, 65, 96, 192-193, 501.

bre indiana, los usos y costumbres indígenas y, por último, la doctrina de juristas y la jurisprudencia de los jueces, con fuerte influencia del derecho romano y del derecho canónico³⁷⁹.

El derecho penal estaba inserto en aquél *corpus iuris indianorum* como la parte en el todo, es decir, dentro del mismo sistema general³⁸⁰. Abelardo Levaggi ha señalado que las principales fuentes legales del derecho penal indiano fueron “el Fuero Real y las *Partidas*...; la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla*...; la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* de 1680; la legislación territorial posterior a estos ordenamientos, tanto indiana como castellana... y, con especial mención, las disposiciones de carácter local, autos acordados de las audiencias y bandos de buen gobierno promulgados por gobernadores y virreyes... porque son un fiel testimonio de las tendencias delictivas existentes en cada región” y constituyen una fuente autónoma de derecho penal al margen de la legislación específica³⁸¹.

Como es sabido, las leyes castellano-indianas no eran normas de formulación abstracta y universal, sino concretas por su carácter casuista y, por tanto, normas diseminadas en el texto legal y ricas en contenido debido a las múltiples disciplinas que se conjugaban en el antiguo derecho.

Ahora bien, entre la legislación penal castellana aplicable en Indias se destacaron las *Partidas*. Pese a su carácter subsidiario en el orden de prelación legal establecido en el ordenamiento de Alcalá de 1348, se impuso a los demás cuerpos normativos por su riqueza doctrinaria. La 1ª Partida se refiere a la justicia espiritual, la 2ª a la justicia temporal, la 3ª a la administración de justicia en juicio y la 7ª a los crímenes y sus penas.

La *Recopilación de las Leyes de Indias*, en tanto, son normas fundamentalmente de derecho público que regulan las nuevas realidades del continente americano. Sin embargo, contiene leyes penales dispersas y algunas recogidas en el libro 7, especialmente en su breve título 8, que trata sobre “De los delitos y penas”.

³⁷⁹ Levaggi, *Historia*..., 17.

³⁸⁰ Levaggi, *Historia*..., 17-18.

³⁸¹ Levaggi, *Historia*..., 18-19.

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

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

Aquello se cumple en nuestra tierra desde la misma fundación de la ciudad de Buenos Aires en 1580, la que Juan de Garay efectuó en nombre del rey y en lugar de Juan Torres de Vera y Aragón. En aquella circunstancia, las nuevas autoridades se dirigieron al lugar destinado por plaza pública y ayudaron a alzar un palo y madero por rollo público y concejil para que sirviera “de árbol de justicia donde la justicia Real de su Majestad use, ejerza su justicia que hiciere y mandare hacer... Y mandó dicho Señor General que ninguna persona sea osado quitarlo batir ni mudar so pena de muerte natural...”³⁸².

Asimismo, la administración de la justicia penal en Indias, realizada en nombre del rey, se aprecia claramente en el siguiente bando de buen gobierno de 1636: “Mando que so las penas impuestas en los dichos mis bandos y autos, cumplan lo que por ellos tengo mandado... por convenir así al servicio de Su Majestad y buena administración de la real justicia”³⁸³.

IX. Conclusión

En el derecho penal hispano-indiano, traspasado por la religión y la moral católicas, así como por la filosofía clásica, el concepto de mal estaba en la base

³⁸² Archivo General de la Nación, *Acuerdos del extinguido cabildo de Buenos Aires* (Buenos Aires, AGN, 1907), XXXVIII-XLII. Los alcaldes del cabildo administraban eminentemente la justicia penal.

³⁸³ Bando del gobernador Pedro Esteban Dávila, 16/11/1636. Además, la justicia se solía administrar no sólo en nombre del rey sino también en nombre del Dios trinitario, fuente última de toda autoridad. Según expresión de la época, la alta función de la justicia se ejerció también en nombre de “ambas majestades” (v.gr. en el auto de buen gobierno de Casajús, teniente de gobernador de Corrientes, del 30/9/1742, en Tau Anzoátegui, *Los bandos...*, 155-225. Es también interesante resaltar el preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina cuando invoca la protección de Dios, “fuente de toda razón y justicia”.

de las nociones de delito y de pena. Mediante esta última se expiaba la culpa del delito y también del pecado.

Nuestro antiguo Derecho debía ser respetado por todos, reyes y vasallos, aunque recaía en cabeza de los monarcas, en tanto vicarios de Dios, el deber de hacerlo respetar justicieramente.

Con todo, en aquel Derecho penal no puede desconocerse ciertos principios jurídicos y disposiciones generales, aunque no tuvieran aún una formulación abstracta y universal, como ocurrió posteriormente en el constitucionalismo y la codificación. Tales como no recibir dos penas por el mismo delito, el buen trato del preso, la vetero-garantía de que el pleito criminal no debe durar más de dos años –los cuales, por lo demás, se insertan en un sistema jurídico casuista y localista³⁸⁴.

Sin embargo, como afirmó Ramón Menéndez Pidal, en líneas generales la legislación indiana estuvo siempre ordenada, más que a los derechos, a los deberes del gobernante para con el pueblo gobernado³⁸⁵. Ello se insertaba en la tradición romana. Ya Cicerón había escrito, medio siglo antes de la era cristiana, su *De officiis* o *Sobre los deberes*.

Ahora bien, resulta un tanto sorprendente contemplar en el sistema punitivo castellano-indiano, por un lado, la humanidad entrañable en múltiples aspectos, particularmente en su régimen de indios (que, según Cayetano Bruno, rayó la perfección debido a la influencia cristiana) y, por otro, la crueldad inhumana de las penas. Crueldad, es verdad, común a todos los regímenes penales de la Cristiandad. Y decimos que es un tanto sorprendente porque, en otro sentido, no lo es en el contexto de una concepción justiciera.

En fin, concluimos con la valoración de Zorraquín Becú respecto del régimen de justicia indiano: “Si bien en la práctica se notaron abusos y se cometieron arbitrariedades, ello no fue un resultado del régimen establecido sino de los hombres encargados de aplicarlo. Aquél procuró en lo posible realizar el ideal de justicia que se había propuesto la monarquía, y no es posible dejar de reconocer que casi siempre lo consiguió”³⁸⁶.

³⁸⁴ *Part. 7*, tít. 9, ley 21, *Part. 7*, tít. 29, leyes 7 y 11, *Part. 7*, tít. 31, ley 9.

³⁸⁵ Ramón Menéndez y Pidal, prólogo a la *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias I* (Madrid: ediciones Cultura Hispánica, 1973), 7-8

³⁸⁶ Zorraquín Becú, *La organización...*, 17.

Bibliografía

- Candiotti, Magdalena. “Ley, justicia y revolución en Buenos Aires, 1810-1830. Una historia política”. Tesis, Instituto Ravignani, 2015. repositorioubi.uba.ar/gsd/collect/raviposgra/index/assoc/HWA_1356.dir/1356.PDF.
- Caselli, Elisa: “Cuando gobernar era juzgar: la figura del juez, imagen e identificación de la Monarquía (Corona de Castilla, finales siglo XV)”, *e-Spania*, 45 (en línea), (junio 2023). <https://journals.openedition.org/e-spania/47823>.
- García Gallo, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español I*. Madrid: 1973.
- Levaggi, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1978.
- Menéndez y Pidal, Ramón. Prólogo a la *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias I*. Madrid: ed. Cultura Hispánica, 1973.
- Saavedra Fajardo, Diego de. *Empresas políticas*. Barcelona: Editorial Planeta, 1988.
- Tau Anzoátegui, Víctor. *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*. Buenos Aires: INHIDE, 2004.
- Truyol y Serra, Antonio. *Historia del Filosofía del Derecho y del Estado I*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- Valdeavellano, Luis G. *Curso de Historia de las Instituciones españoles. De los orígenes al final de la Edad Media*. Madrid: ediciones de la Revista de Occidente, 1968.
- Zorraquín Becú, Ricardo. *Historia del derecho argentino I*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1966.
- Zorraquín Becú, Ricardo. *La organización judicial argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1981.