

**Conmutación de penas:
Arbitrio judicial y benignidad en los expedientes criminales
del Río de la Plata
en la segunda mitad del siglo XVIII**

Juan Bautista Fos Medina*

Resumen: La benignidad que debía albergar el rey y sus jueces en la administración de justicia se manifestó singularmente en el arbitrio judicial, que permitió frecuentemente cambiar la pena legal por otra menor, determinada discrecionalmente por el juzgador.

El principio del moderno derecho penal de “ley más benigna”, deja el criterio de benignidad en el ámbito exclusivo del legislador, cuando en el período indiano era más amplia su determinación dentro del margen de libertad de que gozó el juez para morigerar con sus decisiones ajustadas al caso concreto, las duras penas del régimen.

Abstract: The leniency that the king and his judges were expected to show in the administration of justice was particularly evident in judicial discretion, which frequently allowed the legal penalty to be changed to a lesser one, determined at the judge’s discretion.

The principle of modern criminal law of the “most lenient law” places the criterion of leniency in the exclusive sphere of the legislator, whereas in the *Indiano* period its determination was broader within the margin of freedom enjoyed by the judge to mitigate the harsh penalties of the regime with his decisions tailored to the specific case.

Palabras clave: arbitrio judicial, benignidad, conmutación de penas, Derecho penal indiano.

Keywords: Commutation of Sentences, *Indiano* Criminal Law, Judicial Discretion, Leniency.

* Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina); Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina); Universidad del Museo Social Argentino (Argentina).

I. La conmutación de la pena ordinaria por una pena más benigna

En sentido lato, conmutar es cambiar una cosa por otra. En Derecho penal, en particular, conmutar significa sustituir castigos impuestos, por otros menos graves.¹ Es decir, conmutar una pena implica el cambio de una pena prescrita por otra menos rigurosa, como cuando a la muerte natural se la sustituye por el destierro, o a los azotes por prisión, o a la prisión por la multa.

De ahí que el concepto vulgar de conmutación de la pena sea el indulto parcial que altera la naturaleza del castigo en favor del reo.² De tal suerte que con la conmutación de la pena se libraba al reo de la pena ordinaria, aplicándosele una pena más moderada, también llamada pena extraordinaria o arbitraria.

En la práctica forense de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XVIII, continuaba todavía vigente la cosmovisión tradicional de la pena, que tenía como principales fuentes el Derecho romano, el Derecho canónico y la filosofía clásica y escolástica.³ Según aquellas dos últimas fuentes la conmutación de la pena es preferible al perdón o indulto. En este sentido, refirámonos brevemente al argumento de Derecho canónico y luego a las razones filosóficas.

Por un lado, las Decretales preveían lo siguiente:

El príncipe o legislador supremo tiene el derecho de gracia, esto es de condonar la pena, aun tasada en la ley, porque él es superior a la ley y es ley viva y, por lo tanto, como podría absolutamente revocar la ley, podría dispensar en ella (...) esta potestad no debe ser ejercida con mucha frecuencia, sino raras veces y, por cierto, con discreción y prudencia, para que por esta facilidad de condonar y de perdonar no resulte, tal vez, daño para la república y broten los vicios y los delitos con muy grande perjuicio y perturbación de

1- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., <https://dle.rae.es> [Consulta: 1 de septiembre de 2025].

2- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851, pp. 488-489. En el Derecho penal primitivo se usaba la venganza privada, que podía llegar hasta la pena de vida, ejercida por la víctima, por sus parientes o por la comunidad. Era la ley del talión. Pero, más adelante apareció la composición, que “era la conmutación, por acuerdo de partes, pero en favor de la parte ofendida, de una pena de sangre por otra pecuniaria”. LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978, p. 26.

3- Alberto David Leiva ha llegado a sostener que “en más de una oportunidad se ha dicho que la Justicia, como ideal y actividad ha sido siempre lo mejor que produjo España para América; y es precisamente en el campo de aplicación de la materia penal donde más claramente se manifiesta esta circunstancia”. LEIVA, Alberto David, “La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N.º 24, 1978, p. 93.

la tranquilidad pública y del bien común, porque, ciertamente, hay delitos en los cuales es culpa perdonar el castigo, por lo regular, más que condonar la pena, es más conveniente conmutarla en otra más benigna.⁴

Por otro lado, Santo Tomás de Aquino en la *Suma Teológica*, con relación al alcance del arbitrio judicial, echa luz en torno a la absolución como a la conmutación de la pena. Al respecto dice: “La misericordia del juez puede darse en los asuntos que se dejan a su arbitrio, en los cuales ‘es propio del hombre de bien disminuir las penas,’ como escribe Aristóteles; pero en las materias que están determinadas por la ley divina o la humana no está en su mano usar de misericordia (...)”. Ello es así porque “si el juez desordenadamente perdonara la pena, perjudicaría a la sociedad, a la cual importa que se castiguen las malas acciones para evitar los delitos (...)” Y “perjudicaría también a la persona a quien fue inferida la injuria, la cual recibe una compensación por el castigo del que la injurió, que entraña para ella una cierta restitución de honra”.⁵

Como puede observarse, de la lectura de ambos textos, exponentes singulares del pensamiento tradicional en la materia, se desprende la inclinación más por la conmutación de la pena que por su remisión y, en este último supuesto, sólo en ciertos casos, es decir, cuando no se perjudicaba ni a la sociedad ni al ofendido. De ahí que el Aquinate destacara lo que hoy llamamos el principio de legalidad, sin perjuicio de considerar que “el juez es intérprete de la justicia, pues, como dice Aristóteles, ‘los hombres recurren al juez como a cierta justicia animada’”.⁶

Probablemente en función de ello, en virtud de la confianza depositada por el rey en la administración de la justicia indiana, se aplicó con bastante frecuencia, a partir del reinado de Felipe II, la amplia discrecionalidad judicial en la conmutación del castigo ordinario por una pena más benigna. Sin embargo, en algunos supuestos, la Monarquía Católica mandó limitar dichas facultades que consideró, por momentos, excesivas.

Según Alberto David Leiva el arbitrio judicial era “una operación por la cual el juzgador, eludiendo la vía legal para la imposición de las penas, decidía la suerte del inculpaado según los dictados de su propio criterio, apoyado siempre en la valoración de ciertos hechos o circunstancias. Esta

4- C. I. de *Postulat. Praelat.*

5- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, tomo VIII, II-IIae, q. 67, a.4, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, BAC, 1956, pp. 528-529.

6- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, II-IIae, q. 67, a.3, p. 525.

vía judicial era seguida tanto por mandato legal, como por ausencia de ley que estableciera la imposición de una pena ordinaria (...).⁷

En la época indiana existió la preocupación por lograr una proporcionalidad de la pena mediante la graduación de las penas, de manera que guardaran relación con los delitos, a fin de procurar el viejo anhelo del justo castigo, considerando las circunstancias atenuantes y las circunstancias agravantes del caso. Las penas no eran fijas, ha escrito Abelardo Levaggi. El autor supo agregar que “sin llegarse al criterio moderno de su individualización, hubo razones morales y jurídicas que determinaron que el legislador y los jueces graduasen las penas según las circunstancias del delincuente y del delito”.⁸

Fueron circunstancias atenuantes la ebriedad, la minoridad, la falta de dolo o violencia, obrar en defensa propia, la calidad de indio y su condición de “miserable”, tener una buena familia, etc. Desde luego que ello no excluía la aplicación de penas más graves en caso de circunstancias agravantes.⁹

La conmutación de la pena mediante arbitrio judicial podía proceder en virtud de motivos extralegales, como ser por equidad, misericordia, benignidad o por causa de utilidad pública. En este último caso, la aplicación de la pena más benigna podía darse por ejemplo, si el condenado era una persona cuyo oficio era necesario para la comunidad y tenía habilidades sobresalientes (*v.gr.*, un destacado maestro mayor de obras, un carpintero de grandes cualidades).¹⁰

No obstante, otras veces, y por la misma razón (en pro del bien común), no se admitía la clemencia solicitada por las partes o la aconsejada por el asesor del juez. Por ejemplo, así ocurrió con el indio reo Santiago Ramírez quien mató en estado de ebriedad al indio Anselmo Cuye en una pulpería. El gobernador Pedro de Cevallos no concedió el perdón de la pena de muerte ordinaria sentenciada, debido al elevado número de homicidios

7- LEIVA, Alberto David, *Vida forense y administrativa en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2001, p. 44.

8- LEVAGGI, Abelardo, “Aspectos del derecho penal indiano según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota”, *Estudios en Honor de Alamiro de Ávila Martel, Anales de la Universidad de Chile*, AUCh, 5ª serie, N.º 20, 1989, pp. 299-300.

9- LEVAGGI, “Aspectos del derecho penal...”, *op. cit.*, p. 301.

10- El carpintero Juan Antonio Aspurrúa había dado muerte a un albañil. En 1778 el virrey Cevallos, haciendo mérito de que “el insigne en un arte no debe sufrir la pena ordinaria, sino conmutarse en otra que sirva de ejemplo y escarmiento sin hacerlo faltar en las operaciones en que prevalece’ lo condenó a servir por seis años en las obras del rey, en el ejercicio de su oficio”. LEVAGGI, Abelardo, *Historia del derecho penal argentino*, *op. cit.*, p. 59.

judicializados pero impunes en el Buenos Aires de entonces.¹¹ Los jueces de la Monarquía se debatían entre la aplicación del “pronto ejemplar castigo” y la aplicación de la clemencia.¹²

II. La benignidad en la legislación castellano-indiana

Conviene ceñirnos ahora a la aspiración de la Monarquía castellano-indiana en pos de procurar la benignidad con los vasallos. Como antecedente, en el Derecho romano la equidad era el margen de libertad en la decisión judicial para adecuar la justicia al caso concreto, a fin de que las normas del ordenamiento jurídico no resultaran inicuas, es decir, contrarias a lo justo.¹³

Por eso sostenía Celso que el derecho es el arte de lo bueno y equitativo (*ius est ars boni et aequi*). La *aequitas* romana equivalía también a *pietas*,

11- En la sentencia del 14 de diciembre de 1771 Cevallos resolvió: “Que siendo digno de su mayor atención atajar el escandaloso exceso que durante su ausencia se ha experimentado en esta ciudad en la facilidad con que continuamente se han cometido los homicidios pues según se le ha informado pasan de doscientos los que se cuentan en el espacio de dos a tres años; pudiendo colegirse que este desenfreño nace en la mayor parte de que a vista de la frecuencia de semejantes delitos no se vean los castigos correspondientes (...) su Ea (...) llenándole, a su llegada a esta ciudad de horror y compasión la vista de una República tan agravada con esta especie de injurias, que es general su lamento, y fundada su queja de no verse ejecutados los castigos, pues aunque se imponen en algunas penas, las más veces se ha frustrado su cumplimiento con la dilación de las ejecuciones, o por la fuga de los delinquentes, o por otros acontecimientos. Y arbitrando su Ea. en el modo de remediar este tan general daño, no encuentra otro que el pronto ejemplar del castigo, pues se han experimentado insuficientes los que se han aplicado anteriormente (...)”. ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN (AGN), sala IX, 2757, Legajo 3, Expediente 4, f. 152 v.-153.

12- “Según dice Cicerón en II Rhet., la clemencia es una virtud por la que el alma, excitada en odio contra alguien, se modera con benignidad (...) el ánimo excitado hacia el odio, es decir, a castigar con dureza, se calma por la clemencia, para no imponer un castigo más duro que el debido”. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* (S.T.), II-IIae, q. 157, a.1. “En la disminución de las penas hay que considerar dos cosas. En primer lugar, ha de hacerse conforme a la intención del legislador, aunque no se siga la ley al pie de la letra. Según esto, pertenece a la epiqueya. En segundo lugar, debe existir cierta moderación de afecto al utilizar el poder de infligir las penas. Esto es propio de la clemencia” S.T., II-IIae, q. 157, a.3. “La misericordia y la piedad coinciden con la mansedumbre y con la clemencia en cuanto que se ordenan a un mismo efecto, cual es el de evitar el mal del prójimo”, S.T., II-IIae, q. 157, a.3.

13- “Lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general”. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 15ª edición, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 71. “La equidad (...) es un reconocimiento de que las reglas generales (...) funcionan de manera dura o inadecuada, y que algunos problemas son tan complejos que la legislatura no puede prever las consecuencias de todas las permutaciones posibles de los hechos. Cuando están involucradas estas clases de problemas, se cree que es preferible dejar el asunto en manos de quien conoce el caso, para que tome una decisión acorde con los principios de la equidad. La equidad es así la justicia del caso individual”. MERRYMAN, John Henry y Rogelio PÉREZ-PERDOMO, *La tradición jurídica romano-canónica*, 1ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 93.

benignitas, *charitas*, *benevolentia*, *clementia* y, frecuentemente, estos términos han sido utilizados indistintamente en el proceso penal indiano.¹⁴

La doctrina cristiana vino luego a transformar el mundo antiguo incorporando novedosamente el concepto de benignidad y de misericordia. En este sentido, San Pablo, en su carta a Timoteo, escribía: “Ha aparecido la benignidad y la humanidad de Dios nuestro Salvador: nos ha salvado, no a causa de las obras de justicia que hubiésemos hecho, sino por su misericordia (...)”.¹⁵ La benignidad, pues, se manifiesta en el amor del Buen Dios hecho hombre para con los redimidos con su sangre y también en la relación que debe existir entre los hijos de Dios, cuya libertad (no libertinaje) debe consistir en seguir el Espíritu y no la concupiscencia, en virtud de lo escrito por el Apóstol de las gentes: “El fruto del Espíritu es amor, gozo, paz, longanimidad, benignidad, bondad, fidelidad, mansedumbre, templanza. Contra tales cosas no hay ley”.¹⁶

Benignitas, en latín, se traduce en lengua castellana como benevolencia, afabilidad, generosidad.¹⁷ Se pueden agregar también otros sinónimos de benignidad como magnanimidad, clemencia, indulgencia, compasión. Deriva de la palabra benigno que significa afable, benévolo, piadoso. También se dice benigno del clima que es templado y suave. Algunos autores traducen en las Sagradas Escrituras benignidad por bondad.¹⁸

Santo Tomás de Aquino sostiene, en uno de sus sermones, que la mansedumbre y la benignidad son virtudes propias del hombre, a raíz de su condición social. Sólo aquellas virtudes pueden engendrar la armonía social, porque primeramente nos hacen humanos, es decir, porque posibilitan la verdadera libertad que nos hace dueños de nosotros mismos, coordinando las pasiones. Dice ese doctor de la Iglesia que “no se puede construir una comunidad política sin esa prioridad de la mansedumbre, ya que gracias a ella se crea el espacio necesario para el intercambio, la comunicación, el compartir fines y un converger en lo que debe hacerse –cosas que son condiciones para la felicidad”.

14- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*. Historia e instituciones, 2ª edición corregida, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987, p. 8.

15- Tt. 3, 4, 7. También San Pablo: “¿O desprecias la riqueza de su bondad, paciencia y longanimidad, ignorando que la benignidad de Dios te lleva al arrepentimiento?”, Rm. 2,4.

16- Ga, 5, 22.

17- *Diccionario Ilustrado Latino-Español. Español-Latino*, 21ª ed., Barcelona, Vox, Larousse editorial S.L., 2010, p. 56.

18- Mientras que bondadoso es aquel lleno de bondad y de genio apacible (bondad es la inclinación a hacer el bien), benévolo es quien tiene buena voluntad o simpatía hacia las personas o sus obras (RAE).

La mansedumbre asemeja a Dios. Para Aristóteles, filósofo trascendental en la doctrina tomista, lo distintivo del hombre es compartir la vida y los fines.¹⁹ En el derecho castellano-indiano existen numerosas menciones del trato benigno que deben procurar las autoridades con los subalternos. Según el pensamiento del Aquinate, cumbre de la cosmovisión de entonces, la mansedumbre es una virtud que debe poseer todo gobernante en la sociedad. En la época se consideraban tanto la mansedumbre como la benignidad de imperiosa necesidad para una vida social pacífica.

En tal sentido, el rey hacía auto referencia a las “pruebas de mi benignidad”,²⁰ porque debe imitar a Dios Padre y prodigarla entre sus súbditos. Por eso en las Leyes de Indias los monarcas afirmaban “los grandes beneficios y mercedes que de la benignidad Soberana hemos recibido y cada día recibimos”.²¹ De ahí que el rey debía ser como un padre con su pueblo, por lo que manifestaba seguir “el impulso de mi Real benignidad, como Padre y Protector de mis Pueblos”.²² Por eso las leyes referían a la benignidad con que el rey trata a sus vasallos o “para que se verifiquen las benignidades con que quise atender a mis vasallos, especialmente los pobres (...)”.²³

El monarca comunicaba, entonces, su benignidad y manifestaba tener “aquella equidad propia de mi Real benignidad”.²⁴

Debía usar o suspender su innata benignidad o clemencia según el caso, y otras referencias.²⁵ Y aquella paternal bondad debía ser ejercida también por la Iglesia, el poder espiritual, conforme a la benignidad Apostólica.²⁶

En la administración de justicia, en tanto y en cuanto función delegada por el monarca a los funcionarios inferiores, debía ser impartida también con la misma benévola actitud.

Así, los secretarios del Consejo del Rey debían atender a los “litigantes, y pretendientes con toda benignidad”; asimismo se debía “oír benignamente a los Procuradores de Cortes”.²⁷

19- ROSZAK, Piotr, “*Proprium hominis*. La persona y su vida moral en los comentarios bíblicos de Tomás de Aquino”, en *Sapientia*, vol. LXXIII, fasc. 242, 2017, pp. 111-112.

20- NUEVA RECOPI, tomo III de Autos Acordados, Lib. 3, Tít. 2, Auto 3.

21- RECOPI IND. Lib. 2, Tít. 1, Ley 1.

22- NUEVA RECOPI Lib. 1, Tít. 3, Ley 38, 2 y NOVÍSIMA RECOPI Lib. 1, Tít. 26, Ley 3, 2.

23- NUEVA RECOPI, Lib. 5, Tít., 21, Auto 6 y Auto 19; Lib.6, Tít. 18, Auto 24, Lib. 7, Tít. 12, Ley 10.

24- NOVÍSIMA RECOPI Lib. 3, Tít. 3, Ley 2 y NUEVA RECOPI, Lib. 2, Tít. 4, Auto 97.

25- RECOPI IND., Lib. 3, Tít. 17, ley 18; NOVÍSIMA RECOPI Lib. 1, Tít. 5, Ley 14, NUEVA RECOPI, Lib. 3, Tít. 2, Auto 4 y Auto 30.

26- RECOPI IND., Lib. 1, Tít. 6, Ley 11.

27- NUEVA RECOPI, Lib. 2, Tít. 4, Auto 80 y Libro 6, Tít. 7, Ley 8.

De forma semejante las Leyes de Indias prescribían “que los gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y sus tenientes traigan vara de justicia y oigan a todos con benignidad”.²⁸

III. La conmutación de penas en los expedientes criminales de Buenos Aires (2ª mitad del siglo XVIII)

A. Sentencias inmotivadas

Es preciso recordar que en el Derecho castellano no se acostumbró a fundamentar las sentencias. En cambio, en el reino de Aragón sí se mandaba fundarlas.

En Indias se siguió, en general, la tradición castellana de no fundar las sentencias, es decir, no se esgrimieron en ellas argumentos de Derecho sino referencias genéricas a los hechos resultantes de la vista de la causa. Sin perjuicio de ello, en la práctica se reconocían excepciones tanto en Castilla como en el Nuevo Mundo.²⁹

Dicha costumbre no impidió que en América muchos fallos judiciales tuvieran fundamentación. A tal punto ocurrió así que el rey Carlos III en 1768 prohibió la fundamentación de las sentencias, lo que no fue obedecido en todos los casos, como ha demostrado Levaggi, al reunir 21 sentencias de funcionarios del Río de la Plata, posteriores a la Real Cédula prohibitiva de Carlos III, que tienen una concisa fundamentación.³⁰

En efecto, en Indias las sentencias eran, generalmente, breves e inmotivadas, lo que nos hizo difícil, en las decenas de expedientes consultados de la segunda mitad del siglo XVIII, hallar sentencias de conmutación de la pena por motivos expresos de benignidad. Con todo, tal circunstancia se puede encontrar expresamente en diferentes piezas jurídicas del expediente criminal, ya sea en los escritos de los litigantes, de los auxiliares del juez, del reo, de la víctima (particularmente en el perdón), del defensor de pobres,

28- RECOR. IND., Lib. 5, Tít. 2, Ley 11.

29- LEVAGGI, Abelardo, “La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, N.º 6, 1978, 45-73, p. 50. YANZI FERREIRA, Ramón Pedro, “La administración de la justicia penal en Córdoba del Tucumán”, en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, p. 380.

30- La decisión real perseguía evitar los perjuicios que, a juicio del rey, traía motivar las sentencias, “dando lugar a cavilaciones de los litigantes” y “consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen”. De manera que mandaba sólo atenerse a las palabras decisorias (...). LEVAGGI, “La fundamentación de las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 47-48.

del protector de naturales, etc. Conforme prescribían las leyes indianas, los funcionarios reales debían oír a las partes benigna y afablemente al reclamar justicia.

A menudo, la benignidad en juicio se manifiesta implícitamente en los escritos de los asesores letrados de los jueces, solicitando la moderación de la pena.³¹

En tanto, la alusión indirecta a la benignidad del juez o del rey se aprecia en los expedientes al hacerse referencia a la misericordia, a la piedad, a la equidad, a la gracia, a la clemencia o al perdón, quizás porque la benignidad se encuentra en el origen de aquellas virtudes emparentadas.

Sin embargo, entre todas aquellas alusiones, parece primar en Buenos Aires el uso de la misericordia entre los escuetos motivos para la conmutación de penas de fin del siglo XVIII, por ejemplo a través de la expresión “usando de conmiseración”. Dicha expresión se utilizó respecto de los indios, considerados “miserables”, así como también respecto del resto de la población. En estos casos, bien podría haberse usado la expresión “usando de benignidad”, por la aplicación al reo de una pena más benigna o más blanda que la ordinaria.

B. Tipos de penas, circunstancias del delito y del delincuente, penas benignas

Como es sabido, las penas en el derecho castellano-indiano eran de distintas clases: penas capitales, corporales, de infamia y pecuniarias.³² En la pena capital se advierte, quizás con mayor claridad, la morigeración de la pena y la actitud benevolente del juez frente a la pena máxima. Una de las manifestaciones más notables de la benignidad en la aplicación de la pena era el perdón real de la pena de muerte al reo, que podía ser por distintos motivos, es decir, por indulto, entronización del rey, nacimiento de un infante real, etc. Las leyes, si bien castigaron, en principio, varios delitos con la pena capital, con el correr del tiempo se fueron reduciendo cada vez más las posibilidades de aplicación de estas penas, de modo tal que en el siglo XVIII sólo por excepción y a causa de hechos verdaderamente graves, se la usaba.

31- “Una vez que el juez contaba con el dictamen de su asesor letrado estaba en condiciones de dictar la sentencia”. YANZI FERREIRA, *op. cit.*, p. 380.

32- LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino, op. cit.*, p. 293.

Así fue como las justicias indianas administraron generalmente con moderación la pena de muerte, hasta, a veces, llegar a ser recriminadas por “el poco castigo que se hace de los delitos”. En el Río de la Plata, hay numerosos ejemplos de conmutación de la pena de muerte por las penas de destierro y de presidio. Semejantes criterios benevolentes se aplicaron sin distinción de razas, vale notar.

Levaggi ha señalado que el Derecho de entonces previó una serie de causales por las cuales debía cancelarse o postergarse la ejecución de la pena de muerte, que contemplaban razones de humanidad pero también razones de interés social (aprovechar del procesado la fuerza laboral, sus condiciones sobresalientes, o el servicio de verdugo). Y, en tanto, causales de postergación: la necesidad del reo de rendir cuentas y, siendo mujer, su preñez o la necesidad de crianza de un hijo.³³

La conmutación de la pena se efectuaba, pues, a través de una nueva sentencia que modificaba la pena impuesta en instancias anteriores, mediante la aplicación de una pena más moderada para el condenado.

IV. La benignidad en las causas criminales en el Río de la Plata (2ª mitad del siglo XVIII)

Veamos, ahora, algunas sentencias penales del período en estudio.

A. Benignidad y misericordia en la conmutación de penas a indios

En juicio, de algún modo la benignidad se aplicaba principalmente a los indígenas a través de la aplicación judicial de la misericordia, como prescribía la legislación indiana. Pero aquello no excluyó que se usase de misericordia también con la población no indígena, como veremos más adelante.

Así se advierte con toda claridad en la conocida causa seguida contra el indio Lorenzo Pesoa por haber muerto a Antonio Torres el día 2 de abril de 1778. El Protector de Naturales, Juan Gregorio de Zamudio, en una pieza jurídica magistral, apeló repetidas veces a la misericordia hacia el indígena que, como bien señalaba Zamudio en autos, era considerado miserable en el Derecho indiano. Al respecto escribe:

33- *Ibid.*, pp. 57-59. “El encargado de ajusticiar al reo era el verdugo o ejecutor de justicia, cargo que, por el desprecio que inspiraba, solía ser desempeñado por criminales a quienes se les conmutaba por este servicio la pena capital que de otro modo les correspondía (...)”. *Ibid.*, p. 60.

Y pregunto ahora, a vista de tan execrables delitos, cuál será el motivo de tanta suavidad y misericordia para con los Indios. Verdaderamente no es otro, que el conceptuarlos rústicos y por naturaleza incapaces de conocimiento y de advertir los excesos (...) prueba evidente de su barbaridad (...), y por lo mismo acreedor a que se le trate con misericordia, y no con el rigor de la pena ordinaria (...) sus mismos curas doctrineros ruegan y encargan a los jueces los miren y atiendan con suavidad y benignidad (...) Por lo que se ha de servir Vmd. despreciar la criminosa instancia del fiscal, y usar de benignidad en el castigo (...).³⁴

El fallo del alcalde, Manuel Martínez de Ochagavía, condenaba al indio con la pena ordinaria, a ser tirado de la cola de un caballo hasta el lugar donde se emplazara la horca. Ello, como consecuencia de un homicidio que, aunque cometido sin malicia y bajo los efectos del aguardiente, fue probado por tres testigos oculares contestes y por la propia confesión del acusado. No obstante, el Protector de naturales de la causa vuelve a abogar por el indígena condenado:

(...) si la Piedad de V.E. en vista de mi defensa que hecho a favor del Yndio Pesoa, tuviere por conveniente el libertarle de la atrocidad de la Sentencia a que está condenado, y esta se le compensa en otra más suave (...) Ntro. Soberano movido de su Real Piedad y conolido de sus Miserias encarga tantas y tan repetidas veces a todos sus Ministros el que los miren y atiendan con toda equidad, y Caridad (...) Asimismo es constante que todos los autores que con verdadero conocimiento de lo que son los Indios, tratan estos asuntos, encargan a los Jueces, que se atemperen en sus causas, que les minoren las penas, que se porten con amor de verdaderos Padres, y no con la severidad de estrictos Jueces. Esto no es otra cosa que claramente afirmar que los Jueces deben usar antes de la Misericordia que de la rigurosa Justicia, que no deben ceñirse a ejecutar la pena impuesta por la ley en general, sino a usar de la pena arbitraria que es muy propia (...) para con estos Miserables (...).³⁵

En la alzada el Virrey Cevallos conmutó la pena de muerte por la de destierro a las Islas Malvinas.³⁶

La sentencia decía lo siguiente: “Buenos Aires, junio 6 de 1778. Vistos: usando de las superiores facultades que como Virrey, Gobernador y Capitán General de estas Provincias me competen:

34- AGN, Sala IX, Criminales, 1778, Legajo 13, Expediente 15.

35- Ibid.

36- Ibid.

conmutó la Pena ordinaria de muerte pronunciada por el Alcalde de Segundo voto contra el Indio Lorenzo Pesoa en la de destierro por toda su vida en las Islas Malvinas (...).”

Otra sentencia del virrey Cevallos, del 1 de mayo de 1778, también conmutó la pena ordinaria por ser indio el condenado. En ese sentido, dice:

(...) considerando que (...) Hermenegildo Tabacaque (...) con quien deben templarse las leyes según lo dispuesto por nuestro derecho municipal en todas las del libro 6º y 7º (...) usando de la facultad que el Rey nuestro Señor me dispensa como a su virrey (...), le conmutó la sentencia de pena ordinaria pronunciada por la Real Audiencia de La Plata en perpetuo destierro a servir por su persona en las obras del Rey a ración y sin sueldo en uno de los Presidios de Maldonado, o de Montevideo (...).³⁷

Asimismo, la sentencia del gobernador de Buenos Aires, Francisco de Paula Bucareli, del 12 de enero de 1767, seguida contra el indio Simón Castillo, se conformó al dictamen del asesor, doctor José Luis Cabral. La causa llegó a la instancia superior por apelación que interpuso el Defensor de pobres de la sentencia pronunciada por el Alcalde de primer voto, que les condenó a ocho años de destierro al presidio de Montevideo y doscientos azotes. Por su calidad de indio, se expresó que debía, por esa razón, “castigársele con más moderación, y menos severidad como también por la ebriedad, y demás circunstancias que precedieron al homicidio, que ha perpetrado”. Por haber sido pena arbitraria, el gobernador le conmutó la pena de 200 azotes por dos años más de destierro, de manera que el reo “irá desterrado por diez años al Presidio de Montevideo, a ración y sin sueldo”.³⁸

Por su parte, la sentencia fundada del alcalde ordinario de primer voto de Asunción, José Joaquín de Achard, del 30 de septiembre de 1789, por el homicidio que los indios Anapichiguá y Paulito, de la nación Payaguá, perpetraron con alevosía contra el “joven cristiano Francisco Cosío”, se dictó en oposición al dictamen del asesor que se inclinaba por la pena de muerte. En aquella sentencia el alcalde aplica arbitrariamente una pena menor que la dictaminada por el letrado que, a juicio del alcalde, si bien es profesor de Derecho, sin embargo, tiene pocos años de residencia en el lugar, que no le han permitido penetrar el carácter de dicha parcialidad indígena, además de ignorar el idioma guaraní.

37- AGN, IX 32-1-4, exp. 19, f. 42v., en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, p. 56.

38- AGN, IX 32-1-1, exp. 10, f. 65 v., en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, p. 63.

Además, Achard tuvo en cuenta en su fallo que dichos naturales anteriormente habían destruido la casa y familia del Sargento Mayor Pedro Sebastián Otazú, “matando y cautivando a muchos”. Y, además, tuvo en consideración la alegación del defensor de los nativos, quien sostuvo que sufriendo la pena extraordinaria moderada y proporcionada a las presentes circunstancias, “se eviten mayores daños, que puede ocasionar esta Nación”. Por tanto, dispuso lo siguiente:

(...) los condeno a que sufran la pena de destierro por veinte años (...) con apercibimiento de doblárseles la parte que quebrantaren, volviendo a estas inmediaciones (...) a quienes por la estimación, y amor con que la Provincia trata a la Nación, se les conmuta la pena de muerte (...) y que, sirviendo de escarmiento este castigo, queden enterados sus individuos de la piedad con que los Jueces, Vasallos del Católico Rey (...) han mirado a estos reos (...).³⁹

En asuntos pertenecientes al fuero eclesiástico y fuera del distrito del Río de la Plata, Reales Cédulas como las de 1698, encargaban al Obispo de Caracas “que el castigo de los naturales fuera ejecutado con moderación sobre todo en asuntos de delitos relacionados con sus antiguos modelos culturales, como era el caso de la bigamia”, mientras que en 1713, otra Real Cédula, esta vez dirigida al Obispo de Puerto Rico, establecía un criterio de benignidad para los delitos contra la honestidad cometidos por mujeres indígenas.⁴⁰

B. Benignidad y conmiseración en la conmutación de penas a la población no indígena

La Audiencia de La Plata, el 6 de octubre de 1784, en el proceso seguido contra el reo Salinas por el delito de perjurio y en “consideración a su espíritu revoltoso” decidió lo siguiente:

Fallamos (...) haberse hecho acreedor (...) Salinas a la imposición de las [penas] pedidas por el Ministerio Fiscal [el destierro perpetuo de la ciudad de La Plata, destinado a uno de los presidios] y atendiendo la miserable constitución de este Reo, y dilatada prisión que ha tolerado con que se le conmutan, y compensan se le relaje, y dé soltura de ella (...).⁴¹

39- AGN, IX 39-4-1, exp. 62, f. 34-6, en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 67-69.

40- ARAUZ MERCADO, Diana, “La normativa hispano medieval y su aplicación en indias: condición femenina dentro del marco penal y procesal”, en *Estudios de Historia de España*, vol. XIV, N.º 1, 2012, p. 77. La condena de unos casados furtiva y violentamente condenados por un tribunal eclesiástico que remitió “no poco la pena condigna por un efecto de piedad y conmiseración...” (AGN, IX 38-6-1, exp. 8, f. 64-65), en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, p. 73.

41- AGN, IX 32-2-1, exp. 14, testimonio sin foliar, en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 70-71.

En algunos casos, los parientes de los procesados solicitaban al gobernador de Buenos Aires la conmutación del lugar de cumplimiento de la pena, con motivo de la vergüenza que significaba para la familia que un pariente cercano se empleara en obras públicas.

En este sentido, se presentó Judas Tadeo Pobeda, hermano del condenado Tomás José, para peticionar lo siguiente: “Por tanto, a V.S. pido y suplico se sirva conmutarle no la pena, que justamente ha merecido, sí el lugar; esto es Señor que el castigo que había de sufrir en Buenos Aires pase a experimentar a Montevideo o Maldonado, o en donde V.S. tenga por más conveniente gracia, que espero recibir de la gran piedad de V.S.”. La resolución del teniente gobernador de Buenos Aires, Vicente García Grande y Cárdenas del 13 de mayo de 1784 conmutó la pena para cumplirla en la Plaza de Montevideo.⁴²

El celo de las familias por su buen nombre y por la corrección moral de sus miembros llegaba al extremo alcanzado en 1791 cuando el procurador de número de la Real Audiencia don Juan de Almeyra solicitó el arresto de su hermano menor Mariano a fin de preservarlo de la *mala vida* que llevaba. Días después petitionó, se le liberara de la Real Cárcel y se le entregara para enviarlo a su domicilio y vecindario.⁴³ El hermano mayor manifestó que “esta súplica mía que solo fue dirigida a mirar por el bien de un hermano, logró de la benignidad de V.E. los efectos deseados (...) en mi (...) memorial (...)”. Mariano Félix de Almeyra, años después, se destacará durante las Invasiones Inglesas y se desempeñará como Capitán de Milicias en 1809, agregado al cuerpo de Blandengues.⁴⁴

Como quedó dicho, frecuentemente, en los supuestos permitidos, el mismo juzgador se apartaba arbitrariamente de la aplicación de la pena ordinaria que le correspondía por ley al encartado, para condenarlo con otra pena menor y más benévola. La fundamentación para moderar la pena se basó, a menudo, en una lacónica referencia al uso de la conmisericordia. En tal sentido, la sentencia de la Audiencia de Buenos Aires del 6 de octubre de 1786 mantuvo que:

42- AGN, IX, 32-3-7, expt. 7, fs. 7 v., en LEVAGGI, Abelardo, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (segunda parte), en *Revista de Historia del Derecho*, nro. 4, 1976, p. 137.

43- AGN, Sala IX, Solicitudes de Presos, 1791, libro 1, fs. 54-56.

44- AGN, Sala IX, Invasiones Inglesas. Solicitudes, propuestas, nombramientos, etc., Legajo 8, f. 1235. FOS MEDINA, Juan Bautista, “Los Almeyra Horne”, en *Junta Sabatina de Especialidades Históricas*, N.º 1, 1999, p. 235 y BARNES ALMEYRA, Héctor Rubén, *Don Juan de Almeyra. Estanciero de Navarro - sus circunstancias*, vol. II, Buenos Aires, Editorial Dunker, 1999, p. 78.

Declarando por bien probados, los atropellamientos denunciados, por el Protector de Naturales de la Ciudad de San Miguel de Tucumán, que cometió Don Manuel Pérez Padilla, en la ejecución de las sentencias de muerte y castigos, con punible transgresión de lo prevenido por la real Audiencia de Charcas, a cuya puntual observancia, debió haberse ceñido, en el ejercicio de su Empleo, sin omitir en todo evento, la formalidad de consultar a la Superioridad respectiva, que se estableció con tan maduro acuerdo a fin de evitar excesos, y desórdenes: por lo que se ha hecho acreedor a ser castigado, con la severidad, que corresponde a tan reprehensible desobediencia; y multándole atendida la ignorancia, que representa, y a que en la ejecución de dichas sentencias, procedió estimulado del cabildo de la expresada ciudad, en cien pesos usando de conmiseración, relevándole del resto al cumplimiento de los mil, en que había incurrido, según lo resuelto, en iguales casos, por la citada real Audiencia (...).⁴⁵

La sentencia fundada del gobernador Bucareli, del 21 de mayo de 1768, aplicó una pena atenuada a Bonifacio Barrenechea por alterar la paz pública con las sublevaciones de 1763 y 1764 en la ciudad de Corrientes:

En atención a todo, y usando de conmiseración: (...) que sirviéndole de pena la prisión que ha padecido, y satisfaciendo las costas del proceso particular, que se le ha seguido, no vuelva a la Ciudad de Corrientes (...), porque así conviene para la quietud de aquella Tierra, y bajo de estos términos se le ponga en libertad, y se le desembarguen sus bienes (...).⁴⁶

Asimismo, se pueden mencionar otros casos de conmutación de penas en Córdoba del Tucumán. Así en 1796 “el vago y ocioso Venancio Rodríguez condenado a los bajeles por tres años, fue beneficiado por la conmutación de la pena a cortar material en el horno de San Fernando”.

Al año siguiente, “Justo Quevedo ladrón, ocioso y salteador condenado a los bajeles de Su Majestad por 8 años y a pagar las costas del pleito, lograba la conmutación de su pena por el destierro en la mitad del tiempo de servicio con cadena en el Fuerte de las Tunas debido a su calidad de hombre casado y padre de familia”.⁴⁷

45- AGN, IX 38-8-5, exp. 4, f. 179-80 v., en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, p. 57.

46- AGN, IX 32-1-1, exp. sin número, f. 177-8, en LEVAGGI, “Las sentencias...”, *op. cit.*, pp. 55-56.

47- ASPELL, Marcela, “El espejo de la memoria. La aplicación de las penas en Córdoba del Tucumán, siglo XVIII”, en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, vol. 1, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, p. 391.

C. Rebaja de la pena y apercibimiento

A fin del siglo XVIII las penas de presidio eran susceptibles de ser reducidas por una rebaja, según el mérito adquirido por el recluso o cuando aceptaba voluntariamente cumplir su destierro en las Islas Malvinas. En estos casos, la disminución era del tercio del término asignado.⁴⁸ Asimismo, una disposición de la superioridad expedida el 27 de mayo de 1793 concedía seis meses de rebaja por año a los presidiarios que, estando empleados en los trabajos de la piedra en la Isla Martín García, procedieran con buena conducta.⁴⁹

Hubo sentencias que, además de la pena principal, impusieron un apercibimiento para evitar la reincidencia, lo que implicaba la fijación de otra pena accesoria, *v.gr.*, pena de multa y, en caso de mala conducta, cuatro años de trabajos públicos,⁵⁰ o cuatro años de presidio y, sino, el doble.⁵¹

V. Limitación de los reyes al arbitrio judicial en la morigeración de las penas

La utilización del arbitrio judicial debió ser de uso tan extensivo para moderar las severísimas penas previstas en la legislación, que la Recopilación de las Leyes de Indias consagró una disposición del rey Felipe II, que prohibió que los jueces moderaran las penas legales en los siguientes términos:

Nuestras Audiencias, Alcaldes del Crimen, Gobernadores, Corregidores y Alcaldes mayores moderan las penas en que incurren los jugadores, y otros delincuentes, y por esta causa no se castigan los delitos, y excesos como conviene. Y porque no les pertenece el arbitrio en ellas, sino su ejecución, mandamos que no las moderen, y guarden y ejecuten las leyes, y ordenanzas, conforme a derecho, que esta es nuestra voluntad.⁵²

Por su parte, la ley subsiguiente de ese *corpus*, indicó que “debían ser cumplidas las leyes y ordenanzas por las justicias, aun cuando fuesen penas de muerte”.⁵³ La Nueva Recopilación preveía otro tanto:

48- LEVAGGI, “Las penas de muerte y aflicción...”, *op. cit.*, p. 104.

49- AGN, Sala IX, Legajo 2799, Expediente 19, f. 523.

50- AGN, Sala IX, Criminales, 1779, Legajo 13, Expediente 22.

51- AGN, Sala IX, Criminales, Legajo 13, Expediente 26.

52- RECOPI. IND., Lib. 7, Tít. 8, Ley 15.

53- RECOPI. IND., Lib. 7, Tít. 8, Ley 16.

Reconociendo con lastimosa experiencia la reiteración, con que se cometen en la mi Corte, y caminos inmediatos, y públicos de ella, los delitos de hurtos, y violencias; enterado de que igual desenfreno puede motivarse de la benignidad, con que se ha practicado lo dispuesto por algunas Leyes del Reino, sin embargo de lo prevenido por otras anteriores, que condignamente imponen la mayor pena para su castigo, y escarmiento; y atendiendo a que mi Corte, como fuente de la Justicia, debe ser segura a todos los que vinieren, y residan en ella; he resuelto establecer nueva Ley y Pragmática sanción en esta forma: Que a cualquiera persona, que teniendo 17 años, cumplidos, dentro de la Corte, y en las cinco leguas de su rastro, y distrito, le fuere probado haber robado a otro ya sea entrando en las casas, o acometiéndole en las calles, y caminos, ya con armas, o sin ellas, solo, o acompañado, y aunque no se siga herida, o muerte en la ejecución del delito, se le deba imponer pena capital (...) y sin arbitrio para templar, ni conmutar esta pena en alguna otra más suave, y benigna (...).⁵⁴

Se buscaba combatir el menor grado de relajación en la aplicación de las penas previstas en la ley, de manera que también prohibía la composición en querellas y pleitos criminales, salvo en algún caso muy particular, a solicitud y conformidad de las partes, y siempre que no fuese necesario dar satisfacción a la causa pública por la gravedad del delito u otros fines, 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”.⁵⁵

De todas maneras, la voluntad que los reyes y virreyes pretendieron imponer para la aplicación expedita de las penas previstas en la legislación, así como para limitar el arbitrio judicial en la morigeración de las penas, no parece haber sido del todo efectiva.

VI. Conclusión

Leiva ha observado algunas consideraciones interesantes acerca del prudente arbitrio judicial en los juicios criminales de Buenos Aires de fin de siglo XVIII. En primer lugar, que la pena arbitraria era mejor recibida que la ordinaria en la creencia de ser más justa. En segundo término, que fueron más numerosos los casos de conmutación de pena que los de aumento o disminución, “de lo que se desprende la evidente intención de humanizar el

54- NUEVA RECOR., Lib. 8, Tít. 11, Auto 19.

55- RECOR. IND., Lib. 7, Tít. 8, Ley 17.

Derecho Penal por la acción de los jueces”. La tercera consideración es que el arbitrio se aplicó generalmente junto con la clemencia y la moderación de las penas. Y, finalmente, que “frente a la primitiva crueldad legal de la pena fija, –por entonces de aplicación anacrónica–, el arbitrio judicial aparece, sin ser lo mismo, como un antecedente de los modernos regímenes de escala móvil, dado que los jueces en la generalidad de los casos aplicaron el arbitrio pero sin llegar a la arbitrariedad”.⁵⁶

La benignidad de los jueces parece que se derramó sobre los ofendidos que pidieron justicia, como sobre los reos que clamaron por piedad y misericordia. El trato benigno prescripto en las leyes y aplicado por los jueces dulcificó el duro régimen punitivo indiano que, aunque rigurosísimo, como se ha visto, no fue inflexible, sino susceptible de suavizarse por la indulgencia de aquellos en la imposición de las penas. La frialdad de la justicia debía templarse al calor de la misericordia. La pena ordinaria podía conmutarse por la pena arbitraria mediante la conmiseración del juez hacia el reo, que se tradujo muchas veces en el carácter benigno de las sentencias que le exigía la legislación castellano-indiana.

De ese modo, durante el período indiano, las entrañas de misericordia del juzgador lo convirtieron asimismo, en cierto sentido, en juez benigno porque, siendo la misericordia la más excelente de las virtudes que miran al prójimo, según el Doctor Angélico,⁵⁷ la benignidad –que es afabilidad en el trato– quedaba también incluida, al mover a otras virtudes como la clemencia, el perdón y la misma misericordia, que todavía va más allá que la primera.⁵⁸ Y ello es aplicable analógicamente, en virtud de lo previsto en el viejo principio general del Derecho: “quien puede lo más puede lo menos”.

En el sistema penal contemporáneo, como es sabido, rige en la materia el concepto de aplicación de “ley más benigna”, porque el juez no es libre de fijar penas discrecionales. El juez debe ser solamente un ejecutor de la pena impuesta por el legislador en la ley (dentro de una escala penal), convertida así prácticamente en la única fuente del Derecho.

En el régimen castellano-indiano, en cambio, el uso asiduo del arbitrio judicial, tan denostado por los publicistas ilustrados de fin del siglo XVIII, permitió al juez la aplicación de una pena más benigna, a través de varias maneras, conmutación, rebaja, disminución, perdón, etc.

56- LEIVA, Alberto David, “La institución del arbitrio judicial...”, *op. cit.*, p. 56.

57- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-IIae, q. 30, a. 4.

58- Misericordioso es quien tiene el ánimo dispuesto a compadecerse de los sufrimientos y miserias ajenos. Es decir, en la misericordia humana se da una cierta tristeza o condolencia por el mal del prójimo.

Además de la utilización de una eventual ley más benigna, siempre de carácter general y de aparición aislada, mediante el arbitrio de los jueces y pese a los riesgos que suponía para el procesado tal discrecionalidad, la sentencia creaba una suerte de ley más benigna para el caso concreto y adaptada a las circunstancias, con la consecuente imposición de la pena moderada que, en principio, no debía sobrepasar el tope constituido por el mayor rigor de la pena legal.⁵⁹

El principio penal moderno de la “ley más benigna”, muy loable en sí, con todo es expresión de un Derecho casi exclusivamente positivo y dependiente del poder legislativo del Estado. En cambio, la pena arbitraria más benigna (que la pena legal ordinaria), ha sido reflejo de un Derecho casuista, en cierto sentido más libre que su sucedáneo a la hora de su determinación por los jueces, y de un Derecho local o provincial que atribuía una mayor autonomía frente al poder político.

La embestida de la doctrina penal racionalista contra el sistema penal tradicional, si bien ablandó muchas de las penas de aquél severo sistema punitivo y diseñó un régimen que ofreció una mayor seguridad jurídica a los justiciables, también es cierto que limitó en el ámbito penal y, jurídico en general, el alcance de las decisiones jurisprudenciales, al atarlas indefectible y rígidamente a la letra de una ley puramente técnica y, por lo mismo, despojada de todos los elementos supra jurídicos que contenía el viejo Derecho, es decir, del espíritu religioso, moral, así como de otros elementos extralegales, como los usos, fueros y costumbres que, en su conjunto, le otorgaban una genuina peculiaridad y una dimensión trascendente.

VII. Bibliografía

ARAUZ MERCADO, Diana, “La normativa hispano medieval y su aplicación en indias: condición femenina dentro del marco penal y procesal”, en *Estudios de Historia de España*, vol. XIV, N.º 1, 2012, p. 69.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*. Historia e instituciones, 2ª edición corregida, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, 15ª edición, México, Editorial Porrúa, 1996.

59- En ese sentido, otro escrito notable de Juan Gregorio de Zamudio en defensa del indio Juan Guati decía lo siguiente: “Hágome cargo de que por la vindicta pública, puede el juez arbitrar, en alguna pena, pero este arbitrio, debe ser moderado porque si se excede a la pena más rigurosa se propasa de los límites de la prudencia y no usa ya de arbitrio sino de la pena legal y tal vez más excesiva a las circunstancias del proceso, por lo que la revocación de la sentencia y reducción a una pena más moderada es de justicia que pido”. AGN, Sala IX, 1757, 3941, leg. 1, N.º 1.

ASPELL, Marcela, “El espejo de la memoria. La aplicación de las penas en Córdoba del Tucumán, siglo XVIII”, en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, vol. 1, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, p. 357.

BARNES ALMEYRA, Héctor Rubén, *Don Juan de Almeyra. Estanciero de Navarro - sus circunstancias*, vol. II, Buenos Aires, Editorial Dunken, 1999.

Diccionario Ilustrado Latino-Español. Español-Latino, 21ª ed., Barcelona, Vox, Larousse editorial S.L., 2010.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1851.

FOS MEDINA, Juan Bautista, “Los Almeyra Horne”, en *Junta Sabatina de Especialidades Históricas*, N.º 1, 1999, p. 233.

LEIVA, Alberto David, “La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N.º 24, 1978, p. 93.

LEIVA, Alberto David, *Vida forense y administrativa en el Virreinato del Río de la Plata*, Buenos Aires, Editorial Dunken, 2001.

LEVAGGI, Abelardo, “Aspectos del derecho penal indiano según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota”, en *Estudios en Honor de Alamiro de Ávila Martel, Anales de la Universidad de Chile*, AUCH, 5ª serie, N.º 20, 1989, p. 297.

LEVAGGI, Abelardo, “La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, N.º 6, 1978, p. 45.

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

LEVAGGI, Abelardo, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (segunda parte)”, en *Revista de Historia del Derecho*, N.º 4, 1976, p. 59.

MERRYMAN, John Henry y Rogelio PÉREZ-PERDOMO, *La tradición jurídica romano-canónica*, 1ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., <https://dle.rae.es> [Consulta: 1 de septiembre de 2025].

ROSZAK, Piotr, “*Proprium hominis*. La persona y su vida moral en los comentarios bíblicos de Tomás de Aquino”, en *Sapientia*, vol. LXXIII, fasc. 242, 2017, p. 109.

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, tomo VIII, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, BAC, 1956.

YANZI FERREIRA, Ramón Pedro, “La administración de la justicia penal en Córdoba del Tucumán”, en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, vol. 1, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, p. 367.