



DELITOS Y PENAS EN EL NUEVO MUNDO

Ricardo M. Mata y Martín
Universidad de Valladolid

Recibido: 15 de febrero de 2010 / Aceptado: 30 de marzo de 2010

RESUMEN

En el presente trabajo se quiere realizar una aproximación a lo que fue la implantación y aplicación del Derecho penal en el descubrimiento, conquista y colonización del Nuevo Mundo. Precisamente por tratarse de un nuevo espacio y con condiciones específicas posee interés el conocimiento de la problemática en la configuración y ejecución del poder punitivo ultramarino. Desde los primeros tiempos del arribo de Colón a las Antillas se presentan problemas graves en la convivencia que hacen surgir los instrumentos punitivos. Igualmente en el contacto con los indígenas y, en su caso, en los enfrentamientos se recurrirá con mayor o menor justicia al Derecho penal. Progresivamente con la colonización de los nuevos espacios se dará lugar a la consolidación más estable de las instituciones jurídico-penales. Con todo ello se pretende mostrar algunas de las líneas maestras de lo que constituyó el ejercicio del *ius puniendi* más allá de los límites espaciales hasta entonces establecidos para las Monarquías hispánicas.

Palabras clave: Derecho penal, descubrimiento de América, delito, pena.

CRIME AND PUNISHMENT IN THE NEW WORLD

ABSTRACT

The present work seeks to outline the imposition and application of criminal law in the discovery, conquest and colonization of the New World. More precisely, as it was a new territory with its own specific conditions, it is of interest to understand the question surrounding the configuration and execution of punitive power overseas. From the very first days after the arrival of Columbus in the Antilles, serious problems of coexistence would ensue that led to the emergence of punitive instruments. Likewise, criminal law would be invoked with greater or lesser justice in contacts and, where applicable, in conflicts with the indigenous peoples. Progressively, after the colonization of new spaces, a more stable consolidation of the juridical-criminal institutions would take place. All of this is intended to show some of the main threads of what constituted the exercise of *ius puniendi* beyond the territorial limits established up until that time by the Hispanic Monarchy.

Key words: Criminal law, discovery of America, crime, punishment.



I. PLANTEAMIENTO

La historia del ser humano nos muestra al Derecho penal como un elemento necesario en la convivencia humana de todos los tiempos. Efectivamente la necesidad de declarar ciertas conductas como infractoras e imponer a las mismas algunas sanciones o consecuencias aparece, de múltiples formas, en las situaciones habituales pero también en las más extremas, como son los descubrimientos, exploraciones de territorios desconocidos e incluso en la guerra.

Con la mención al Derecho penal por tanto hacemos referencia a la determinación de ciertas conductas como prohibidas y la aplicación para sus autores de sus correlativas sanciones. En definitiva los componentes fundamentales del derecho penal: delitos y penas. El Derecho penal, la facultad de configurar los hechos constitutivos de infracciones y declarar las penas o sanciones aplicables, así como su ejecución, es una de las manifestaciones supremas de la soberanía del poder público de una comunidad política. Como tal manifestación se impone a la voluntad de los individuos que se encuentran en el territorio de la comunidad política y se extiende, por tanto, a todos los territorios en los que se asienta tal comunidad. Es cierto que la historia, en muy distintos periodos, nos enseña también lo que a nuestros ojos se presentan como excesos en este poder punitivo, pero también sabemos que ejercido en sus justos términos constituye un instrumento creador de espacios de libertad frente a la violencia y la «ley» del más fuerte, en beneficio de las víctimas y del conjunto de la sociedad. En todo caso ninguna civilización ha renunciado a este instrumento colaborador de la convivencia, aunque en nuestros tiempos pueda calificarse como una «amarga necesidad».

En el presente trabajo se quiere realizar una aproximación a lo que fue la aplicación del Derecho penal en el descubrimiento, conquista y colonización del Nuevo Mundo. Precisamente por tratarse de un nuevo espacio y con condiciones específicas posee interés el conocimiento de la problemática en la configuración y ejecución del poder punitivo ultramarino. Desde los primeros tiempos del arribo de Colón a las Antillas se presentan problemas graves en la convivencia que hacen surgir los

instrumentos punitivos. Igualmente en el contacto con los indígenas y, en su caso, en los enfrentamientos se recurrirá con mayor o menor justicia al Derecho penal. Como se ha dicho, dadas las características del presente trabajo, únicamente se pretende mostrar algunas de las líneas maestras de lo que constituyó el ejercicio del *ius puniendi* más allá de los límites espaciales hasta entonces establecidos para las Monarquías hispánicas.

Como el descubrimiento del Nuevo Mundo y su asimilación se desarrolló a lo largo de momentos históricos muy diversos, desde el descubrimiento en 1492, y sobre territorios que iban aumentando paulatinamente, así como en condiciones variables, se hace preciso distinguir al menos dos grandes fases en esta aplicación del Derecho penal. Por una parte lo que puede denominarse Derecho penal del descubrimiento y conquista (prácticamente un Derecho penal de frontera). Es el relativo a los primeros momentos y que se aplicará en expediciones, descubrimientos y conquistas de los años iniciales. Después, con el cambio de circunstancias vendrá el Derecho penal de asentamiento o institucionalizado. Aquel que podemos reconocer una vez logrado el establecimiento de poblaciones y normalizada la vida social. Conforme a esta gran división pasamos a exponer sus rasgos fundamentales.

II. DERECHO PENAL DE DESCUBRIMIENTO Y CONQUISTA

Esta calificación se refiere al Derecho punitivo aplicado durante los primeros tiempos en las expediciones y conquista de nuevos territorios (incluidos los periodos de navegación). Como se ha señalado el *ius puniendi* representa una de las más características manifestaciones de la soberanía de una comunidad política. Por ello la titularidad del poder punitivo y su puesta en práctica irá avanzando conforme los descubridores van ensanchando las zonas sucesivamente incorporadas a la dependencia de los monarcas hispánicos. En esa progresiva absorción de territorios irá también haciéndose visible la extensión del derecho de castigar como expresión del nuevo poder público. De manera que además de la titularidad punitiva que acompaña a las personas de los descubridores, investidas por los reyes, ahora se extien-

de a los nuevos territorios. Téngase en cuenta que pese a que en la empresa americana los monarcas se valieran de agentes y financiación privada, en realidad todas las acciones están fundamentadas en decisiones reales, a las cuales y a las leyes de la monarquía están sometidos los conquistadores. En las actuaciones de los conquistadores siempre se advierte su trasfondo institucional¹, bien en la autoridad de que están investidos los conquistadores o bien por los funcionarios reales que acompañan a cada expedición.

1. Los nuevos territorios y la toma de posesión

La soberanía sobre nuevos territorios se pone de manifiesto a través de los actos formales denominados de toma de posesión. En los albores de la edad moderna esa expresión de la soberanía de los Monarcas sobre un territorio, la ponen en evidencia los actos de toma de posesión de los nuevos espacios descubiertos o conquistados. Los nuevos territorios son considerados «res nullius» y objeto de donación mediante los títulos papales², de manera que se manda realizar las tomas de posesión como acto formal y simbólico en el que se manifiesta la pertenencia de tales lugares a los Monarcas en el nombre de los cuales se realiza el acto. El propio Colón en su diario deja constancia de la conciencia de la necesidad del acto de toma de posesión: «Mi voluntad era de no pasar por ninguna isla de que no tomase posesión, puesto que tomando posesión de una se puede decir de todas»³. De forma que llegados a una de las Islas de los Lucayos, que los indígenas denominaban Guanahani, Colón saltó a tierra y tomó posesión en nombre de los Reyes Católicos conforme al *ius commune*, como modo de adquirir el dominio (*occupatio*) en su modalidad de *insula in mari nata*. En este sentido Las Partidas señalaban que «si acaeciese que se fiziesse y alguna isla de nuevo, suya dezimos que deve

ser de aquel que la poblare primeramente, e aquel, o aquellos que la poblaren deven obedecer al Señor, en cuyo señorío es aquel lugar do apareció tal isla»⁴.

En general y más al principio de los descubrimientos, parece que no hubo modelos prefijados sobre el acto de toma de posesión de los territorios. Sin embargo en algún caso especial, como en el llevado a cabo por Díaz de Solís en los límites del Río de la Plata con Brasil, «en función de los portugueses que están en el Brasil y amenazan al Río de la Plata» se llevará a cabo con una fórmula más precisa que deja bien a las claras la íntima relación entre soberanía sobre nuevos territorios y ejercicio del *ius puniendi*. En el mismo, además de las palabras que señalan la nueva pertenencia, la indicación de los testigos ante los que se realiza y la documentación realizada por escribano, se manda «hacer allí una horca» y realizar un simulacro de administración de justicia: «*hagáis ante escribano público y el más numero de testigos que pudiéredes, e los más conocidos que hobiere, un acto de posesión en nuestro nombre, cortando árboles e ramas, e cavando o haciendo, si hobiere disposición, algún pequeño edificio, e que sea en parte donde haya algún cerro señalado o árbol grande, e decir cuantas leguas está de la mar, poco más o menos, e a qué parte, e qué señas tiene, e hacer allí una horca, e que algunos pongan demandas ante vos, e como nuestro capitán e juez lo sentenciéis y determinéis, de manera que en todo tomeis la dicha posesión*»⁵. No puede quedar más clara la radical vinculación entre la soberanía sobre un territorio y el ejercicio de la función judicial, sublimada en el caso de la jurisdicción criminal en la aplicación de la pena de muerte, por ejemplo mediante la horca. Señala MORALES⁶ cómo en este supuesto «como prueba del acto, se levantaría una horca y se administraría justicia, quedando así jurídicamente demostrada la soberanía de España sobre el territorio».

En estos primeros periodos del descubrimiento la Administración de Justicia criminal se va a llevar a cabo en condiciones precarias, tanto en cuanto por las situaciones extremas de

¹ Cfr. TESTAS/TESTAS (1990), p. 159.

² Véase al respecto MORALES PADRÓN (1974), p. 41.

³ BARRIENTOS GRANDON (2000), p. 17.

⁴ BARRIENTOS GRANDON (2000), pp. 15 y ss.

⁵ MORALES PADRÓN (2008), pp. 135-6

⁶ (2008), p. 136.

la vida en aquellos momentos (expediciones largas, fatigosas, en ocasiones en combate, etc.) como por las condiciones normativas y de aplicación jurídica (sin normas apropiadas a las condiciones del momento y aplicadas generalmente por no juristas). En esta primera fase no puede realizarse la justicia según las fases regulares del proceso, haciéndose necesaria la mayor simplificación y rapidez, por lo que se producen peticiones a los reyes para decidir pleitos por arbitraje en el ámbito civil⁷.

En consonancia con lo anterior el ejercicio de la profesión de abogado y procurador se veía como un inconveniente para la resolución oral y en conciencia de los conflictos, por lo que se solicitó y obtuvo la exclusión y prohibición de acceso de los abogados y procuradores para el ejercicio de tales oficios⁸. Por lo tanto en estos comienzos la ausencia de juristas se produce por la propia situación y también como algo deliberado. Se llega de esta manera a la prohibición de embarcarse letrados para el nuevo Mundo. Alguna de estas prohibiciones queda reflejada en las Capitulaciones e Instrucciones, aunque se especifica que la prohibición de pasar a dichas tierras letrados o procuradores lo es «para usar de sus oficios»⁹.

Sin embargo las anteriores consideraciones no son enteramente aplicables a los hechos conocidos por la jurisdicción criminal, de forma que parece que conforme a la naturaleza de este proceso se excluye el arbitraje, debiéndose juzgar de acuerdo a la leyes castellanas –sin exclusión del procedimiento ordinario, por tanto– e incluso aumentando las penas de los delitos más graves según la situación, de acuerdo a lo previsto en las Instrucciones otorgadas a Pedrarias el 2 de agosto de 1513¹⁰.

Como consecuencia de la adquisición de la soberanía sobre los nuevos territorios este Derecho penal será aplicado sobre los anteriores y los nuevos súbditos de la Corona. Los primeros tiempos no fueron nada fáciles y surgieron graves problemas de convivencia, enfrentamientos y motines frente a la autoridad del Almirante. En los últimos momentos de lo que será su primer mandato Colón respondió con severidad ante situaciones de grave conflicto, dando muerte a algunos conjurados y encerrando en un pozo a dieciséis que estaban esperando a ser ejecutados¹¹. En medio de una gran confusión, situación tensa y acusaciones de abuso de poder, un juez pesquisador (Bobadilla) enviado por los reyes prende al Almirante y Virrey de las Indias y a sus hermanos Bartolomé y Diego y lo envía preso a la península –«echole grillos y enviolos en sendas carabelas a España»–¹².

Posteriormente en otro ámbito geográfico Diego Velázquez, conquistador y pacificador de Cuba (Fernadina), como Adelantado y Gobernador de la isla, manda aplicar la pena capital al rebelde local Hatuey después de la realización de un proceso criminal y su conclusión con una sentencia condenatoria¹³. El mismo Velázquez tras los abusos de Morales –uno de sus capitanes–, desoyendo las órdenes de Velázquez de conquista pacífica en Cuba, le manda preso a Santo Domingo. También hará preso temporalmente Velázquez a Hernán Cortés, durante su estancia en Cuba, por asuntos amorosos e igualmente de orden conspiratorios¹⁴. El propio Cortés, investido de autoridad, hará uso de la capacidad jurídica para imponer sanciones criminales como cuando puso grilletes a Pedro de Alvarado que hizo una incursión

⁷ GÓNGORA (1951), p. 222.

⁸ GÓNGORA (1951), p. 222.

⁹ MORALES PADRÓN (1973), p. 203. GÓNGORA (1951), p. 222.

¹⁰ Véase al respecto GÓNGORA (1951), p. 222.

¹¹ Véase VARELA (2006), pp. 19 y ss.

¹² LÓPEZ DE GÓMARA (2004), p. 59. También HERRERA y TORDESILLAS (1991), p. 408 y ss. Era práctica habitual que los Reyes enviaran Jueces de Residencia y Visitadores reales para vigilar el comportamiento de los Corregidores y otras autoridades. Véase TOMÁS y VALIENTE (1969), p. 30.

¹³ HERRERA y TORDESILLAS (1991), p. 563. LOHMANN VILLENA (1983), p. 236, JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 967, LAS CASAS (1985), p. 54. GUERRA y SÁNCHEZ señala que «Hatuey fue condenado por Velázquez a ser quemado vivo, castigo bárbaro que se aplicaba en aquella época a ciertos criminales» y que «El suplicio de Hatuey fue el único acto de crueldad ordenado por mandato de Velázquez. La matanza de Caonao fue realizada en contra de sus órdenes», p. 3 y 5. Parece que «Durante el mandato de Diego Velázquez, el primer Gobernador de Cuba, la vida política y la administrativa, rudimentarias, y la vida social, se desarrollaron en un ambiente de relativa paz, normalidad y honestidad, consagrados sus escasos habitantes al trabajo, principalmente, la agricultura, construcción de barcos, minería, erección de poblados y apertura de caminos». Así lo indica ROIG DE LEUCHSERING.

¹⁴ Los encierros sucesivos de H. Cortés por parte de Velázquez en MADARIAGA (1975), p. 77 y ss. También HERRERA y TORDESILLAS (1991), pp. 574 y ss.

por su cuenta en Cozumel, acaparando alimentos arrebatando joyas de los templos y adueñándose de dos indios y una india¹⁵.

2. Títulos jurídicos para el ejercicio del *ius puniendi* por parte de los conquistadores

Al margen de los títulos generales de ocupación de las Indias y las controversias sobre ellos, que pudieran justificar finalmente la aplicación del propio Derecho y extenderlo a los antiguos pobladores¹⁶, podemos señalar los concretos apoyos jurídico-formales que facultaban para el ejercicio del *ius puniendi* en estos primeros tiempos del descubrimiento.

El primero y más relevante eran las Capitulaciones. Se trataba de los documentos en los que la Corona autorizaba a determinadas personas a llevar a cabo una expedición en los nuevos territorios y que recogía los aspectos fundamentales en los que se producía la autorización. La Capitulación «autorizaba, a veces intervenía económicamente y, sobre todo, concedía premios y mercedes a base de lo mismo que el particular lograba o se comprometía a lograr»¹⁷. De forma que por una parte están los compromisos que el particular acepta y por otra las mercedes o ventajas que concedía la Corona. Entre estas últimas estaban los oficios públicos que iba a desempeñar en nombre de la Corona bien temporalmente o bien a perpetuidad¹⁸.

Así son conocidas las capitulaciones de Santa Fé (1492) entre los Reyes Católicos y Cristóbal Colón. En las mismas se le instituye por parte de los monarcas como Almirante y Virrey de las tierras que fueran descubiertas. Pese a no existir una total certeza de los pode-

res otorgados a Colón, que de hecho se fueron precisando en posteriores documentos, los títulos de Virrey y gobernador le facultan para el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal, esto es para imponer penas y ejecutarlas en las personas y bienes¹⁹. En el orden jurisdiccional corresponderá a Colón las decisiones en apelación frente a las de jueces inferiores que él mismo habrá nombrado²⁰.

Entre las primitivas, más breves, está también la capitulación realizada con Vicente Yáñez Pinzón, con la que «queda investido como capitán con autoridad civil y criminal»²¹. Posteriormente, también en el caso de Francisco Pizarro, cuando ante las noticias –parece que esparcidas falsamente– sobre el asalto pretendido a Cajamarca procesa y condena a Atabalipa a la pena capital, actúa con las atribuciones de Adelantado, de lo que se desprende que «era Justicia Mayor y ejercía jurisdicción civil y criminal, esto es estaba en posesión del *ius puniendi*», lo que le había sido otorgado mediante las Capitulaciones de Toledo de 26 de julio de 1529²². Otra cosa diferente será que acertara. Como queda en evidencia entre esas condiciones fundamentales para la exploración y conquista propias de las Capitulaciones como instrumento jurídico habitualmente se encuentra el ejercicio de la jurisdicción criminal.

Como segundo grupo de instrumentos jurídicos en el descubrimiento y conquista americano están las llamadas Instrucciones. Suponen la concreción de las condiciones en las que se lleva a cabo la expedición, con indicaciones particulares sobre trayectos, lugares y realizaciones (trato con los pobladores, etc.) que se deben poner en práctica. En ellas puede reflejarse la capacidad jurisdiccional encomendada al jefe de expedición. Así sucede en las

¹⁵ TESTAS/TESTAS (1990), pp. 98 y ss.

¹⁶ Sobre estos problemas más generales puede verse BARRIENTOS GRANDON (2000), p. 15 y ss. También LEVENE (1969), pp. 62 y ss.

¹⁷ MORALES PADRÓN (1973), p. 197.

¹⁸ MORALES PADRÓN (1973), p. 199. Como otro ejemplo están las Capitulaciones con Diego Velázquez sobre el Descubrimiento de Yucatán y otras islas (Zaragoza, 13 de noviembre de 1518) (p. 207).

¹⁹ ZORRAQUÍN BECU (1972), pp. 177-8.

²⁰ OTS y CAPDEQUI (1968), p. 124.

²¹ Estas capitulaciones de los primeros tiempos del arribo al Nuevo Mundo son más breves, de forma que después de las Ordenanzas de Nuevo Descubrimiento (1573) crece el detallismo regulador, «notándose el predominio de una política colonizadora más que explotadora». MORALES PADRÓN (1973), p. 200. En algunos otros casos, como el de súbditos extranjeros, pese a ser nombrados Gobernador y Capitán general de la Provincia, no se concedía la jurisdicción civil ni criminal (pp. 200-1).

²² LOHMANN VILLENA (1983), p. 264. Según el mencionado autor Pizarro había actuado previamente con riguroso apego a las Instrucciones recibidas (p. 244) y con inobjetable rigor jurídico en el trayecto hacia Cajamarca (p. 246), pues según algún biógrafo era profunda y supersticiosamente legalista (p. 243).

Instrucciones que Diego Velázquez establece para Hernán Cortés cuando le envía al Yucatán²³. Las mismas disponen que «*en todas las cosas, así civiles como criminales que allá entre unas persona con otras, o en otra cualquiera manera se ofrecieren o acaecieren, conoceréis dellas y en ellas conforme a derecho y justicia, e non en otra manera*».

En particular para la gente de su compañía se prohíben los naipes, blasfemias, alborotos y todo tipo de discordias, «*imponiendoles sobre ello recias penas, las cuales ejecutaréis en las personas que lo contrario hicieren*»²⁴. También se cuida mucho el gobernador Velázquez de prohibir todo tipo de abusos en las poblaciones a las que arribe la expedición «*con apercibimiento que serán muy bien castigados los que lo contrario hicieren, e si lo hicieren castigarlos heis conforme a justicia*»²⁵. En definitiva a los jefes expedicionarios mediante las capitulaciones e instrucciones se les transmite la jurisdicción criminal, que les faculta para la imposición de penas y castigos, incluso las más graves. «La autoridad del jefe o capitán de conquista emanaba del soberano... El capitán solía llevar amplia autoridad civil y criminal, mero mixto imperio, pudiendo juzgar, ajusticiar, repartir tierras e indios, alzar fortalezas, nombrar autoridades, etc.»²⁶. De estas facultades hará uso Hernán Cortés, llegando a imponer la pena capital²⁷.

3. El Derecho penal en las nuevas poblaciones

El avance del descubrimiento y conquista va dando lugar progresivamente a la creación de nuevas poblaciones. «Desde Nebrasca hasta Santiago de Chile, y durante la edad heroica de las conquistas, los españoles, con fortuna diversa, se esforzaron por crear ciudades...»²⁸

en las que desarrollar su nueva vida pacífica y fructífera a la que aspiraban. Una de las primeras preocupaciones de los fundadores de las ciudades era la construcción del rollo jurisdiccional²⁹, como expresión de los nuevos poderes punitivos constituidos en el ámbito municipal. El rollo como monumento instalado en el centro de las viejas poblaciones en manifestación del poder jurisdiccional y la picota, alejada a los contornos de las poblaciones para la ejecución de las penas, especialmente de muerte y corporales –con exposición de los miembros del reo si había lugar a ello–, pueden coexistir o fundirse en un único elemento, pero ambos están ligados al ejercicio del *ius puniendi* y su manifestación exterior³⁰. Aunque el monumento generalmente era construido en piedra, la necesidad de su pronta implantación podía hacer que las primeras picotas fueran de madera³¹.

La picota ejerció durante muchas etapas históricas y en múltiples países una evidente función penal, especialmente en aquellas épocas en las que al castigo se le asociaba de forma intensa un carácter ejemplificante que exigía la mayor publicitación del mismo³². La exposición a la humillación pública, moral y física era una parte del castigo, la que recibía el delincuente, de ahí que en ciertos territorios se denominara «palo de la vergüenza». Por ello en ocasiones se producía la participación popular en la acción punitiva, que podía infligir nuevos sufrimientos al condenado pero que también abría la posibilidad de que hubiera quienes tomaran partido favorable al castigado. El otro componente consistía en el efecto intimidatorio intenso y directo que recibía la comunidad. Asociada a la pena capital o a otro tipo de penas servía al carácter intimidante de la pena y facilitaba una gran variedad de penas que resultaban aplicables.

²³ Instrucciones de 23 de octubre de 1518, en MORALES PADRÓN (2008), p. 99. A su vez Velázquez había recibido Capitulaciones para el Descubrimiento de Yucatán y otras islas (Zaragoza, 13 de noviembre de 1518).

²⁴ MORALES PADRÓN (2008), p. 101.

²⁵ MORALES PADRÓN (2008), p. 101.

²⁶ MORALES PADRÓN (1974), p. 119.

²⁷ TESTAS/TESTAS (1990), p. 99.

²⁸ TESTAS/TESTAS (1990), p. 178.

²⁹ AVILA MARTEL (1941), p. 40 (nota 7).

³⁰ Sobre ambos véase la tradicional obra de BERNALDO DE QUIRÓS, *La picota*. Ediciones Turner 1975.

³¹ JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 991.

³² Véase VON HENTIG (1967), pp. 447 y ss. Es posible –indica el autor reseñado– que la horca proceda de la primitiva picota en la que sujetaban al malhechor a una roca o a un árbol abandonándole a una muerte lenta (p. 458).

Señala BERNALDO DE QUIRÓS³³ para esta época de implantación del poder español en el ámbito americano, que cuando sus capitanes fundaban una ciudad en el Nuevo Mundo, no podían olvidar nunca el rollo real en la plaza mayor, como primera de las construcciones civiles, al par de la Casa Ayuntamiento y de la Iglesia. Cuando Cortés funda en su expedición la Villa Rica de Vera Cruz, se constituye el Cabildo como órgano de gobierno municipal y eligen los cargos públicos, siendo designado Justicia Mayor el propio Cortés y nombrándose también alcaldes y regidores. En estos momentos iniciales de constitución de los nuevos poderes municipales, señalan los escritores que «Comenzó por fundar la Villa Rica de Veracruz, con iglesia, alcaldía, plaza pública, picota y rollo de justicia»³⁴, o que «También se erigieron los signos del poder, la picota en la plaza y una horca fuera de la villa»³⁵.

III. DERECHO PENAL INSTITUCIONAL O INSTITUCIONALIZADO

Este periodo aparecerá una vez que se consigue formar una comunidad estable y se organiza la vida social. Lo que distingue esta etapa (que se solapa y entrecruza temporal y espacialmente con la anteriormente señalada)³⁶ es la paulatina consolidación de las Instituciones más específicamente encargadas de la Administración de Justicia.

La implantación de los órganos de la Administración de justicia supone el sucesivo despliegue de la Organización judicial de la Corona en tierras americanas. La figura del Virrey podría considerarse como la cúspide de la organización administrativa pues era el repre-

sentante del rey y gozaba de amplios poderes políticos, económicos y jurídicos. Sin embargo, más allá del Virrey o Gobernadores, especialmente muestra el desarrollo de esta etapa la sucesiva creación de Audiencias en distintas zonas. De hecho «la pugna entre las aspiraciones jurisdiccionales de Don Diego Colon y las facultades soberanas del Estado peninsular culmina con la creación de la primera Audiencia de Santo Domingo»³⁷. Inexistente el principio de división de poderes, las Audiencias no sólo cumplían funciones judiciales, pero sin embargo señalan claramente la progresiva institucionalización de la Administración de Justicia en este periodo. En 1526 se crea la mencionada de Santo Domingo, le sigue la de Nueva España (1527), la de Panamá en 1538, la de Guatemala en el año 1542 y así hasta la decimocuarta Audiencia de Caracas en 1786³⁸. Desde 1524 se crea el Consejo Real de Indias que, como parte del sistema de gobierno de la monarquía mediante consejos, se encargaba específicamente de los asuntos indios con amplios poderes entre los que se contaba el envío de jueces encargados de realizar juicios de residencia con investigaciones detalladas de los que no se excluía a nadie³⁹.

Ya en 1542 las cuatro Audiencias creadas hasta entonces recibieron las competencias propias de la jurisdicción Suprema en su condición de custodias del sello Real⁴⁰. Las mismas fueron constituidas a imagen de las de la península ibérica, siguiendo las Ordenanzas de la de Valladolid⁴¹. Hay que tomar en cuenta que la Creación de las Audiencias no sólo implicaba trasladar la estructura judicial al continente americano sino que suponía también un cambio en el método de trabajo de la justicia con la introducción del criterio legal en la resolución de conflictos jurídicos, apartando el de los conquistadores⁴².

³³ (1948), p. 31.

³⁴ TESTAS/TESTAS (1990), p. 104.

³⁵ BÁTIZ, p. 1.

³⁶ En el sentido indicado de solapamiento de etapas con sus rasgos jurídicos diferenciados puede entenderse lo señalado por OTS y CAPDEQUI al decir que «Cuando ya la presencia del Estado Español se acusaba en Indias de manera vigorosa, según las normas del derecho público peninsular, con la creación de Instituciones tan importantes como las Audiencias y los Virreinos, todavía denotaban las capitulaciones de descubrimiento nuevo y población supervivencias de carácter medieval». (1968), p. 126.

³⁷ OTS y CAPDEQUI (1968), p. 125. Autor que señala la fecha de la aprobación de la Audiencia de Santo Domingo en 1511, fecha distinta a la señalada por otros autores que también se citan.

³⁸ Las fechas de creación de las Audiencias Americanas en LEVENE (1969), p. 113 y también en GARRIGA (2006), pp. 92-3.

³⁹ TESTAS/TESTAS (1990), p. 172 y ss. Los propios virreyes debían someterse a un juicio de residencia al término de su mandato ante el Consejo de Indias.

⁴⁰ GARRIGA, C. (2006), p. 91.

⁴¹ LEVENE (1969), p. 113.

⁴² GÓNGORA (1951), p. 229.

1. Fuentes del Derecho Indiano⁴³

La controversia sobre los Títulos de ocupación de los nuevos territorios ha sido objeto de grandes debates y podemos decir que llega a nuestros días. En todo caso la realidad fue que la adquisición de las Indias se fundamentó en el marco del *ius commune*, contexto jurídico propio de la Europa de aquel tiempo, de forma que como consecuencia de la pluralidad de títulos esgrimidos Las Indias se incorporaron a los territorios de soberanía de los Reyes Católicos. En este estado del Derecho era *communis opinio* que los habitantes de aquel territorio que era ocupado y accedía a otro pasaban a regirse por el derecho del rey o pueblo que había realizado la ocupación⁴⁴.

El Derecho castellano como Derecho común o general. El sistema de fuentes del Derecho, las normas y disposiciones aplicables al Nuevo Mundo, que quedaba incorporado a las Monarquías europeas y a su ordenamiento jurídico, era por tanto común al sistema originario de los descubridores, «puesto que las Indias formaban parte de la Corona de Castilla, las leyes de ésta regían en aquella como generales o comunes»⁴⁵, de forma que las que se dictaban expresamente para el Nuevo Mundo presuponían la vigencia de las Castellanas. Por ello también toda norma vigente con carácter general en Castilla extendía su aplicación a América, aunque desde 1614 se requería el pase expreso del Consejo de Indias para su traslado a las latitudes americanas⁴⁶. Del complejo sistema de fuentes del momento, trazado en el Ordenamiento de Alcalá (1348) y ratificado en las Leyes de Toro (1505), fundamentalmente se aplicó La Nueva Recopilación (1567) y Las Partidas⁴⁷.

Recopilación de Indias (1680). Pese a mantenerse un único ordenamiento jurídico, con el mismo sistema de fuentes del Derecho, sin

embargo las necesidades peculiares y circunstancias hicieron que se fueran dictando por los Monarcas disposiciones singulares que trataban precisamente de atender las necesidades de los nuevos territorios.

Con la acumulación de tales disposiciones pasado el tiempo se da lugar a las Leyes de Indias, como Derecho específico que, en cuanto tal, prevalecía sobre el general. Frente a las de Castilla las de Indias eran leyes particulares o especiales, ya se refiriese a una provincia o a la totalidad de las Indias, de manera que en cuanto Derecho especial, el de Indias prevalecía en caso de disparidad con el Derecho general⁴⁸.

Este conjunto de disposiciones dictadas por los Monarcas para América, como es normal va creciendo con el tiempo, por lo que se quiere organizar en un único cuerpo más coherente. Después de sucesivos trabajos a lo largo de dilatados periodos temporales finalmente fragua en la conocida Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias del año 1680. En la mencionada Recopilación, en su parte penal (Libro VII), según los autores, se asienta una política-criminal preventiva⁴⁹, un Derecho protector⁵⁰ en consonancia con el principio del «favor indiis»⁵¹.

De esta manera se señalan características en las que se aprecian los principios generales antes señalados. Así J. De ASUA⁵² indica que las penas pecuniarias se establecían en relación al caudal del indígena. También, en relación a esa política criminal preventiva destaca como a los reos primarios de algunos delitos se les perdonaba o imponía amonestación. La Ley XXIV, T. V, L. VII, de la Recopilación de Indias admitía el perdón para los negros cimarrones alzados si dentro de un plazo se reducían nuevamente al servicio de sus amos. A los indios bígamos y a los que riñeran se les impone únicamente pena de amonestación si se trata de reos primarios⁵³.

⁴³ La estructura general del sistema de fuentes aplicable en Indias en BARRIENTOS GRANDON (2000), p. 196. También SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994), pp. 17 y ss.

⁴⁴ Sobre ello puede verse BARRIENTOS GRANDON (2000), pp. 95 y ss.

⁴⁵ Así lo indica GARCÍA-GALLO (1972), p. 172.

⁴⁶ Véase SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994), p. 18.

⁴⁷ En este sentido AVILA MARTEL (1941), p. 30. También JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 958.

⁴⁸ GARCÍA-GALLO, A. (1972), pp. 173-4.

⁴⁹ AVILA MARTEL (1941), p. 24.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 961.

⁵¹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994), p. 20.

⁵² (1964), p. 961.

⁵³ Así lo recoge JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 961.

Ciertas figuras delictivas fueron sancionadas más benignamente que en los territorios europeos si su autor era un indígena. Así al indio amancebado no se le imponía la pena del marco (L.VI, T.VIII, L.VII, RI). Por otra parte, pero con el mismo sentido protector, los hechos punibles cometidos contra los Indios se debían castigar con mayor dureza. «Que los delitos contra Indios sean castigados con mayor rigor que contra Españoles» (L.21, T.X, L.VI). Una Ordenanza de Felipe II, en el año 1593 señalaba para su cumplimiento que «Ordenamos y mandamos que sean castigados con mayor rigor los españoles que injurien u ofendieren o maltrataren a los indios, que si los mismo delitos se cometieran contra españoles y los declaramos por delitos públicos»⁵⁴.

A esta recopilación de Indias, fijada en el año 1680, es preciso añadir los posteriores Autos Acordados, las Ordenanzas de Intendentes y las de Marinería⁵⁵.

Derecho autóctono de los indígenas. En las disposiciones reales para Indias, recogidas luego en la Recopilación, se reconocía la posibilidad de autogobierno limitado para las comunidades indígenas. SOLÓRZANO PEREIRA⁵⁶ muestra esta voluntad de acoger cierta capacidad de autogobierno, «Mas, deseando continuar con el intento, que se ha llevado de conservarles a estos indios sus costumbres y gobiernos antiguos, y que se vayan haciendo políticos en quanto lo permitiere su capacidad, no sólo se mandan continuar estos oficios y ministerios de los Caciques, sino que en ellos se suceda por el derecho de sangre a imitación de los mayorazgos, y se ordena con penas y apercibimientos a los Virreyes, Audiencias y Jueces, que no los priven en esta parte de su derecho, ni muden el modo y curso de la sucesión».

Efectivamente la Ley IV, T.I, L.II de la Recopilación de Indias disponía que se guardasen las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno y las que hicieran de nuevo «que no se encuentren con nuestra sagrada reli-

gión ni con las leyes de este libro»⁵⁷. De forma que podían, de acuerdo a sus costumbres, decidir mediante órganos jurisdiccionales propios algún tipo de asuntos. Estos órganos jurisdiccionales indígenas podían organizarse de acuerdo con dos alternativas⁵⁸:

Como inicial posibilidad estaban la Justicia administrada por los caciques. La legislación reconoce en este caso a los caciques como señores de sus propios indios, dejando subsistentes los antiguos vínculos pero limitada su jurisdicción⁵⁹. La segunda alternativa, a la que paulatinamente se fue dando lugar, consistía en una justicia administrada por alcaldes indios pero designados por las autoridades generales, desplazando así a los caciques y formando una administración de justicia –también criminal– propia. Es decir se elegía entre los indios Jueces, Regidores, Alguaciles, a fin de que administren justicia según sus costumbres en los casos de importancia secundaria (jurisdicción limitada). Además hay que señalar que no se procedía contra los Indios por la Inquisición pero podía pasar-se la persecución del hecho a la Justicia Real⁶⁰.

Normas promulgadas por las autoridades locales. Finalmente es preciso complementar este sistema de fuentes para Indias con el Derecho emanado de las autoridades de las Indias Occidentales (Virreyes, Audiencias, Gobernadores), denominado derecho indiano criollo⁶¹.

Como es sabido las dificultades no fueron pocas para llevar a la práctica las disposiciones del anterior sistema de fuentes, con la consecuencia de una distancia entre las normas y el derecho aplicado. Fenómeno este no exclusivo ni para aquellos territorios ni para la época histórica estudiada pero sí que se producía en unas circunstancias singulares. «Las grandes distancias, las dificultades en las comunicaciones, la escasez de letrados fuera de las grandes ciudades contribuyeron a que la aplicación del Derecho fuera muy deficiente en bastantes regiones»⁶².

⁵⁴ Texto de la disposición recogido por JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 962.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 961.

⁵⁶ (1947), p. 195.

⁵⁷ AVILA MARTEL (1941), p. 21.

⁵⁸ Véase GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO (1995), p. 327 y ss.

⁵⁹ GÓNGORA (1951), p. 220-1.

⁶⁰ JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 985.

⁶¹ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994), p. 23.

⁶² SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (1994), p. 23.

IV. LOS DELITOS EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA

Las infracciones más notorias en la América hispana pueden deducirse de la aprobación de disposiciones particulares para ciertos tipos de hechos o por una presencia relevante en los Tribunales de Justicia. Por ejemplo, se tiene constancia de la notoriedad del delito de injurias, que fue uno de los más perseguidos ante los Tribunales de la época colonial, sobre la base de la existencia de un sentimiento de honor exacerbado⁶³. En general se trataba de un delito de escasa gravedad que normalmente recibía la pena de desdecirse o pena pecuniaria⁶⁴. De esa forma pueden indicarse algunos tipos de delitos especialmente relevantes para la época y lugares objeto de estudio⁶⁵. A la hora de determinar el contenido de los hechos punibles deben tenerse en cuenta las dificultades propias de la técnica legislativa y las concepciones jurídicas particulares de esta época que en ocasiones no permite la reconstrucción nítida de la figura delictiva⁶⁶.

1. Delitos relativos a los juegos

Especial atención presta la Recopilación de Indias a las prohibiciones relativas a los juegos, de manera que todo un Título de Libro VII se destina a los mismos (Título II, Libro VII). Se manda que se apliquen las leyes de Castilla a los jugadores, imponiendo la pena pecuniaria al «cuatro tanto» y penas discretionales por «los grandes, y excesivos juegos, que hay en aquellas provincias» (L.I, T. II, L. VII, RI). La regulación del mencionado Título Segundo establecía multitud de prohibiciones y casos particulares respecto a los juegos.

2. Infracciones de ausencia de los maridos

También un Título completo del Libro VII de la Recopilación de Indias se dedica a «Los casados y desposados en España, e Indias, que están

ausentes de sus mujeres, y esposas» (Título III). Se incluye por tanto esta normativa en el ámbito de las disposiciones penales de la Recopilación aunque propiamente no establece penas o sanciones para los incursos en tales situaciones sino la obligación, en ocasiones de forma coactiva, de volver a cohabitar con sus esposas.

De forma quizá general se expresa la Ley VIII del mencionado Título III, de forma que los hechos de ausencia de sus maridos puede ir en ambas direcciones, hacia las Indias o hacia la España Europea: «*Todo lo que está advertido, y mandado, sobre que los casados en España sean obligados a venir de las Indias, y los de aquellas Provincias, que se hallan en España, vuelvan a hacer vida maridable con sus mujeres, es à causa de remediar el daño, que las mugeres padecen en ausencia de sus maridos, y obviar otros inconvenientes. Y porque no será menos justo, que en las Indias y sus Islas se guarde lo mismo con los que estuvieren en partes distantes de donde sus mujeres residieren, ordenamos y mandamos a los Virreyes, Presidentes, Audiencias, y Gobernadores, que con mucho cuidado procuren, que todos hagan vida con sus mujeres, haziendolos ir, y cohabitar con ellas, usando del mismo rigor, que con los casados, que las tienen en estos Reynos*».

3. Los hechos punibles vinculados a la embriaguez

La embriaguez o ciertos hechos relativos a la embriaguez también supusieron infracciones muy habituales, al menos en ciertos lugares y épocas. De los más de siete mil asientos consignados en los Libros de reos de la Ciudad de México a finales del siglo XVIII, en asuntos de competencia del corregidor y alcaldes ordinarios, más de la mitad corresponden a causas de embriaguez⁶⁷. Téngase en cuenta que la propia embriaguez alcanzó en Nueva España la categoría de delito mediante una Real Cédula de la Real Sala del Crimen de la Audiencia de México en 1765. Inicialmente las penas aplicadas a estos hechos fueron de las calificadas como «penas extraordinarias» o «arbitrarias», por su falta de

⁶³ Según pone de manifiesto AVILA MARTEL (1941), p. 86.

⁶⁴ Véase YANZI FERREIRA, R. (1997), pp. 314 y ss.

⁶⁵ En lo que se refiere a la península ibérica es islas adyacentes TOMÁS y VALIENTE indica que los delitos más comunes eran los homicidios en duelo o pendenciosos o asociados al robo, así como los delitos contra la propiedad. Según este autor «los delitos contra la propiedad en el siglo XVII constituyen un peligro constante e inevitable para los ricos y un oficio necesario para los menesterosos».. (1969), p. 256.

⁶⁶ Respecto a este problema TOMÁS y VALIENTE (1969), pp. 204-5.

⁶⁷ Así queda constatado mediante el estudio de los citados Libros de reos. José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (2000), pp. 451-2.

determinación en las normas, pero desde 1796, se tornaron penas «legales»⁶⁸.

V. LAS PENAS Y SU APLICACIÓN

1. Los castigos para los autores de delitos

En realidad las penas eran las disponibles en el derecho castellano –y europeo en general– de la época⁶⁹ pero la aplicación fue siempre más flexible y suave, como delata la continua llamada de los Monarcas a evitar la composición en las causas criminales (L.XVII, T. VIII, L.VII), «*Que los jueces no moderen las penas legales, y de ordenanza*» (L.XV, T.VIII, L.VII), «*Que las justicias guarden las leyes, y ordenanzas en la ejecución de las penas, aunque sean de muerte*» (L. XVI, T.VIII, L.VII) «*y guarden lo dispuesto por ordenanzas de las Indias, y leyes de estos Reynos de Castilla, que tratan de las penas, y conminaciones, que se deven imponer à los delinquentes, y que se ejecuten sus sentencias, aunque sean de muerte, en la forma que en ellas, y conforme à derecho se contiene, administrando justicia con la libertad, que conviene*».

Efectivamente SÁNCHEZ-ARCILLA⁷⁰ que ha estudiado el robo y el hurto en los niveles básicos de la Administración de Justicia Criminal a finales del siglo XVIII, señala que el

arbitrio judicial, siempre favorable a los reos, fue evidente. Frente a las sanciones previstas por los textos normativos utilizados (Nueva Recopilación y Partidas fundamentalmente) en la ciudad de México durante el período señalado las penas arbitrarias fueron las que se aplicaron en exclusiva, fundamentalmente la de azotes y trabajos en obra pública.

Como es propio de la época estudiada Derecho penal es un derecho desigual según la condición social de las personas, lo que se trasladó también al ámbito de las penas y su ejecución, lo que hace también que en ocasiones la ejecución de penas tenga en cuenta posición social del indio.

2. La pena capital

Su aplicación fue verdaderamente excepcional, según distintos estudios⁷¹, llegándose a carecer de verdugo y ocasionando grandes dificultades el encontrarlo, de manera que la Real Audiencia de Buenos Aires estableció condenas y conmutaciones de pena consistentes en el desempeño del oficio de verdugo⁷². Esta práctica sucedía de forma semejante en realidad también al otro lado del Atlántico⁷³.

Probablemente la condición de indignidad que acompañaba históricamente el ejercicio del oficio de verdugo explique la aparición en los

⁶⁸ SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL (2000), p. 452.

⁶⁹ Las penas, su sentido y formas usuales para la época de la Monarquía Absoluta en la Corona española es exponen en la obra de TOMÁS y VALIENTE (1969), p. 355 y ss. Señala CUELLO CALON que desde la época romana hasta bien entrado el siglo XVIII, salvo algunos periodos de menor dureza, en la mayor parte de Europa central y occidental, las penas fueron aplicadas con procedimientos de extrema barbarie. En gran número de casos se imponía más con el propósito de hacer sufrir que con ánimo de causar la muerte» (1958, p. 176). En la Francia del siglo XVIII subsistió la pena de muerte, la tortura, galeras, azotes con marca al fuego infamante, corte de manos, taladro o corte de lengua, suspensión por las axilas (solo para niños), asistencia al ajusticiamiento, arrastramiento del cadáver (para los suicidas), el paseo por las calles sobre un asno, la argolla y la picota. Así lo indica Robert ANCHEL en su obra *Crimes et Chatiments au XVIIIe siècle*. Paris, Librairie Académique Perrin, 1933, pp. 109-110. Este mismo autor describe el horror de la práctica de la pena capital mediante enrodamiento (la rueda) mantenida en Francia durante el siglo XVIII, en la que el condenado primeramente era atado a una cruz en la que firmemente sujeto y totalmente extendido sufría violentamente la rotura de sus miembros y se le abría el pecho y el estómago. Después se le colocaba en una pequeña rueda de carroza, doblado de forma que sus talones tocaran en la cabeza y con el rostro mirando al cielo, quedando expuesto públicamente hasta su fin que llegaba lentamente (pp. 183-4). VON HENTIG (1967, p. 328) indica la intensidad perseguida en la muerte con quebrantamiento y trituración de los huesos en los que reside la vida potencial, de forma que «La pena de la rueda alcanza a la vida en sus más profundos entresijos». Precisamente la extrema crueldad de la aplicación de la pena de muerte en Francia hasta el siglo XVIII inclusive es lo que llevó a la implantación durante el periodo revolucionario de la guillotina, que sin embargo produjo también un espantoso reguero de sangre. Caso muy conocido de aplicación de la rueda fue el de Jean Calas, quien sufrió el suplicio el 10 de marzo de 1762 en Toulouse al ser condenado por parricidio, asunto que propició la posterior intervención de Voltaire y la restitución del honor del ajusticiado y de su familia. Sobre este hecho y la aplicación del enrodamiento puede verse el libro de Rémy BIJAOU, *Voltaire avocat*. Tallandier 1994, pp. 42-3.

⁷⁰ (2001), p. 108. Este mismo autor en otra contribución señala que este arbitrio judicial operó con mayor condescendencia hacia los españoles. «La administración de justicia inferior en la Ciudad de México a finales de la época colonial», (2000), p. 452.

⁷¹ Véase JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 981.

⁷² LEVENE (1969), p. 127.

⁷³ TOMAS y VALIENTE indica que los verdugos eran casi siempre delinquentes a quienes se les había conmutado una pena de muerte o galeras por el ejercicio de ese oficio. (1969), p. 372

primeros años del descubrimiento y exploraciones de individuos de raza negra como ejecutores de las penas capitales⁷⁴. La incorporación de los africanos al continente tenía otro origen pero sería aprovechado para contar con quien desempeñara este oficio pues no era fácil encontrar quien quisiera llevarlo a cabo⁷⁵.

Para el común de los delincuentes se hizo uso de la horca, para la nobleza y gentes principales la decapitación y el garrote⁷⁶. También se aplicó la hoguera para ciertos delitos especiales⁷⁷ y el arcabuceo para militares. En todo caso la ejecución de la pena de muerte se fue suavizando en la práctica, por ejemplo ahogándose al acusado antes de suspenderlo en la horca⁷⁸ o quemarlo en la hoguera. En general el lugar del suplicio era el rollo de la plaza mayor⁷⁹.

3. Penas corporales

La mutilaciones que establecían las antiguas leyes cayeron en desuso (como arrancar los dientes, lengua, orejas, nariz, marcar la cara, pena del dedo del pie, amputación de la mano, normalmente aplicadas en la picota)⁸⁰. Comprenden por tanto todo tipo de ablación de cualquier miembro del cuerpo humano, siempre que en principio no debieran ocasionar la muerte –pues introduce otra penalidad diversa–, aunque accidentalmente pudieran ocasionarla. Las mutilaciones sobre el cuerpo del ya fallecido poseen un carácter distinto y en todo caso no se trata de penas principales⁸¹.

Pese a su presencia en los cuerpos legales históricos resultaba verdaderamente excepcional que los jueces acudieran a este tipo de penas tanto en la América española como en la Península ibérica, sustituyéndolas generalmente por penas de azotes.

Las penas de mutilaciones de la época establecían una variadísima gama de pérdidas corporales en pretendida correspondencia con el hecho cometido. Según el tipo de delito, lo que representaba o la parte del cuerpo a la que se asociaba la infracción, así se le privaba de cierta porción de su corporeidad. En esta suerte de simbólico pero a la vez sangrante talión, al blasfemo se le debía cortar la lengua, al escribano falsario la mano y así sucesivamente. Formalmente vigentes estas penas altomedievales, sin embargo, eran excluidas en la práctica por los Jueces como indica TOMÁS y VALIENTE⁸², quien estima que probablemente a mediados del siglo XVI las mutilaciones habían caído ya en desuso⁸³. A ello debe añadirse que con carácter general las penas de mutilaciones fueron transformadas formalmente en otros tipos de penas. Carlos I, mediante Pragmática de 31 de enero de 1530 –así como en sucesivas ocasiones– conmuta las penas corporales en general y especialmente ciertas mutilaciones por penas de galeras⁸⁴.

La más generalizada fue la de azotes, aplicada para muchos delitos y ejecutada en el rollo y en las calles principales, lo que se conoce como flagelación estante –en el rollo– o ambulante –en las calles principales–⁸⁵. De

⁷⁴ En los primeros tiempos de lo que hemos llamado Derecho penal del descubrimiento parece ser que se utilizaban habitualmente como verdugos a personas de raza negra. Cfr. MORALES PADRÓN (1974), pp. 101-2.

⁷⁵ «el origen de las aportaciones de negros africanos al nuevo continente como consecuencia de la improductividad de las razas aborígenes en algunos trabajos y como consecuencia de la legislación protectora del trabajo indígena». Esto tuvo como consecuencia la existencia de núcleo de raza negra, fundamentalmente sujetos a esclavitud pero que con el discurrir de los tiempos originaron comunidades de negros libres MARSAL Y MARCE (1959), pp. 255-6.

⁷⁶ AVILA MARTEL (1941), p. 40, LEVENE (1969), p. 127, BATALLA ROSADO (1995), pp. 74, 90, 93. También en los territorios europeos se aprecia la aplicación general de la hora que da paso lentamente al garrote, junto con otras formas más excepcionales de pena de muerte. Puede consultarse en TOMÁS Y VALIENTE (1969), pp. 383 y ss.

⁷⁷ BATALLA ROSADO (1995), p. 88.

⁷⁸ LEVENE (1969), p. 127. Estas prácticas de mitigación de la ejecución sucedían de forma paralela en la España europea, también para formas antiguas de ejecución de la pena máxima, como el asaeteamiento (p. 371), la hoguera (p. 386) o el culeum. TOMÁS Y VALIENTE (1969).

⁷⁹ AVILA MARTEL (1941), p. 40. LEVENE (1969), p. 127.

⁸⁰ AVILA MARTEL (1941), p. 41. JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 987. LEVENE (1969), p. 128.

⁸¹ BERNALDO DE QUIRÓS (1948), p. 99.

⁸² (1969), p. 376.

⁸³ TOMÁS Y VALIENTE (1969), p. 381.

⁸⁴ Lo menciona BERNALDO DE QUIRÓS (1948), p. 99.

⁸⁵ Así las distingue BERNALDO DE QUIRÓS (1948), pp. 94 y 95. También JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 991.

forma que el verdugo en el lugar público indicado aplicaba la flagelación sobre el reo en la medida acordada como pena infamante. La pena de azotes puede ser legal –si así se encuentra establecida en la norma sancionadora– o bien aplicada de forma extraordinaria –sin específica previsión legal–. Precisamente el anteriormente indicado rechazo a las penas de mutilación hacía que se aplicara subsidiariamente en numerosas ocasiones la de azotes en su modalidad de pena extraordinaria.

La Recopilación de Indias establece, por ejemplo, el castigo de cincuenta azotes para el negro ausente durante 4 días del servicio de su amo (L.XXI, T.V., L. VII). Parece que «quien más sufrió de azotes fueron las anchas y musculosas espaldas de los negros, en las que todo podía permitirse», pues representaba el estado inferior de la sociedad de la época⁸⁶

4. Penas privativas y limitativas de la libertad

Durante la edad moderna la privación de libertad todavía resulta extraña como pena criminal. No obstante aparecen algunos supuestos como las galeras, presidios, arsenales o trabajos públicos en las que el componente de privación de libertad en realidad es instrumental para el logro de otras finalidades.

La condena a Galeras. La pena de galeras supone la condena a un servicio obligatorio en la marina real durante un determinado tiempo, como se decía en las viejas sentencias «servir a remo sin sueldo»⁸⁷. Pese a que se puede ver la pena de galera como una «cárcel flotante»⁸⁸, sin embargo la privación de libertad que sin duda suponían no era sino el medio para allegar fuerza de movimiento a una armada necesitada de mano de obra para los remos. Ello se pone en evidencia en el empeño de los

Monarcas en conmutar otro tipo de penas, incluso la pena capital, para conseguir reclutar más remeros en tiempos de abundante actividad de la marina de guerra, especialmente a finales del siglo XVI y durante el XVII⁸⁹.

En relación a la pena de galeras se ve con preocupación el hecho de que los galeotes enviados desde la España europea pudieran recalar en Indias una vez terminada su condena. Por eso en tiempos de Felipe II, se ordena «*Que los galeotes enviados a estos reynos a las galeras de las Indias sean remitidos cumplido el tiempo*» (L.XIII, T. VIII, L.VII): «...no se consienta, ni se permita, quedar en aquellas parte y sean luego remitidos a España». Incluso, en el mismo sentido de excluir de los nuevos territorios a ciertos sujetos, se permitía extrañar de Indias a otros sujetos considerados peligrosos (L.XX, T.VIII, L.VII). Todo ello parece evidenciar ciertas diferencias en la forma de actuar de España frente a otros países⁹⁰.

La Recopilación disponía que los condenados a galeras fueran enviados a las provincias de Cartagena o Tierra firme para el cumplimiento de la pena (L.XI, T.VIII, L. VII, RI). Con el tiempo –hacia finales del siglo XVIII– y ante la menor necesidad de fuerza naval, la pena de servicio en galeras fue reemplazada por la de presidio y trabajos públicos⁹¹.

Presidio. Significaba la reclusión en un determinado establecimiento para llevar acabo trabajos en obras públicas⁹², en lo que se vuelve a evidenciar una privación de la libertad ambulatoria para la asignación a la realización del reo de obras públicas, siendo esta última parte la relevante en el contenido de la pena. Muy extendido resultó el presidio a finales de la colonia –cuando se utilizaba sustituyendo a otras penas que iban desapareciendo por las circunstancias sociales e históricas– y parece que combatido en general por los autores debido a

⁸⁶ BERNALDO DE QUIRÓS (1948), pp. 97 y 98.

⁸⁷ CUELLO CALÓN (1958), p. 361.

⁸⁸ Así lo hace CUELLO CALÓN (1958), p. 360.

⁸⁹ La pena de galeras comenzó por Real Cedula de 14 de noviembre de 1502 y se suprime, inicialmente en 1748, pero se restablece en 1784 siendo finalmente abolida en 1803. Cfr. CUELLO CALÓN (1958), pp. 360-1.

⁹⁰ Costumbre que en otras latitudes dio origen a la conocida frase de (FRANKIN: «¿que haríais si nosotros os enviáramos a nuestras serpientes de cascabel?». Véase JIMÉNEZ DE ASUA (1964), p. 965. Es cierto, no obstante, que en 1497, a petición de Colón, se autorizó el pase a las Indias de ciertos delincuentes (HERRERA y TORDESILLAS (1991), pp. 345-6. Autor que indica que «en lo cual tuvo el Almirante mal consejo, pues que la república se había de fundar con semejante gente». También sobre la ocasión en la que se autoriza el envío de ciertos delincuentes, LEVENE (1969), p. 126).

⁹¹ LEVENE (1969), p. 128.

⁹² En este sentido TAU ANZOATEGUI (1983), p. 133.

la corrupción generalizada de los que ingresaban en ellos⁹³.

LARDIZABAL⁹⁴ indica la falta de adaptación de la pena de presidio al condenado, pues la cualidad y esencia de la pena siempre es la misma, impidiéndose la proporción a todo género de delitos, salvo su duración, por lo que propone la creación de casas de corrección. En América fueron conocidos, entre otros, los de Montevideo o Malvinas⁹⁵ así como los presidios chilenos de Valdivia y Juan Fernández⁹⁶, siendo destinados en muchos casos los reos a «obrages de paños, y á las panaderías»⁹⁷.

Arsenales. El envío a los arsenales era aplicable a los peores delincuentes, en los que sufrían un régimen severo y la obligación de realizar una serie de trabajos de carácter muy penoso, especialmente las maniobras con las bombas de achique de los diques del arsenal y otras también fatigosas. Además de las anteriores y de manera diferenciada una específica pena de trabajos públicos resultó de mucha aplicación en la época más tardía para delitos menores⁹⁸.

5. Penas pecuniarias

Este tipo de sanciones fueron frecuentemente fijadas de forma dispar sobre hechos heterogéneos y en muchos casos establecidas mediante bandos⁹⁹. La cuantía era muy variable, estableciéndose en general de acuerdo a la fortuna del reo siguiendo la tradición de Las Partidas¹⁰⁰, en ocasiones según se entendiera la gravedad del hecho ilícito cometido, pudiendo llegar a la confiscación general de los bienes. El destino de las cantidades recaudadas por este medio podía ser muy diverso,

para la cámara u obras del rey, para la iglesia parroquial, para la casa de niños expósitos u otros de tipo ocasional. En época de difícil clasificación de las sanciones como de tipo penal o gubernativo, estas se solían aplicar a hechos muy diversos y relativos al gobierno de las ciudades, bien a los juegos y espectáculos prohibidos, bien a la seguridad de la población así como a otras materias de interés local.

6. La cárcel y su función

La cárcel como auténtica pena. En realidad la cárcel, en cuanto propia pena privativa de libertad hasta comienzos del siglo XIX resulta extrañísima, pues todavía no se había afianzado como tal. Sólo excepcionalmente –y siempre en casos menos graves– se impone como una verdadera pena¹⁰¹, como para algunas conductas eclesiásticas, injurias a los padres, castigadas con veinte días de cárcel¹⁰² o porte de armas prohibidas (L.IX, T.VIII, L.VII, RI), castigado con diez días de cárcel.

En general, conforme a la tradición romanista y que se manifestaba claramente en Las Partidas, poseía un sentido puramente procesal, estando el reo privado de libertad únicamente a la espera del proceso o de la ejecución de la sentencia mediante otras penas. Por eso no podía ser de otra manera que «En Indias la prisión era esencialmente un instrumento procesal destinado a asegurar la ejecución de la justicia en la persona del presunto culpable. Tenía, por lo tanto la condición de una medida procedimental de carácter cautelar, y carecería, en principio, de una marcada condición punitiva»¹⁰³.

Efectivamente en este periodo histórico la cárcel expresaba un contenido coactivo pero no propiamente punitivo. Coactivo en general,

⁹³ AVILA MARTEL (1941), p. 42.

⁹⁴ (1828), p. 198.

⁹⁵ TAU ANZOATEGUI (1983), p. 133.

⁹⁶ Como recuerda AVILA MARTEL (1941), p. 42 (nota 2).

⁹⁷ Como señala LARDIZABAL (1828), p. 199.

⁹⁸ En este sentido AVILA MARTEL (1941), p. 42.

⁹⁹ Véase TAU ANZOATEGUI (1983), pp. 133-4.

¹⁰⁰ Cfr. AVILA MARTEL (1941), p. 44.

¹⁰¹ TOMÁS y VALIENTE indica la existencia de prácticas contrarias a esta concepción con apoyo también de textos de derecho romano y, sobretudo, derecho canónico, por lo que en tales casos la cárcel ya no cumplía una función ad custodiam. (1969), p. 388.

¹⁰² AVILA MARTEL (1941), p. 43. Señala TOMÁS y VALIENTE el antecedente de una ley de Juan I en la que a los hijos que «denuestan a sus padres» se les podía imponer una satisfacción pecuniaria o veinte días de cárcel (NR, VIII, 10,1). (1969), p. 395.

¹⁰³ BERMUDEZ AZNAR (1997), p. 245.

en busca de imponer u obligar al preso a una determinada conducta, pero específicamente procesal, en cuanto buscaba en la mayoría de los casos el sometimiento del detenido al proceso y a la sentencia si se había pronunciado. Pero este carácter coactivo no se reducía al ámbito procesal más estricto pues en ocasiones se perseguía obligar a realizar ciertos tipos de conductas como la de volver el marido a hacer vida con su mujer (Ley XV, T. VIII, L. VII «presos por estar ausentes de sus mujeres»), o la del pago a los acreedores, con lo cual se aprecia también que la cárcel como instrumento coactivo alcanzaba no solamente el terreno propiamente penal sino secundariamente también aspectos civiles.

Régimen carcelario. Resulta preciso destacar la gran preocupación por el tema del régimen carcelario, particularmente por la institución de la visita de cárcel, como se aprecia en la legislación del momento y recogerá finalmente la Recopilación de Indias. El régimen legal establecido en las normas jurídicas para el desarrollo de la actividad de las cárceles si bien conoce no pocos casos de corruptelas o costumbres contrarias a lo establecido, sin embargo no deja de manifestar las aspiraciones del legislador en esta materia¹⁰⁴. Por otra parte los problemas e irregularidades presentes resultan comunes en ambos continentes.

Los autores ponen de relieve la tradición humanitaria del régimen carcelario en los antecedentes españoles y de la regulación anterior a la independencia¹⁰⁵. En el Título VI del Libro VII de la Recopilación de Indias se disponía que se construyeran cárceles en todas las ciudades y villas de las Indias «para custodia y guarda de los delincuentes», la obligación de los carceleros de hacer juramento señalando que «fielmente guardarán los presos, leyes y ordenanzas», así como el buen trato que se debe dispensar a los allí detenidos, sin injurios ni ofenderlos. Existen múltiples referencias particulares para el caso de los indios sobre los que se hace especial hincapié en el

trato correcto que deben recibir o la exención de costas y carcelaje: «Que los indios no paguen costas y carcelaje» (L.XXI, T.VI, L.VII).

La visita de cárcel, institución de gran rai-gambre histórica, se encuentra prolijamente regulada en la Recopilación de Indias, a la que se dedica todo un título (T.VII, L.VII: «De las visitas de Carcel») y para la que se establece un ceremonial detallado. Se ordena realizar por los Oidores y otros oficiales reales una visita todas las semanas los sábados por las tardes –excluyéndose expresamente las mañanas– emulando las realizadas por las Audiencias de Valladolid y Granada (Ley I y II). Si fuera preciso «para la expedición de los negocios y solturas de los presos» se realizarán visita dos días más cada semana, los martes y jueves, además del sábado (Ley III). Como visitas preceptivas con carácter extraordinario también se producen las de las tres Pascuas del año, «que son vispera de Navidad, de Resurrección, y de Espiritu Santo» (Ley I). El contenido de la visita sin un perfil del todo delineado tenía que ver fundamentalmente con la tramitación de los procesos y la ejecución de las sentencias, procurando agilizar todo ello, pues como se ha mencionado la cárcel posee un sentido fundamentalmente procesal de espera al juicio y a la ejecución de la sentencia. Sin embargo estudios detallados muestran que los jueces además de conocer del trato recibido por los presos determinaron de forma en ocasiones definitiva sobre las causas pendientes, resolviendo en muchos casos con sentencias de penas menores o sobreseimientos, e incluso poniendo en libertad al recluso para lo cual estaban autorizados si no estaba formada la causa¹⁰⁶.

Existe constancia de la general aplicación de este régimen de visitas de la Cárcel en Indias –con variaciones en la periodicidad establecida en las normas–, como recurso eficaz para controlar el trámite de las causas mientras estas se sustanciaban¹⁰⁷. Abelardo LEVAGGI¹⁰⁸ constata en una investigación

¹⁰⁴ En este sentido LEVAGGI (2002), p. 93.

¹⁰⁵ Los principios humanitarios los sitúa ya MARTEL en Cerdán de Tallada y en el Derecho Castellano (Las Partidas), antes que en HOWARD. Continuidad de ellos serían las distintas normativas locales como la Instrucción para el Alcaide de la Cárcel de Santiago (1778), hecha por el ilustrado Fiscal del Crimen D. Ambrosio Cerdán y Pontero. También Las Ordenanzas de la Audiencia de Chile, de 1600, ya contenían las más de estas disposiciones: ordenanzas 300, 301, 308, 309 y 310. (1941), p. 45 y ss..

¹⁰⁶ LEVAGGI (2002), p. 344.

¹⁰⁷ Así lo manifiesta después de un estudio particularizado ASPELL DE YANZI FERREIRA (1997), p. 277.

¹⁰⁸ (2002), pp. 334, 349 y 366.

detallada de archivo los buenos resultados de la institución, que constituyó el más eficaz remedio para los males de las cárceles cuando funcionó con el celo exigido por las leyes, de manera que «La visita de la cárcel fue una de las muchas instituciones indianas receptadas por el derecho nacional. Mejor dicho, que siguieron vigentes, sin solución de continuidad».

BIBLIOGRAFÍA

- AVILA MARTEL, Alamiro de (1941): *Esquema del Derecho Penal Indiano*. Santiago de Chile.
- BARRIENTOS GRANDON, J. (2000): *Historia del Derecho Indiano*. Il Cigno Galileo Galilei. Roma.
- BATALLA ROSADO, Juan José (1995): «La pena de muerte durante la colonia –siglo XVI– a partir del análisis de las imágenes de los códigos mesoamericanos». *Revista Española de Antropología Americana* nº 25.
- BÁTIZ V., Bernardo. «Francisco Primo de Verdad y Ramos». La Jornada. <http://www.jornada.unam.mx/2008/10/04/index.php?section=capital&article=038alcap>
- BERMUDEZ AZNAR, Agustín (1997): «El carácter preventivo de la prisión en del Derecho Indiano». *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (1948): *La picota en América*. Jesús Montero Editor. La Habana.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (1975): *La picota*. Ediciones turner.
- BIJAOUI, Rémy (1994): *Voltaire avocat*. Tallandier.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (1958): *La moderna penología*. Tomo I, Bosch, Barcelona.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso (1972): «La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI». *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Instituto Nacional de Estudios Jurídico.
- GARRIGA, Carlos (2006): «Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)». *Revista de Historia del Derecho* nº 34.
- GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Angel (1995): *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*. Universidad Complutense.
- DE LAS CASAS, Bartolomé (1985): *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Sarpe.
- GÓNGORA, Mario (1951): *El Estado en el Derecho indiano*. Universidad de Chile.
- GUERRA y SÁNCHEZ, Ramiro: *Historia elemental de Cuba*. <http://www.guije.com/libros/historia01/c03/index.htm>.
- HERRERA y TORDESILLAS, Antonio (1991): *Historia general de los hechos de los castellanos en las islas y tierra firme del mar océano o Décadas*. Tomo I. Universidad Complutense de Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis (1964): *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Losada.
- LEVAGGI, Abelardo (2002): *Las cárceles argentinas de antaño (siglos XVIII y XIX)*. Teoría y realidad. Ad hoc.
- LEVENE, Ricardo (1969): *Manual de Historia del Derecho argentino*. Depalma.
- LARDIZABAL y URIBE, Manuel (1828): *Discurso sobre las penas*. Imprenta de Repullés. Madrid.
- LOHMANN VILLENA, Guillermo (1983): «El proceso de Atabalipa (ensayo de su hermenéutica procesal). *Justicia, Sociedad y Economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid.
- LÓPEZ DE GÓMARA, F. (2004): *Historia General de las Indias*. www.linkgua.com.
- MADARIAGA y ROJO, Salvador (1975): *Hernán Cortés*. Espasa-Calpe.
- MARSAL Y MARCE, José María (1959): *Síntesis histórica del Derecho Español y del Indiano*. Bogotá.
- MORALES PADRÓN, Francisco (1973): «Las capitulaciones». *Historiografía y bibliografía Americanistas*, Vol. XVII, Nº 3.
- MORALES PADRÓN, Francisco (1974). *Los conquistadores de América*. Espasa-Calpe .
- MORALES PADRÓN, Francisco (2008): *Teoría y leyes de la conquista*. Universidad de Sevilla.
- OTS y CAPDEQUI, José María (1968): *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano*. Aguilar.
- ROIG DE LEUCHSERING. Emilio: «Vidas y costumbres cubanas de 1512 a 1555». http://opushabana.cu/index.php?Itemid=43&id=819&option=com_content&tas
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (1994). «En torno al Derecho indiano vulgar». Cuadernos de Historia del Derecho nº 1.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (2000): «La administración de justicia inferior en la Ciudad de México a finales de la época colonial». *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 7.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José (2001): «Robo y hurto en la Ciudad de México a finales del siglo XVIII». *Cuadernos de Historia del Derecho* nº 8.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de (1947): *Política indiana*. Breviarios del pensamiento español. Editora Nacional.

TAU ANZOATEGUI, Victor (1983): «Los bandos de buen gobierno en Buenos Aires en la época hispánica». *Justicia, Sociedad y Economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Valladolid.

TOMÁS y VALIENTE, Francisco (1969): *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*. Tecnos.

TESTAS, Guy/TESTAS, Jean (1990): *Los conquistadores 1492-1556*. Traducción de Guadalupe Rubio de Urquía. Edaf.

VARELA, Consuelo (2006): *La caída de Cristóbal Colón*. Marcial Pons.

VON HENTIG, Hans (1967): *La pena, I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*. Traducción J.M. RODRIGUEZ DEVESA. Espasa-calpe, Madrid.

YANZI FERREIRA, Aspell de (1997): «La visita de cárcel en Cordoba del Tucuman. Siglo XVIII». *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires.

YANZI FERREIRA, Ramón (1997): «Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa de las postrimerías del régimen jurídico colonial (1776-1810)». *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo (1972): *El oficio de gobernador en el derecho indiano*. Buenos Aires.