

ABELARDO LEVAGGI DERECHO PENAL INDIANO

I. Conceptos básicos.

A diferencia de la cultura jurídica contemporánea que hace derivar el derecho de la voluntad del legislador como pretendido representante de la voluntad general o derivan del individuo como fuente por excelencia del contrato, la cultura de las edades media y moderna se fundaba en la idea de un orden establecido por Dios del cual participaban y eran destinatarios principales los seres humanos. El mantenimiento del equilibrio moral y físico de la creación dependía del respeto a ese orden.

No se trata de que los hombres carecieran de todo espacio donde ejercer su voluntad sino que ese espacio era mucho más estrecho que hoy. El propio legislador tenía un campo de acción más reducido porque estaba limitado a especificar y complementar las leyes divina y natural que constituían el auténtico derecho.¹

Durante mucho tiempo la monarquía española fue definida como un Estado absoluto (en la última etapa: despótico) por aplicársele retroactivamente categorías y esquemas de representación del poder originarios de la revolución cultural y política de finales del siglo XVIII. En esas categorías estaba la identificación del derecho con la ley, el concepto de ley como voluntad del pueblo soberano y la definición de soberanía como poder legislativo supremo.

La moderna historiografía no comparte la impronta voluntarista, centralizadora y uniformadora con que se caracterizó tal derecho. Concede más atención a un aspecto fundamental que estaba descuidado: los límites del poder soberano, descuido que producía una visión distorsionada de la época. Hoy se reconoce que cuando se decía de ese poder que era a *legibus solutus* no se lo concebía ilimitado, sin freno alguno, sino limitado por un conjunto de prescripciones derivadas del orden divino de la creación y de la naturaleza de las cosas que los intelectuales traducían en términos de juridicidad: ya fuese religión, derecho divino y natural, leyes fundamentales, costumbre inmemorial, etc....

Nos aclara Carlos Garriga que antes de que la cultura estatal, gestada en el último tramo de la Edad Moderna y desarrollada en la época contemporánea, dominase el universo jurídico, una cultura jurisdiccional formada en la Baja Edad Media y desarrollada en la Edad Moderna, desplegó sus efectos durante todo el Antiguo Régimen. La clave de esa cultura residía en concebir el poder político como *iurisdictio* y, en consecuencia, circunscribirlo a la potestad de decir el derecho. Quienes tenían poder político, y porque lo tenían, poseían la facultad de declarar lo que era el derecho estatuyendo normas o administrando justicia. Ambas funciones revestían por igual actos de jurisdicción. El poder político se manifestaba como lectura y declaración de un orden jurídico asumido como preexistente y que debía ser mantenido.

Por debajo de la complejidad y sutileza de la elaboración jurisprudencial alentaba una idea capital de la que dependía la configuración jurídico-política del Antiguo Régimen: la idea de que el poder político estaba sometido –y limitado– por el derecho. O sea que el

¹ Levaggi, nota 69: Hespanha, Antonio M. “Las categorías de lo político y lo jurídico en la época moderna” e Ius Fugit 3-4, Zaragoza, 1996 (pp. 63-100), p. 69.

derecho era anterior e independiente del poder,² ocupaba un espacio semejante al que hoy ocupa la Constitución.

La fuerte creencia en un orden trascendente al cual se abre todo campo normativo hacía que el derecho penal no se pudiera referir a una voluntad legisladora humana ni al dominio acotado de la jurisprudencia secular –nos ilustra Agüero-. Eran un discurso y unas creencias derivadas de un orden trascendente que estaba en la base de la cultura y que informaba el lenguaje de jueces y partes.

En ese contexto cultural el derecho estaba determinado, fundamentalmente, por la tradición textual, subordinado a la autoridad de los textos sagrados y con relativa incidencia de las leyes positivas. Las leyes estaban sometidas al juicio de un intérprete suficientemente autorizado para establecer, en cada caso, su correspondencia con el orden trascendente. Teólogos y juristas dando cauce a convicciones ampliamente compartidas por los sectores dominantes reconocían de manera explícita la preeminencia de la religión sobre el derecho como correlato del predominio de lo espiritual sobre lo temporal.³

Por lo común en ámbitos casi siempre ajenos a la historia del derecho se sigue cometiendo el error de aplicar al derecho penal del Antiguo Régimen el paradigma actual. Como consecuencia de este anacronismo se somete ese derecho al principio de legalidad y se lo identifica con la legislación respectiva. Como un texto importante de esa legislación era el código bajomedieval de las Siete Partidas, y las penas que preveía no son compatibles con la mentalidad ni con la sensibilidad modernas, se llega apresuradamente a la conclusión de que fue: aquél un derecho inhumano, cruel, atroz.

Si en cambio intentáramos conocerlo respetando el paradigma de su tiempo, buscándolo, además de la ley positiva, en la cultura y en las demás fuentes del derecho reconocidas entonces (Biblia, ley natural, costumbre, arbitrio judicial, doctrina, etc.) llegaremos a una conclusión más próxima a la realidad. La ley así considerada adquirirá una nueva dimensión.

La pena que imponía la ley real, cuando la había o era conocida, era un dato a considerar pero no vinculaba al juez de un modo tal que le impidiera apartarse de ella. Cada caso era un problema cuya solución equitativa debía elaborar el juez con los elementos que la cultura jurídica ponía a su disposición. El derecho del Antiguo Régimen como el derecho romano clásico era de índole problemática y casuística no apodíctica ni sistemática. Entre los elementos disponibles con que contaba estaba la ley. Ésta no se imponía a su voluntad sino que era un argumento más a ser ponderado y como resultado de esa ponderación admitido o rechazado. La ley expresaba la justicia general, sí, pero de lo que se trataba en el proceso era de descubrir la justicia del caso particular sujeto a examen.

Los textos sagrados proporcionaban argumentos para crear delitos y penas, mas también para poner límites a la respuesta punitiva de la justicia. Ellos señalaban las virtudes que debían inspirar la conducta de los jueces para que los conflictos tuvieran una solución justa pero diferente de la del derecho estricto (*summum ius summa injuria*). En el otro extremo quedaba la máxima *dura lex sed lex*.

² Levaggi, nota 70: Garriga, Carlos. “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen” en Garriga, C. y Marta Lorente, Cádiz 1812. La constitución jurisdiccional. Epílogo de Bartolomé Clavero, Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 (Cuadernos y Debates, 174), p. 59.

³ Levaggi, nota 71: Agüero, Alejandro. *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 20-21, 136 y 145.

II. Caracteres generales.

1. Público.

El derecho penal castellano bajomedieval inició el tránsito desde la esfera privada, propia del derecho altomedieval (y del germánico), a la pública, a causa de la penetración del *ius commune*. Desde una actividad subordinada al interés de la parte ofendida – individuo o comunidad- regida por el axioma *ohne Klager, ohne Richter* (sin querellante no hay juez)⁴ se pasó a otra con predominio público o estatal. Los teólogos, incluidos los españoles, desde los Padres de la Iglesia, condenaron la venganza privada y reconocieron únicamente a la autoridad pública el derecho de penar. Santo Tomás de Aquino dijo que “*el cuidado del bien común está encomendado a los príncipes que tienen autoridad pública, y por tanto, sólo a ellos, no a los particulares, corresponde el dar muerte a los malhechores*”. Francisco de Vitoria sostuvo, a su vez, que por derecho natural la república tiene autoridad para aplicar penas a aquellos de sus ciudadanos que le sean perniciosos.⁵

Aliado de la venganza, institución típica del sistema privatista que sólo lentamente pudo ser desarraigada⁶, se abrieron paso la nueva concepción de justicia criminal y el paradigma de un derecho penal real o estatal (*ius puniendi real*) en el que el poder público apareció como principal interesado en el ejercicio de la vindicta. Dicha tendencia tomó dos direcciones: la introducción del procedimiento inquisitivo y la implantación de un sistema de penas de derecho público cuya imposición no dependía de la voluntad de la parte ofendida sino que era decisión exclusiva del príncipe. De este modo, nacen el derecho procesal o “de forma” y el derecho penal o “de fondo”, respectivamente.

[Álvarez Posadilla](#) expuso que en los delitos en que la república es la principalmente ofendida, sean de graves perjuicios o menos graves, siempre puede el juez conocer y proceder al castigo de oficio: la razón, porque al juez como cabeza de esta república le corresponde mirar por sus intereses y promover sus acciones, castigando a quienes la ofenden de cualesquiera modo, con pena proporcionada al delito; además, que no habiendo persona particularmente interesada, si el juez no procediese de oficio, quedarían las más de las veces sin castigo y se aumentarían los delitos.⁷

La acusación perdió con el tiempo efectividad por su escaso uso, pese a ser un derecho reconocido a todos los súbditos. La acción penal fue atribuida progresivamente al fiscal, quien actuaba en nombre de la vindicta pública. Llegó a ser considerado el acusador por excelencia de toda clase de delitos. El interés de la persona ofendida se redujo casi al resarcimiento económico de los daños y perjuicios.⁸

⁴ Levaggi, nota 72: Orlandis, “Las consecuencias...”

⁵ Levaggi, nota 73: *Relectio de homicidio*. Hinojosa, Eduardo de “*Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*”, pp. 122-124.

⁶ Levaggi, nota 74: Venganza era el derecho de la parte ofendida de castigar al ofensor, aun con pena de la vida; la parte ofendida podía ser la víctima, su parentela o comunidad, según el caso. Frente a este derecho, aquél se encontraba en estado de *inimicitia*, o sea de indefensión jurídica, porque una de las consecuencias del delito era para él la “pérdida de la paz”.

⁷ Levaggi, nota 75: Álvarez Posadilla, Juan. *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales, tomo 1, 2ª edición, Madrid, Imprenta de la Viuda de Ibarra, 1797*, pp. 12-13.

⁸ Levaggi, nota 76: Alonso Romero, María Paz. *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*. Salamanca, Universidad de Salamanca/Diputación Provincial de Salamanca, 1962 (Acta Salmanticensis. Derecho, 42), pp. 95-96, 100 y 141-142.

Desde la Corona el Emperador Don Carlos, el 10 de mayo de 1554, en ejercicio del *ius puniendi*, ordenó y mandó a todas las justicias de las Indias “que averigüen y procedan al castigo de los delitos, y especialmente públicos, atroces y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión y cuidado, sin omisión, ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene al sosiego público, quietud de aquellas provincias y sus vecinos” (incorporada en la [Recopilación de Leyes de Indias, Libro VII, título 8, ley 1](#)).

El interés público se convirtió en el eje del sistema penal, salvo en los delitos de acción privada (injurias verbales, adulterio). Toda otra consideración con respecto a los derechos del reo cedió ante la supremacía de ese interés. La represión de cuanta conducta podía constituir una amenaza a la paz pública estuvo por encima de todo derecho particular. La configuración represiva de tal principio condujo a que el derecho penal se endureciera frente a los actos que podían resultar peligrosos para el poder. Con tal de defender el interés público las penas pudieron agravarse por medio del arbitrio judicial y omitirse algunas garantías.⁹

Se ha sostenido, con base en Michel Foucault, que el Estado usurpó el papel de la víctima o que confiscó el conflicto y su interés en “usar y manipular la real o ficticia evitación o prevención de delitos como pretexto para reformar el control verticalista y autoritario de toda la población” para llevar adelante las empresas colonizadoras de las Monarquías europeas. Con el mismo sentido habría sido un mero pretexto la apelación al derecho romano como fundamento del nuevo modelo.¹⁰ Es exagerado atribuir a las incipientes coronas de comienzos de la Baja Edad Media tales intenciones –porque la nueva tendencia se inició entonces- cuando la posibilidad de ejercer semejante control de la población era inimaginable y estaba lejana la era de las empresas coloniales.

2. Inquisitivo. La tortura.

El establecimiento de la verdad procesal por el método de la inquisición, o sea de la interrogación, coincidió con los cambios que dieron lugar a la generalización de ese método en las diversas ciencias o saberes.¹¹ Era una herencia del derecho romano-canónico y en España de fuentes vernáculas anteriores a la recepción de aquél.

En el sistema inquisitivo el dueño del proceso era el juez, quien ejercía la vindicta en representación de la comunidad, lo mismo que el fiscal. En los delitos considerados públicos (lesa majestad, homicidio, fuerza, falsificación, etc.) actuaba de oficio, por propia iniciativa, sin necesidad de esperar que la víctima o un tercero en su nombre efectuasen la acusación. Desde que tomaba conocimiento de la comisión de un delito que afectaba el orden público estaba obligado a actuar. Investigaba quién era el autor, disponía su aprehensión, reunía las pruebas y, mediante la sentencia, lo castigaba en nombre de la sociedad. Si la víctima se constituía en parte y el reo se hacía acreedor a un indulto real, para que éste tuviera plena eficacia era menester que lo perdonase. Además, la parte privada. Un derecho penal dirigido a la aplicación de penas públicas tuvo que ser esencialmente represivo.¹²

⁹ Levaggi, nota 77: Torres Aguilar, *Del derecho...*, p. 863.

¹⁰ Levaggi, nota 78: Zaffaroni, *Apuntes...*, pp. 31-34.

¹¹ Levaggi, nota 79: *Ibíd.*, p. 38.

¹² Levaggi, nota 80: Carbasse, Jean-Marie. *Histoire du Droit pénal et de la justice criminelle*. Paris, PUF, 2000 (Collection Droit Fondamental), pp. 14-15.

Aunque las Partidas ya diferenciaban las formas acusatoria e inquisitiva, en la práctica se dio una progresiva unificación del procedimiento que condujo con el tiempo a la formación de un tipo de proceso mixto con predominio del principio inquisitivo. Por un lado se amplió a casi todos los delitos la actuación de oficio del juez aun cuando hubiera acusación e instancia de parte (elemento inquisitivo) y por otro hubo una paulatina tendencia a que el proceso se siguiera entre partes aunque se hubiese iniciado de oficio, bajo pena de nulidad si la parte ofendida no sostenía la acusación, o a que el fiscal siguiera la acusación (elemento acusatorio). La presencia del fiscal aun con el acusador particular dio prioridad al interés público, al interés de la comunidad lesionada, sobre el de la parte ofendida.

La obligación que tenía el juez de averiguar la verdad de lo sucedido y, en función de ella, condenar o absolver, dejaba en sus manos la posibilidad de recurrir a cuanto medio de prueba admitía el derecho. La reina de las pruebas era la confesión y para obtenerla pese a la negativa o reticencia del imputado estaba la tortura, institución típica del sistema inquisitivo. Desde el punto de vista dogmático la tortura judicial fue siempre tratada como prueba, no obstante –acota (Alejandro) Agüero- que para la cultura del Antiguo Régimen era también una forma de castigo. No sólo se buscó con ella la verdad o una confesión equiparable; asimismo expiar la culpa que implicaba el engaño o la ocultación de un conocimiento supuestamente poseído por quien la sufría. Tenía, pues, una naturaleza mixta: como coacción procesal y sustantiva a la vez.¹³

Escasa fue la regulación legal de la tortura. En cambio la doctrina le dedicó amplios y minuciosos estudios. Los autores contribuyeron a justificar determinadas prácticas y burlar algunas de las reglas con que las Partidas limitaban su utilización y hacían de ella un remedio extraordinario y estrictamente subsidiario (VII.30).¹⁴

Según Matheu y Sanz era aplicable por tres causas: a) a los testigos verosímilmente informados del hecho delictivo que no lo manifestaran espontáneamente; b) a los testigos viles o que se contradijeran para hacer más creíbles sus testimonios al quedar purgada en el tormento la condición vil de los primeros y superadas las contradicciones de los segundos, y c) al reo negativo o insuficiente en la confesión.

El reo podía ser torturado en tres supuestos: a) cuando se negaba a contestar; b) para verificar si los indicios que lo acusaban se correspondían o no con la verdad, y c) al condenado a pena no capital para averiguar si había cometido otros crímenes, y al que lo era a pena capital para que delatara a sus cómplices.¹⁵

Además debía pesar sobre el reo semiplena prueba de culpabilidad y estar castigado el delito con pena capital o aflictiva de modo que el dolor causado por la tortura no superara al de la pena.

Repitió el práctico Antonio de la Peña que el tormento se había de dar a falta de probanza bastante del delito que permitiera saber la verdad. De manera que el juez debía dar por libre al acusado si el delito no estaba suficientemente probado y los indicios no eran bastantes. Si en cambio los indicios eran suficientes para dar tormento el juez podía darlo pero “moderadamente teniendo en cuenta los indicios que hubiere y la calidad, complexión y robustez del acusado, de tal manera que no quede lisiado ni se le quiebre miembro alguno”. El juez que a pesar de tener probado el delito aplicaba el tormento pecaba

¹³ Levaggi, nota 81: Agüero, *Castigar...*, p. 367.

¹⁴ Levaggi, nota 82: Alonso Romero, *El proceso...*, p. 246

¹⁵ Levaggi, nota 83: Tomás y Valiente, *La tortura...*, pp. 56-57 y 62-63.

mortalmente. Reconoció que no se podía dar regla cierta de los indicios que autorizaban al juez. Los doctores lo dejaban a su arbitrio para que vistas las circunstancias y otras cosas que del proceso resultaran pudiera mejor y diligentemente arbitrar. En el arbitrio siempre se había de inclinar a lo más benigno.

La buena fama del acusado dejaba sin efecto el indicio que pudiera haber contra él. Un noble no debía ser puesto a tormento aunque hubiera indicios adversos legítimos excepto que tuviese nota de infamia o fuese acusado de ladrón famoso, ladrón de caminos o reo de delito contra la majestad real.¹⁶

En la práctica los jueces solían proceder por grados, buscando obtener la confesión sin llegar al tormento propiamente dicho. Primero le mostraban al acusado la sala de los suplicios con sus instrumentos y lo invitaban a confesar.

Luego, en caso de negativa, lo desnudaban y apoyaban a los pulgares y piernas los instrumentos de tortura sin accionarlos. Sólo en caso de permanecer negativos procedían con intervalos, con la advertencia repetida de limitar la tortura a no más de tres aplicaciones.¹⁷

Si el reo confesaba en el tormento debía ratificar la confesión fuera de él pues, de otra manera, el juez no lo podía condenar, por lo menos con la pena ordinaria. Tenía que darle un término breve, a lo menos de dos días, para presentar pruebas contra lo que había confesado de manera que por ninguna vía quedase indefenso. Si no confesaba quedaban purgados los indicios y debía ser puesto en libertad.¹⁸

Pese a que para la regulación clásica la negativa del reo obligaba al juez a absolverlo se introdujo en la práctica la costumbre, admitida por los autores, de aclarar en el auto de tormento que quedarían en todo su valor las probanzas que obraban en su contra si se mantenía negativo. Así, aun a falta de plena prueba podía imponerle alguna condena. La pena impuesta en ese supuesto no sería la ordinaria, sino extraordinaria, más moderada.¹⁹

Los juristas castellanos fueron conscientes de la falibilidad del tormento. Los del siglo XVIII se opusieron en su mayoría pero dos siglos antes ya había sido criticado por Antonio Gómez y sus seguidores. En el XVIII cuando Vizcaíno Pérez, entre muchos otros, trató el tema en su exposición del procedimiento criminal lo hizo bajo este epígrafe: “Sobre la prueba subsidiaria por el tormento, en defecto de otras claras y convincentes. Ínterin que el Soberano decreta otro método de averiguar los hechos criminales sin esta prueba dura y horrorosa”.²⁰ (Véase Antología, V)

A diferencia de lo que parece haber sucedido en España, en América la práctica de la tortura fue escasa. La posibilidad que alcanzaron los jueces de condenar aun con prueba insuficiente, generalmente contando sólo con fuertes indicios, le hizo perder en la mayoría de los casos el interés que tenía para la doctrina del derecho común.

Jurisprudencia. El fiscal Márquez de la Plata dijo del tormento, plegándose al criterio amplio que estaba en boga, que “aunque no faltan opiniones propensas a la impunidad que por aquella expresión de la ley: *débenlo dar por quito*, sostengan que se debe absolver al reo negativo en el tormento, la más común de los prácticos, y más recomendables

¹⁶ Levaggi, nota 84: López-Rcy y Arrojo, *Un práctico...*, pp. 70-71, 92 y 94.

¹⁷ Levaggi, nota 85: Alessi. *Il processo...*, p. 72.

¹⁸ Levaggi, nota 86: López-Rcy y Arrojo, *Un práctico...*, pp. 70-71.

¹⁹ Levaggi, nota 87: Agüero, *Castigar...*, pp. 367-371.

²⁰ Levaggi, nota 88: Vizcaíno Pérez, *Código...*, II, p. 356.

regnícolas, y lo que es más la general práctica de tribunales, estimada por el mejor y más autorizado intérprete de las leyes, es imponerles la arbitraria, agravándola según las circunstancias, principalmente habiéndose: puesto en la sentencia de tormento pronunciada en esta causa, que se dejaban a salvo las pruebas que había del delito”.²¹

Herrera, también fiscal, tuvo presente que “un esclavo, para testimoniar, debía purificarse éste de la infamia que le atrae su vil condición, y esto no podría ser menos que por medio del tormento”. En el caso, que era de un supuesto complot, para no retraer a otros esclavos de declarar por miedo propuso que “se ejecute con él una conminación perfecta, como si se le fuera a atormentar, hasta llegar al caso o punto en que ya debía dar principio el tormento”. Es decir, llegar hasta la amenaza pero no pasar a la ejecución.

En otra ocasión, consciente de la consecuencia no deseada que podía tener el apremio, pidió que al indiciado como autor de una herida mortal se le aplicase una pena arbitraria aun cuando el dicho reo, por el dolor o miedo de tormento confesase”.²²

3. Desigualdad ante la ley. Privilegios de los indios.

La estratificación por estamentos típica de la sociedad del Antiguo Régimen dio origen a un sistema punitivo desigual. La igualdad ante la ley penal no existía. La pena guardaba relación con la condición social del reo. A veces la misma norma preveía una pena más rigurosa para la categoría social inferior y otra más leve para la superior. Pero el criterio se observaba de todos modos, lo explicitara o no la norma.

La desigualdad entre los hombres, según fuera su estado, correlato de la desigualdad “natural” que había entre ellos, era –nos dice Agüero- un dato constitutivo del orden socio-político del Antiguo Régimen. Se manifestaba en la administración de justicia mediante el sistema de fueros personales y el trato diferente dispensado al reo por el fuero común de acuerdo a su condición.

Al igual que la justicia distributiva que ordena el reparto de los honores, premios y dignidades a proporción de los méritos de cada uno, los manuales jurídicos enseñaban que la justicia vindicativa, o sea la penal, también procedía por una regla de proporción geométrica, examinando la persona, el fin y todas las otras circunstancias que aumentaban o disminuían la malicia y gravedad de los crímenes. Dentro de este esquema la condición personal del reo ocupaba un lugar prominente.²³

Los nobles bregaron por conservar privilegios tales como la exención del tormento – salvo por delitos extremadamente graves-, la de las penas corporales infamantes (azotes, galeras, vergüenza pública, mutilaciones) y de la pena de muerte en su forma de ejecución más vil o deshonrosa que era la horca.²⁴

En América, además de la vigencia del antedicho sistema de estratificación estamental se introdujo el criterio racial como factor de diferenciación jurídica y, en el caso de los indígenas, el factor religioso por haber sido llamados al cristianismo a través de la evangelización y, una vez convenidos, por su condición de nuevos en la fe. Sus privilegios fueron tanto religiosos como jurídicos. Respecto de los primeros con proyección a los segundos, expuso Diego de Avendaño que al concederles los privilegios los pontífices

²¹ Levaggi, nota 89: 22/12/1789. Levaggi, *El virreinato...*, n. p. 576.

²² Levaggi, nota 90: 30/3 y 5/10/1795. Levaggi. *Francisco Manuel de Herrera...*, CD pp. 593 y 654.

²³ Levaggi, nota 91: Agüero, *Castigar...*, p. 185.

²⁴ Levaggi, nota 92: Tomás y Valiente, *El derecho penal...*, pp. 318-319 y 325.

pretendieron fundamentalmente el provecho de los indios con quienes. como nuevos retoños, piensan que hay que ser condescendiente.²⁵

El estatuto privilegiado del aborigen se tradujo en una actitud paternalista y pedagógica. Le fueron toleradas conductas que para el español constituían delitos siempre que no repugnaran al derecho natural y se previó para ellos un trato más indulgente fundado en la condición jurídica que reunían, a la luz del derecho común, de rústicos y miserables (dignos de misericordia).

Aun cuando no concurriera en ellos la causal cultural para ser contados entre las personas miserables les bastó con la de catecúmenos o sea recién convertidos a la fe católica. Por hallarse en esa situación les pertenecían el título y todos los privilegios y favores anexos, como expresó Solórzano. Se los presumía víctimas de *error iuris* (indisolublemente ligado a un *error fidei*) sobre lo lícito e ilícito no siendo actos reprobados por el derecho natural, inexcusables también para ellos, por ser de conocimiento de todo ser humano desde el nacimiento.

Como personas miserables los indios había de gozar de todos los favores, y privilegios que a los menores, pobres, rústicos, Y otros tales se conceden, así en lo judicial, como en lo extrajudicial, según Solórzano. Se les debían templar los castigos “si la malicia, atrocidad, y gravedad de delito no fuere tal que los haga indignos de esta templanza, y benignidad: porque en tales casos tampoco quiere el derecho favorecer a rústicos, ni a menores” ni que se permita que “debajo de la piedad, y pretexto de favorecerlos, hagamos agravios conocidos a otras personas”, como sentó el III Concilio Limense.

Había de excusarse en sus causas tomarles juramento “cuanto fuere posible” por el peligro en que se los ponía de perjurar con facilidad por ser personas que no hacían bastante concepto de la fuerza de aquél ni de la obligación de decir verdad²⁶.

Como rezaba una cédula real de 1555, “si por todo rigor se hubiesen de castigar los indios sin tener atención a que son tan nuevos en la fe y en las leyes y penas puestas por derecho, sería crueldad grande porque habría carnicería ordinaria de hombres”. Quedaba claro que a medida que asimilaban la cultura europea perderían esos privilegios como en efecto sucedió.²⁷

Para enfatizar el discurso de la monarquía sobre el buen trato a los indios Felipe II ordenó el 19 de diciembre de 1593 que fuesen “castigados con mayor rigor los españoles que injuriaren u ofendieren, o maltratasen a indios que si los mismos delitos se cometiesen contra españoles, y los declaramos por delitos públicos” (1593, Rec. Ind., VI.10.21). Sin perjuicio del valor discursivo del texto la norma tuvo en la práctica escaso efecto. Lo reconoció la Audiencia de Charcas en 1595 al acusar recibo de la cédula: “con haber sido tantos los delitos que se han cometido contra indios apenas se sabe que se haya hecho justicia de un español por muerte u otro delito de indio”.²⁸

En sintonía con ese espíritu Felipe IV, alrededor de 1623, encargó al Consejo de Indias proveer lo conveniente para el “buen tratamiento de los indios, de manera que en su persona, y haciendas no se les haga mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean

²⁵ Levaggi, nota 93: Avendaño. Privilegios de los indios. *Thesaurus Indicus*, volumen II, tít. XII. c. I-X Introducción y traducción de Ángel Muñoz Garda. Pamplona, Eunsa, 2010, p. 95.

²⁶ Levaggi, nota 94: Solórzano Pereira, *Política Indiana*, 1. pp. 207 y 209-210: Castañeda. “La condición...”, y Díaz Couselo. “*El ius commune...*”

²⁷ Levaggi, nota 95: Agüero, *Castigar...*, pp. 187-191.

²⁸ Levaggi, nota 96: Levillier, Roberto. Director. Audiencia de Charcas. Correspondencia de presidentes y oidores. III, Madrid, Biblioteca del Congreso Argentino, 1922, pp. 238-239.

tratados, mirados. y favorecidos como vasallos nuestros, castigando con rigor a los que lo contrario hicieren” ([Recopilación de Leyes de Indias, libro 7, título VI, ley 23](#)).

Las castas –categoría que comprendía a los individuos nacidos de la mezcla de razas y los negros- no merecieron desde el punto de vista punitivo la misma consideración que los indios. Salvo en los primeros tiempos en que algunos mestizos nacidos de legítimo matrimonio se fueron asimilando a la sociedad colonial, el resto de la gente de casta estuvo en su mayoría en una condición servil mucho menos favorable. En los autos de buen gobierno se acostumbró hacer patente esta desigualdad.

Los esclavos fueron pasibles de duras penas para evitar que se fugaran de sus amos además de que, por la sola ociosidad, se expusieron a padecer el rigor del trabajo en las minas ([Recopilación de Leyes de Indias, libro 7, Título V, leyes 1-4](#)). Normas tales como la prohibición de andar solos de noche, de llevar armas, etc. ([Recopilación de Leyes de Indias, libro 7, título V, leyes 12 y 15](#)) denotan que se los consideraba peligrosos, sospechosos de ser los autores de muchos de los delitos que se cometían.²⁹

4. Jurisprudencia.

Refiere Solórzano que su suegro, don Gabriel Paniagua y Loaysa, caballero de la Orden de Calatrava, siendo gobernador del Cuzco mandó cortar la mano a un español que en su presencia y sin causa bastante dio una gran bofetada a un cacique, sin dejarse torcer por los ruegos de que lo sobreyera en la ejecución.³⁰

La Audiencia de Buenos Aires condenó a sólo un año de presidio, cien pesos y remisión a España a un español que hizo castigar a un esclavo con tanta crueldad que le causó la muerte.³¹

Cuando la misma Audiencia autorizó a los jueces capitulares a aplicar castigos correccionales únicamente con la instrucción del sumario y confesión del reo aclaró que era para los “excesos que cometiere la plebe y gente vil”.

El fiscal Herrera, respecto de un esclavo que mató a quien intentaba aprehenderlo por orden del amo, consideró que si un hecho semejante cometido por persona de superior calidad no contenía excepción favorable que lo libertase de la pena ordinaria “mucho menos un esclavo a quien su vil condición constituye en más grande obediencia y subordinación, particularmente con sus amos, por ser esto tan interesante al pro comunal y a contener esta clase de gentes en quienes se ven continuamente éstos y otros excesos”. La Audiencia lo condenó en doscientos azotes y diez años de presidio.³²

²⁹ Levaggi, nota 97: Agüero, *Castigar...*, pp. 215-216.

³⁰ Levaggi en la nota 98 cita a Juan de Solórzano Pereira quien en su [Política Indiana, Tomo 1](#), Libro II, capítulo 28, § 15, Madrid, 1776, p. 208.

³¹ Levaggi, nota 99: 19/6/1786. Levaggi, *El virreinato...*, 1, pp. 165-166.

³² Levaggi, nota 100: 28/4/1789 y vista fiscal del 24/1/1792. Levaggi, *Francisco Manuel de Herrera...*, CD pp. 20 y 224-225.