

PRINCIPIOS DOCTRINARIOS DEL DERECHO PENAL CASTELLANO-INDIANO. LA JURISPRUDENCIA

ROBERTO I. PEÑA PEÑALOZA
Universidad Nacional de Córdoba

I. La teoría jurídica del derecho penal castellano-indiano se asentaba en una antropología racional de raíz teológica, inserta en la tradición del humanismo greco-latino cristianizado por la Escolástica cuya expresión más alta está representada por Santo Tomás de Aquino. Esta teoría jurídica se integraba en una jerarquía de valores o bienes, dentro de un *ordo juridicus* cuyo coronamiento era la ciencia teológica, valores o bienes que eran el fundamento del derecho legislado. Por esta razón las tesis de este orden jurídico se enseñaban en las universidades indianas en las cátedras de Teología Moral¹.

La enseñanza del sistema jurídico escolástico comenzaba por el estudio del hombre y descansaba en una concepción antropológica racional sobre los actos humanos propios de la naturaleza humana. El hombre aparece como un ser compuesto de espíritu y materia, con un destino temporal que cumplir pero enderezado a un fin trascendente que es la *Visio Dei*. Los teólogos-juristas al desarrollar la doctrina sobre la esencia y la naturaleza del hombre, realidad subsistente *per se* y cuya alma es su principio informante, lo insertaban en un orden ontológico que se proyectaba sobre el *jus*.

La propedéutica de esta antropología jurídica comenzaba con el estudio de los actos humanos, tema íntimamente relacionado con la libertad humana, el libre albedrío, base de la responsabilidad del hombre y de su imputabilidad. La teoría de los actos humanos era, pues, de primera importancia para la apreciación del hecho delictivo; teoría que tiene una relación inmediata con los hábitos y las pasiones del hombre y con la depravada naturaleza humana, según, el juicio pesimista de Cervantes.

La enseñanza universitaria reconocía con toda la Escuela que la naturaleza humana se desarrolla más plenamente en cuanto más se acentúa su capacidad

¹ Roberto I. PEÑA. *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba. 1614-1807* (Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen III, Córdoba 1986).

intelectiva. De ahí deducían que la forma del hombre es su principio intelectual, y en cuanto es más noble una forma, tanto más domina a la materia corporal, y está menos sujeta a ella.

Esta doctrina sobre la capacidad intelectual del hombre se proyectaba en la apreciación y valoración del comportamiento de los naturales de las Indias. Pero la disparidad de vistas en las soluciones antropológicas hizo imposible la adopción de una apreciación similar y unitaria en el enfoque de los problemas indios. No fue posible asumir criterios únicos en la elucidación del caso concreto sujeto a regulación jurídica, ni criterios fijos y estables en la solución de cuestiones jurisdiccionales.

La doctrina que discurre sobre los actos humanos se ensambla con la concepción tomista del *jus*; doctrina jurídica que se perfecciona con la exposición de las virtudes teologales y cardinales, que daban el conocimiento integral de la antropología clásica².

De aplicación inmediata en la ley penal es la teoría de la voluntariedad del acto delictivo que exige dos requisitos: conocer el fin de su operación y moverse a sí mismo.

Los tratadistas de la escuela ponían el acento en la libertad del acto. Debe ser, pues, un acto plenamente libre, es decir, sin condicionamientos. Aunque la noción del acto voluntario entraña el que su principio sea intrínseco, no se opone a ello el que ese principio intrínseco sea causado o movido por un principio extrínseco³.

Tema arduo y complejo relacionado con la responsabilidad o imputabilidad, el de los condicionamientos. No sólo con la imputabilidad o responsabilidad, sino también con la pena, en última instancia librada su resolución a la ciencia y prudencia del juez. La *recta ratio agibilium* de los escolásticos; la recta razón de lo que hay que hacer en cada momento determinado. Aquí entra la otra cuestión: el de la equidad, la virtud natural que templaba el rigor de la justicia, y también entra toda la doctrina de las epiqueyas. Cuestión vinculada con el probabilismo de los casuistas de la Compañía de Jesús. Doctrina ésta enseñada en la Universidad Jesuítica de Córdoba (1614-1767) en las cátedras de Teología Moral.

Los autores ponían especial atención en elucidar las situaciones en que la voluntad sufre coacciones, y reconocían que los actos imperados por la voluntad pueden sufrir violencia y por consiguiente dejaban de ser un acto plenamente voluntario, pues repugna a la naturaleza misma del acto de voluntad; por lo tanto el ser violento e inevitable no es un acto voluntario.

El sistema jurídico penal castellano-indiano está, pues, unido a la doctrina de los actos humanos. Y se ha recordado que para considerar al acto propiamente humano, es necesario que sea voluntario, es decir, un acto libre. Hay que advertir que la libertad metafísica del hombre está relacionada con el libre

² Roberto I. PEÑA. *Los fundamentos ontológicos del Derecho Penal castellano-indiano en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 31 (Córdoba 1982).

³ Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II-q.7, a 8 q.

albedrío, con su capacidad de autodecisión en orden a un fin determinado. Pero a esta decisión debe preceder un acto de discernimiento. El discernimiento es, pues, el que da a un acto humano el carácter de voluntario.

Como nota característica y de especial importancia en el sistema jurídico penal castellano-indiano, es el reconocimiento de que si bien la noción de voluntario exige una decisión interior, esta decisión interior puede ser causada o movida por un principio exterior o extrínseco, principio ya reconocido.

Los autores distinguían dos clases de actos de voluntad: uno que es inmediatamente propio de ello, que le es connatural, como el querer; y otro que es de la voluntad en cuanto es movido por ella pero ejecutado mediante otra potencia, como el andar y el hablar, que son impuestos por ella (*alius autem est actus voluntatis a voluntate imperatus, et mediante alia potentia exercitus, ut ambulare et loqui, qui a voluntate imperatur mediante potentia motiva*)⁴.

Y es en estos actos imperados por la voluntad donde ésta puede sufrir violencia, y dejar, por consiguiente, de ser un acto enteramente libre.

II. La doctrina jurídica enseñada en las universidades indianas sostenía que las leyes son las reglas supremas de la justicia y el derecho su objeto propio. De este modo la ley positiva tiene su medida y su peso en la ley natural que la comensura, y se consideraba a la ley positiva como un ordenamiento racional, como un mandato que pone en acto los principios de la ley natural, acomodados a las circunstancias de tiempo y lugar, según la prudencia del legislador. Tenía, pues, su medida y su legitimidad en la ley natural.

Aunque la ley positiva es un acto de la inteligencia, es también la voluntad recta de aquél que lleva la representación del pueblo, según la doctrina del gran teólogo jurista del siglo XVI, Fray Domingo de Soto.

Los juristas indianos enseñaban que las cambiantes circunstancias temporales condicionaban en alguna medida los criterios de apreciación de lo justo y de lo injusto, objeto propio de la razón práctica. Por esto los doctrinarios de la Escuela afirmaban que la ley positiva era cierto dictamen de la razón práctica. Es necesario -decían- que de los preceptos de la ley natural, como de ciertos principios comunes e indemostrables, proceda la razón humana a fijar algunas disposiciones particulares que son las que descubiertas por el hombre, se llaman leyes humanas, observadas las demás condiciones esenciales de la ley.

El derecho positivo tenía su más alto fundamento en lo que los teólogos llamaban la ley eterna, que no era otra cosa que la razón de la divina sabiduría como directiva de todos los actos y modificaciones en orden al bien común y promulgada por la manifestación del Verbo Eterno.

Al considerar la Escolástica que las leyes en cuanto participan de la recta razón, se derivan de la ley eterna. De este modo, la ley penal entraba dentro de lo que se llamaba la economía de salvación.

Con ese realismo crítico que los caracterizó, los juristas indianos pudieron crear un derecho penal de excepción aplicable a los naturales de estas tierras,

⁴ Santo Tomás de Aquino, Ob. cit. q. VI, art. IV, I-II.

llamados comúnmente indios. Fue necesario, pues, recurrir como pauta indicativa a las prescripciones generales del Derecho común. Los juristas indianos utilizaron fértilmente las distinciones que nacían de una inteligente comprensión de la virtud de la equidad y acudieron a una casuística que daba nacimiento a una debida interpretación de las *regulae iuris* y se valieron de los epiqueyas que una justa solución de los casos *sub lite* exigía.

En orden a su aplicación, el Derecho Penal Castellano-Indiano fue estudiado en las cátedras de Derecho Canónico. Eran elementos objetivos de juicio los dictámenes o pareceres de juristas y canonistas que asesoraban a la Real justicia. Cuando el caso era grave y exigía a veces aplicar la pena de muerte, los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto, jueces naturales en primera instancia, acudían a los letrados *in utroque jure* pidiendo su asesoramiento para encontrar el *ius justum*.

Recuérdese que la legislación hispana incorporó al Derecho Indiano el contenido de una constitución del emperador Constantino, que determinaba a quienes correspondía la calidad de personas miserables y su aplicación a cuestiones de indios con el fin de protegerlos de los abusos y daños que hombres de condición aviesa pudieran inflingirles⁵.

Este tema de cuestiones de indios fue estudiada en profundidad por los juristas y los canonistas de Derecho Indiano. Es muy numerosa su nómina, pero recordemos aquí a aquellos principales autores que fueron manejados y citados en el ámbito geográfico de la Gobernación del Tucumán cuyos expedientes están en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba: Diego de Avendaño S.J. con su tratado *Thesaurus Indicus*; Pedro Murillo Velarde cuyo *Cursus Iuris Canonici Hispani et Indici*, fue manejado con destreza por los juristas de Córdoba del Tucumán; Juan de Matienzo, con su *Gobierno del Perú*; el P. José de Acosta, en su *Historia Natural y Moral de las Indias*; y Juan de Solórzano Pereira con su *Política Indiana*.

III. Un punto que los asesores de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto, que entendían en primera instancia en los juicios penales, advertían eran todo lo tocante a la inmutación de la razón que hacía perder al imputado el discernimiento en el momento de cometer el acto ilícito penado por las leyes. La mayoría de estos asesores en las antiguas gobernaciones del Tucumán y del Río de la Plata, eran egresados de la Universidad de Córdoba del Tucumán. Maestros en Artes o Doctores en Teología, que formaron lo que se ha llamado la escuela teológico-jurídica de Córdoba. Como se sabe, la Facultad de Jurisprudencia recién abrió sus aulas en 1791. Estos asesores habían estudiado estas sutiles cuestiones al discurrir los catedráticos sobre la *Prima secundae* de la *Summa Theologica* del Aquinate. Allí estudiaban las causas que podían ofuscar el entendimiento y debilitar la voluntad. El análisis psicológico distinguía distintas situaciones por las que podía pasar el entendimiento humano en relación

⁵ Roberto PEÑA PEÑALOZA, *La República de los Indios y el Derecho Común*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 15 (1989, Editorial Jurídica de Chile).

con el acto delictivo. Estos principios se aplicaban de una manera especial en la antropología de los naturales de América.

En estos estudios se consideraba lo que los juristas y filósofos llamaban la *turpitudō mentis*, la torpeza mental que impedía muchas veces a los indios tener un discernimiento claro sobre un acto realizado. En estas situaciones los magistrados judiciales tenían que decidir en los graves problemas de la responsabilidad y por consiguiente el de la imputabilidad; si debían aplicar la pena ordinaria o la arbitraria, o absolver al presunto reo.

Entrada también en la consideración de los juristas la cuestión de que si el miedo vuelve al acto, involuntario. Para precisar esta idea hacían una distinción: lo que se hace por miedo es de suyo (*simpliciter*) voluntario, e involuntario (*secundum quid*), accidentalmente. Dicho en otros términos, el acto realizado bajo la presión del miedo no dejaba de ser voluntario, aunque no era totalmente libre. Por esto puede decirse que la doctrina más segura afirmaba que lo que se hace por miedo es *simpliciter*, voluntario, e involuntario *secundum quid*⁶.

El miedo, por grave que fuera, no excusaba totalmente de la culpa en lo que era considerado intrínsecamente malo, y sólo atenuaba o disminuía la culpabilidad; por eso en muchos casos los jueces daban sentencias con penas no ordinarias, basadas siempre estas sentencias en los dictámenes de sus asesores letrados que intervenían en los juicios.

La lectura de los expedientes penales de la época hispánica depositados en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba nos hace conocer una realidad social de entonces, en especial en los habitantes de la campaña: El abuso de las bebidas alcohólicas que se vendían en las pulperías diseminadas a lo largo y a lo ancho del extenso territorio de las provincias de entonces, centro de reunión y de pependencias provocadas por el aguardiente que el hombre de la campaña tomaba en forma desmedida.

Es importante resaltar el cuidado de los magistrados judiciales para evaluar y apreciar el grado de ebriedad del imputado, porque de eso dependía la pena que había que aplicar.

Otra observación que se desprende de estas lecturas es lo referido a la condición social de los imputados y de sus víctimas. La mayoría de los casos registrados pertenecían a las etnias o clases conocidas entonces con los nombres de negros o mulatos, indios o mestizos; o con el nombre genérico de español, de los estratos sociales más bajos, cuya mayoría declaraba no saber firmar.

Puede afirmarse que la aplicación del derecho penal castellano-indiano descansaba en una antropología que no participaba ni del pesimismo antropológico de los calvinistas y jansenistas, ni del beato optimismo de Jean-Jacques Rousseau, ni de la concepción ilusoria de la filosofía de las Luces.

La antropología racional del sistema penal que estamos estudiando se entendía en orden a un realismo moderado y lúcido, con disposición crítica para interpretar debidamente el hecho penal. Este realismo crítico aceptaba la

⁶ Santo Tomás de Aquino, Ob. cit. I - II, q. VI, a VI.

tesis de Aristóteles de que unos hombres son buenos naturalmente, y otros por educación, y otros se hacen bueno por la disciplina.

De ahí comentaba Domingo de Soto O.P. (siglo XVI) que aunque la ley natural es regla universal de las costumbres, no usa, sin embargo, penas estimulantes de las cuales necesitan los hombres dado el estado de la naturaleza caída; luego, a más de la ley natural, es necesario emplear también las leyes penales contra aquellos que son inclinados al mal y son duros y reacios para el bien; esto es, los que no se dejan arrastrar por el amor al bien; por esto es necesario entonces el miedo para que por la fuerza se aparten del mal, y así dejen vivir en paz a los otros, y a su mente inquieta con el miedo se haga cauta. La naturaleza hizo al hombre animal civil, para que cercado de leyes viviese en sociedad⁷.

Pues, si el efecto de la ley es inducir a los hombres al bien, distinguían los tratadistas los cuatro actos o fines de la ley: mandar actos virtuosos, prohibir los viciosos, permitir los indiferentes y castigar a los infractores.

Los principios del derecho natural eran considerados como un hábito de la persona humana; principios que regulaban al derecho positivo. Sus preceptos configuraban los primeros principios de los actos humanos y estaban como insertos en la naturaleza del hombre.

El primer precepto de la ley natural cifrábase en que debía hacerse lo bueno y evitarse lo malo. En él se fundaban todos los demás, y el orden de todos ellos era correlativo al de las inclinaciones naturales cuyos objetos debía aprehender la razón como buenos y dignos de obtenerse, o como malos y desecharlos.

Los juristas y moralistas analizaban en la materia de los hechos ilícitos las circunstancias en que estos hechos habían sido realizados y las particulares condiciones de sus actores e imputados. Los teólogos juristas llamaban circunstancias de un acto aquellas situaciones que le eran propiamente extrínsecas, como el tiempo y lugar; y se consideraban verdaderos accidentes del acto sin tocar su esencia.

Los tratadistas, siguiendo a Aristóteles, enumeraban ocho circunstancias: sujeto, hecho, objeto, lugar, medio, motivo, modo y tiempo. Por eso Santo Tomás de Aquino decía que hay que examinar en los actos quién los ejecuta, de qué instrumentos o medios se vale, qué es lo que hace, dónde, por qué, cómo y cuándo⁸.

De ahí la importancia que tenía la prueba testimonial y la confesión para conocer los antecedentes de los imputados y sus cómplices, de qué vivían, de sus ocupaciones, de la fama que gozaban en su medio social, de su idiosincrasia, en una palabra lo que se llamaba *de vita et moribus* del acusado y de su víctima. La circunstancia era algo distinto del acto, pero relacionado con él, de tres modos: en cuanto toca al acto mismo y su vinculación con la causa. Y en lo tocante al efecto producido según el fin o designio que había movido al

⁷ Domingo DE SOTO O.P. *De la Justicia y del Derecho* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid MCMLXVII).

⁸ Santo Tomás de Aquino, Ob. cit. I-II, q. VII a III.

reo a cometer el delito, se desprendía la calificación del hecho criminoso que agrava o atenuaba el rigor de la ley aplicable al caso.

Otra cuestión de significativa importancia en la consideración del caso penal era la perturbación de la razón por la pasión. Los autores decían que la inmutación del hombre puede verificarse de dos modos: Primeramente cuando la razón se halla totalmente subyugada o inhibida hasta tal punto de no poder usar de ella, como sucede a los que a causa de la ira o concupiscencia vehementemente quedan furiosos o locos. Recordemos lo que dice Cobarruvias: "El furioso muchas veces se toma por el loco, que para asegurarnos dél es necesario tenerle en prisiones o en la gavia; otras veces por el enojado y colérico, que con furia y sin considerar lo que haze se arroja a hazer algún desatino sacándole de su juyzio la ira".

En cuanto al segundo modo, reflexionaban los doctores que a veces la razón no es del todo absorbida por la pasión, quedando libre su juicio en orden a algo, y por consiguiente el hombre conserva la noción de la voluntad, aunque disminuida. Según la Escuela, la razón continúa libre y fuera de la pasión y por lo tanto el movimiento de la voluntad así preservado no tiende a lo mismo que la pasión propende.

Otro tema que los juristas tenían presente en el estudio de los casos penales, era todo lo atinente a la intención y al consentimiento como acto propio y principal de la voluntad a la que mueve originariamente hacia el fin querido.

Pero los doctrinarios sostenían que la intención es acto propio de la razón o del entendimiento. Así como la intención se dirige al fin, la elección recae sobre los medios. El fin es querido por la voluntad pero iluminado o esclarecido por la inteligencia. Pues, aunque los medios, objeto de la elección, es un acto propio de la voluntad, es sin embargo el resultado de un dictamen o juicio previo de la inteligencia. Es propio del hombre elegir libremente, porque en la libertad de elección descansa su responsabilidad.

No puede negarse que el derecho penal castellano-indiano pagó tributo a lo que Domingo de Soto llamó la iniquidad de los tiempos, pero hay que reconocer que el rigorismo de este sistema jurídico fue templado por la virtud de la equidad.

El más grande de los juristas indianos, Juan de Solórzano Pereira, escribe que por apretados que sean las leyes u ordenanzas reales, nunca dejan de ofrecerse epiqueyas que templan su rigor con la equidad y piedad que resulta de las circunstancias, y declara, con Aristóteles y jurisconsultos, que aunque el derecho sea fijo y estable, la equidad que es hija de la razón natural, le templá, modera y altera a veces según lo piden los casos que se suelen ofrecer; que por el tiempo, lugar, personas y otros varios accidentes piden se ajuste y acomode a las circunstancias. Pero advierte el mismo eminente jurista, que hay que ir con gran tiento, sin exceder los debidos compases de la razón y justicia.

Grave problema éste, y de especial trascendencia en el derecho indiano, el de la equidad, que llevó a los teólogos y juristas a penetrar en lo más íntimo del ser humano, escudriñando los límites de su responsabilidad⁸.

Esta cuestión tuvo una principalísima aplicación en la regulación jurídica de los delitos cometidos por los miembros de la "República de los Indios".

Tema de difícil elucidación, el del discernimiento de los indios; hasta donde se movían libremente o según su propia naturaleza, arrastrados por el ímpetu. Entraba aquí la cuestión de la propensión e inclinación de la naturaleza. Es del caso repetir que las leyes deben adaptarse a las costumbres y modos de ser de cada nación. Recordemos la afirmación de Isidoro: "La ley debe acomodarse y adecuarse a la naturaleza y a la costumbre de la patria".

Es fuente de notoria importancia para el más completo conocimiento del Derecho Castellano-Indiano el estudio de los expedientes depositados en los archivos históricos de las ciudades hispanoamericanas. Importantes, estos estudios porque nos revelan el Derecho realmente vigente en las diversas comunidades hispano-indianas; nos hace, pues, conocer el Derecho en su realización jurisprudencial, que es su forma vital y real, trascendiendo todo conocimiento jurídico que descansa únicamente en el ordenamiento legal de la teoría penal.

Las premisas expuestas resaltan en las cuestiones atinentes al Derecho Penal por razones verdaderas. En la aplicación de los casos *sub lite* de la legislación castellana en su carácter de Derecho común, jugaba en el criterio judicial la libre interpretación del juez. Pero hay que advertir que en la formación de este criterio intervenía notoriamente la opinión de los letrados que asesoraban la causa. El hecho de ser Córdoba, campesina y letrada, una ciudad universitaria, la interpretación jurisprudencial de las leyes penales cobraba un rigor científico aunque los magistrados que actuaran no fueran profesores del Derecho.