

ASPECTOS DEL DERECHO PENAL INDIANO
SEGÚN JOSÉ MÁRQUEZ DE LA PLATA
Y MANUEL GENARO DE VILLOTA

ABELARDO LEVAGGI

No, como se dijo apresuradamente, por un vicioso hábito o manía de desprecio a la ley, sino por un concepto del derecho distinto del moderno, un verdadero conocimiento del derecho penal indiano —y no sólo del derecho penal— es posible únicamente si se toma conciencia de que el jurista anterior a la codificación operaba con una pluralidad de fuentes formales (tópicos), que podía combinar según las reglas del arte de la jurisprudencia, y que le permitían resolver con equidad cada caso que se le presentaba¹.

Siendo el derecho la forma como la sociedad regulaba sus relaciones intersubjetivas, y no el precepto establecido por el legislador, que no necesariamente tenía que coincidir con las soluciones que aquélla adoptaba, los documentos de aplicación del derecho penal indiano se convierten en una fuente histórica de primer orden.

Como muy bien expresó el maestro a quien rendimos justo homenaje, “el motivo por el cual existe un derecho penal propiamente indiano, no está en el hecho de que esta legislación especial reemplace en gran medida a la castellana, sino en el hecho de que en la aplicación práctica de ese

¹A. LEVAGGI, “El concepto del derecho según los fiscales de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 11, Santiago, 1985, 245-259.

derecho a la realidad americana se superpuso, al derecho de las leyes, uno jurisprudencial... Ese derecho lo encontramos vertido, sobre todo, en los expedientes criminales de la Colonia, que son la primera fuente de las investigaciones en esta materia”².

Entre esos documentos está la fuente de la cual me ocuparé. Me refiero a las vistas fiscales, piezas claves, generalmente, de los respectivos expedientes, según tuve la oportunidad de poner de manifiesto en más de una ocasión. En este caso, las vistas utilizadas son las de los fiscales de la audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota, que actuaron entre los años 1784 y 1804, y 1800 y 1810, respectivamente³.

Varios aspectos del derecho criminal de entonces —algunos de índole procesal— fueron abordados en el ejercicio de su ministerio por ambos funcionarios de la Corona. Al hacerlo, con el estilo propio del foro, es decir, sin citas de autores ni de otros derechos fuera del vigente, y limitados al análisis del problema que debían de resolver, produjeron, sin quererlo, un cuerpo de doctrina judicial valioso para el mejor conocimiento del ordenamiento jurídico de ese período. Es de esperar que la publicación intensiva de nuevos documentos de aplicación del derecho nos permita ahondar su estudio.

I. PENAS

1. *Fines*⁴

Los fiscales se refirieron, entre los fines de las penas, a la satisfacción de la vindicta pública, es decir, a la expiación de la culpa por el reo, a su escarmiento y hasta a su enmienda; y al ejemplo o terror que producía a los demás.

“Los derechos de la vindicta son muy privilegiados —sostuvieron—, y a ella importa no queden impunes los delitos, y por eso es que cuando por negligencia, impericia, u otra casualidad no pueden justificarse los delitos

²ALAMIRO DE ÁVILA MARTEL, *Aspectos del derecho penal indiano*, Buenos Aires, 1946, 18-9.

³Las citas que haga de sus vistas corresponden a las siguientes obras de mi autoría: *El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, 3 tomos, Buenos Aires, 1988 (en adelante: JMP); y *Los escritos del fiscal de la audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, 1981 (en adelante: MGV).

⁴A. DE ÁVILA MARTEL, *Esquema del derecho penal indiano*, Santiago de Chile, 1941, 34; FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, 1969, 353-8; y A. LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1978, 53-5.

graves de esta clase cometidos en la campaña con copia abundante de testigos, a beneficio público se tiene por suficiente el examen y declaraciones de testigos menos idóneos”⁵.

“Importa al buen orden público, a la quietud, y sosiego de los ciudadanos, y a la vindicta pública —consideraron—, se castiguen los sujetos de vida, y costumbres estragadas para que a otros sirva de ejemplo, y acaso con el castigo consigan la enmienda, y sean en lo sucesivo útiles a la sociedad”⁶.

La atrocidad de ciertos delitos exigía que el castigo fuera la muerte. De lo contrario “el delincuente no queda suficientemente castigado, ni se logra el escarmiento debido con la pena arbitraria, atendido el arrojío, capricho, y orgullo con que depravadamente le quitó la vida al inocente”⁷.

La misma idea estuvo presente en el caso de una india homicida, condenada a muerte, “para satisfacción de la vindicta pública ofendida gravemente con un hecho tan inhumano, y sangriento, y poco terror, y escarmiento de otros”⁸. Para otro delincuente reclamaron que “se le aplique todo el rigor de las leyes para que le sirva de perpetuo escarmiento y de ejemplo a los demás”⁹. Tratándose de negros que llevaban armas prohibidas, “el ejercicio severo de las penas es la mayor prevención para el escarmiento de semejantes delincuentes”¹⁰.

El fin intimidatorio fue notorio en el pedido de condenación hecho contra un alcalde ordinario: “para que sirva de ejemplo a otros jueces inferiores, y no se avancen como éste a un libertino ejercicio de jurisdicción, que trae las fatales consecuencias que se dejan considerar”¹¹.

2. Proporcionalidad¹²

Como condición de un castigo justo, hubo preocupación porque las penas guardasen relación con los delitos. Para establecer esa proporción los jueces debieron prestar atención a diversos factores: frecuencia del delito, reincidencia, dolo, culpa, etcétera.

“Entre los delitos, y las penas es de derecho se guarde proporción para

⁵JMP, II, 825.

⁶JMP, II, 433.

⁷JMP, I, 271.

⁸JMP, I, 328.

⁹JMP, II, 560.

¹⁰MGV, 221.

¹¹JMP, I, 191.

¹²TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 358-61 y 365-8.

que éstas se impongan según todo el mérito de aquéllos, y por lo mismo si a dichos reos se les hubiera de juzgar como a aquellos ladrones que por sólo un hurto sin cualidad se les condena a seis años de presidio, y vergüenza, se vería la desproporción no sólo en cuanto a que fuese una misma la pena del que roba una ocasión, que el que lo ejecuta muchas, sino en que las circunstancias que en todo crimen agravan las penas, no serían del caso para el condigno castigo”¹³.

“No puede negarse que las penas deben ser relativas a la mayor o menor frecuencia con que se cometen los crímenes para cortar su continuación con la dureza de aquéllas; pero éste debe ser cuidado del legislador y no del juez que procede dirigido por la ley”, sentenció un fiscal¹⁴.

Dos ejemplos de aplicación del principio de proporcionalidad son los siguientes: en la introducción de cueros sin las certificaciones y guías correspondientes, y no contramarcados, “aún en el caso de que el conductor sea dueño de los cueros, es excesiva la pena de la contaminación, esto es: de que por un solo cuero de los prohibidos a comercio se infesten todos para caer en comiso, a lo cual no debe procederse sin una culpa y dolo, que presente regla de proporción”¹⁵; y a un reo menor de diecisiete años podía el juez minorarle la pena, pero no debía ser “puramente arbitraria, sino respectiva a su gravedad; y así si éste fuese *verbi gratia* de hurto por el cual impone la ley seis años de galeras por la primera vez que se comete, estaría muy bien que al ladrón menor de diecisiete años se le destinase por sólo cuatro años”¹⁶.

3. *Circunstancias atenuantes*¹⁷

Las penas no eran fijas. Sin llegarse al criterio moderno de su individualización, hubo razones morales y jurídicas que determinaron que el legislador y los jueces graduasen las penas según las circunstancias del delincuente y del delito.

“Son tan diversas las calidades de los delitos —opinó un fiscal— (que aún siendo de un mismo género, ya por la materia de que proceden, y ya por las más, o menos agravantes circunstancias que en ellos concurren) es tan grande la diferencia de penas, que para su punición está determinada

¹³JMP, II, 434.

¹⁴MGV, 117.

¹⁵JMP, II, 877.

¹⁶JMP, I, 234.

¹⁷ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 36-7; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 305-17 y 331-52; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 33-6.

por las leyes"¹⁸. El juez debía tener presente: "la calidad de delinquentes que constituye, el número de hurtos, la cantidad en que cada uno consistía, la que todos ellos han importado, el modo violento, osado, y astuto con que se conducían para hacerlos, y las circunstancias del lugar del delito en el tiempo de su ejecución"¹⁹.

Esas circunstancias podían llegar hasta la eximición de pena, por ejemplo, si mediaba una legítima defensa. Circunstancias atenuantes fueron, entre otras: la ebriedad, la minoridad, la falta de dolo o de violencia, el obrar en defensa propia, la calidad de indio, tener una buena familia.

En un homicidio se consideró "que el reo y difunto se hallaban ebrios, que éste insultó a aquél, y... la calidad, y menor edad de dicho reo"²⁰; en otro, "la indeliberación de ofenderle tan gravemente (que es presumible por varias consideraciones), ya porque de algún modo consta estaba floja la hoja del cuto, y pudo tomar diverso giro que el que dice le dio, y últimamente por el oficio de alcalde de la hermandad que ejercía, y comisión con que procedía"²¹.

Del mismo modo, no obstante la gravedad del delito de falsificación de la firma del virrey, el fiscal tuvo la equidad de hacerse "cargo en justicia de que por más malicia, maña, y cautela, que se descubre en su manejo, no ha podido saber la calidad de su arrojo, lo que se comprueba de la ninguna previsión o resentimientos que tuvo, de que naturalmente no podía ocultarse muchos días, pues es cierto que a haberlo así previsto, y las penas, que se aseguraba, no hubiera tenido tanto abandono, o cuando menos muy luego hubiera emprendido la fuga"²².

Entre los privilegios que gozaron los indios, en cuanto personas miserables que fueron calificados, figuró la rebaja de sus penas. En la causa seguida contra un homicida, hizo mérito el fiscal, que hacía de protector, de la "edad de veintiún años que tenía el reo cuando se verificó la muerte, cuya circunstancia aún en el caso negado de haberla hecho, le hace acreedor a que se le mire con la piedad de que es digno un hombre dos veces menor, y que tiene dobles motivos para suponerlo de su juicio infirme, y no cabal, y de una rudeza y estupidez que es propia a todos los de su nación" guaraní²³.

¹⁸JMP, II, 427.

¹⁹JMP, II, 434.

²⁰JMP, II, 551.

²¹JMP, II, 448-9.

²²JMP, I, 78.

²³MGV, 142.

Para otro indio, causante de una muerte con un golpe de ladrillo, sólo pidió el fiscal algo más de un año de presidio, atendiendo a que el reo había sido insultado, estaba ebrio y era menor de edad²⁴; y para el autor de una herida, que luego sanó, como “de algún modo se descubre, que al tiempo de su ejecución se hallaba ebrio, y teniendo presente su calidad, y el tiempo de más de ocho meses, que ha sufrido de prisión; le parece al fiscal, hay términos hábiles para sobreseer en el procedimiento, y para mandarlo poner en libertad con apercibimiento, o cuando más, determinar la causa con algún destierro de la referida villa, por un plazo moderado, y haciendo particular encargo sobre que se le preserve su habitación, y cortos bienes, para que no quede arruinado este pobre indio, su mujer, e hijos”²⁵.

4. *Circunstancias agravantes*²⁶

Las circunstancias de las personas del ofensor y la víctima, y del tiempo, lugar y modo de la comisión del delito, influyeron, también, para el aumento de la pena.

“La condición infame de los reos, el teatro despoblado de los delitos, la premeditación consciente, y acechanza para su ejecución, la indefensa situación de los ofendidos, las relaciones de subordinación, y respeto hacia la mayor parte de ellos, y la complacencia que han tenido en su misma crueldad haciendo padecer el último sacrificio a la que había sido espectadora de todos ellos, son otras tantas circunstancias agravantes, que hacen recaer sobre sus delitos casi todas las penas de nuestros códigos criminales”, según el fiscal²⁷.

“El proceso en todas sus partes no respira sino la más horrorosa y escandalosa criminalidad —exclamó otra vez el fiscal—. Los reos acusados están todos convictos y confesos en el hecho de haber concurrido al asalto, y a cuantas iniquidades se obraron. Resulta igualmente que todos eran unos hombres bandidos, ladrones públicos de los campos, y acostumbrados a cargar armas prohibidas”²⁸.

El atentado de un esclavo contra su amo era reputado como uno de los

²⁴JMP, II, 551.

²⁵JMP, II, 503.

²⁶ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 36-7; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 305-17 y 331-52; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 33-6.

²⁷MGV, 229.

²⁸JMP, II, 715.

delitos "más atroces y perjudiciales a la seguridad personal doblemente protegida por las leyes con respecto a los domésticos"²⁹.

En el robo, las cualidades agravantes solieron ser la violencia, el salteamiento y el uso de alguna arma prohibida³⁰. Uno de los fiscales destacó la criminalidad de un falsificador, que "se avanzó a abusar de la libertad, y confianza, con que como tal paje andaba indispensablemente en las piezas de la habitación de vuecelencia, por más que tuviese puesto entredicho, como los demás, de no mezclarse ni aún en lo más leve en asuntos del despacho, para aprovechar la primera ocasión, en que pudo sustraer mañosa, y cautelosamente el impreso, en que extendió la dicha licencia; y últimamente se acabó de despeñar con el gravísimo atroz exceso de extenderla por sí mismo, y fingir la firma de vuecelencia, con cuya ficción le usurpó todo el lleno de su autoridad, para el caso a que la contrajo, con la circunstancia tan agravante de ser ésta en una materia conocida, y tratada ya por vuecelencia como injusta, y perjudicial". Se refería a las licencias para faenar vacunos³¹.

Especial gravedad tuvo la alevosía, "que trae consigo por disposición de la ley toda muerte segura, en la que sin mediar de modo alguno la necesidad de la propia defensa, no se deja al vencido arbitrio que pueda proporcionarle la suya, sino que se le sorprende en términos de reconocerse herido antes de poder precaverse para libertar su vida de la mano sangrienta del que creía su amigo"³².

La premeditación y alevosía concurrían, en el decir de un fiscal, "cuando el occiso no puede defenderse, ni precaverse del agresor; cuando no hay ocasión de discordia, y en tales términos, que su intención sea oculta hasta que el mismo hecho la descubra; por lo que se dice en derecho que el alevoso es el que con ánimo deliberado da muerte a otro indefenso, y esta indefensión consiste en ocultar el ánimo, y voluntad de ofender hasta verificarlo"³³.

Rastros de golpes en la nuca de la víctima manifestaban que el acto que había causado la herida había sido "alevoso en sí mismo por más que se crea destituido de la intención de matar, respecto a que la de herir con igual acechanza, o a traición es por la ley del mismo modo punible que lo son las resultas de una muerte obrada en la misma forma"³⁴.

²⁹MGV, 77.

³⁰JMP, 1, 148.

³¹JMP, 1, 77.

³²MGV, 113-4.

³³JMP, 1, 302.

³⁴MGV, 269.

5. Conato³⁵

El conato o tentativa era una conducta diferenciada del delito consumado. Recibió un tratamiento especial, salvo que hubiera alcanzado un grado tal de ejecución que su criminalidad fuese semejante a la de aquél.

“Aunque es conveniente que los delincuentes en la acción que constituye su culpa, encuentren diferencia entre la pena del conato y de la consumación, para que lejos de ser convidados a ella con la misma pena, encuentren en su diversidad de graduación un interés conocido para arrepentirse y reprimir su acción —razonaba un fiscal—, sin embargo, como este reo llevó su ánimo y conato hasta el acto mismo de consumir el delito, parece que se ha hecho acreedor a la disposición de la ley de Partida, en cuanto manda ‘Que el hombre que intenta matar a otro, poniéndolo por obra, aunque no lo cumpliese, merece ser escarmentado, como si lo hubiese cumplido’, cuya disposición es muy conforme al precepto bien conocido del Éxodo ‘el que hiriere a un hombre queriéndole matar, muera por ello’ ”³⁶.

6. Perdón de la parte ofendida³⁷

En el derecho penal indiano, de carácter publicista, como todos los sistemas jurídicos derivados del derecho común, el perdón de la parte no bastó para extinguir la acción penal, salvo en los delitos de mera acción privada, como las injurias y el adulterio. La vindicta pública sólo cedió ante el perdón del rey.

En una causa por homicidio, consideró el fiscal que “si por el perdón, o transacción con la parte ofendida, no se extingue el crimen, sino la acusación de aquélla, estando ésta de antemano prevenida... no debe inferirse perjuicio por ella al fisco, que por la causa pública prosigue la vindicta del delito, el que también por sus cualidades agravantes está exceptuado por las leyes de los efectos de la transacción, y más si se atiende a la reincidencia de este reo”³⁸.

Aunque en un expediente había “indicios a creer que hubo sustracción, ya por lo inverosímil del suceso que tiene visos de forjado, y ya por la

³⁵ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 34-5; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 281-7; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 40-1.

³⁶MGV, 77.

³⁷TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 80-4; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 82-4; y “Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense”, 257-69, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, xxvii, N^{os} 101-102, México, 1976.

³⁸JMP, i, 240.

facilidad del allanamiento al pago de la cantidad convenida; todo esto no es suficiente para proceder de oficio, sin embargo, del desistimiento y avenencia entre el actor querellante y el reo preso... mayormente no siendo el delito de que se trata de los públicos, sino de los privados, y no apareciendo que haya habido violencia, cualidad ni otra circunstancia agravante en que interese de lleno la vindicta pública”³⁹.

7. Asilo en sagrado⁴⁰

De los efectos de esta otra institución de clemencia en la imposición de las penas, se ocuparon los fiscales. En esa época se trató, sobre todo, de la interpretación de la real cédula del 17 de marzo de 1787, que prescribió las reglas según las cuales los jueces debían extraer a los reos de los lugares sagrados; y de cuáles delitos estaban amparados por el asilo.

Las disposiciones pontificias y reales que quitaban “enteramente la calidad de alevosía para eximir de la inmunidad eclesiástica a los delinquentes de homicidio, determinan que sólo se dé por los jueces seculares caución de restituir a la iglesia el reo extraído en el caso que se pruebe hecho el homicidio por pura casualidad o en términos rigurosos de defensa de la propia vida”⁴¹, a juicio de un fiscal.

Ellos apreciaron cuándo, por la situación de la herida, y por los fundamentos de la sumaria, no constaba que hubiera habido “premeditación, ánimo deliberado de traición, alevosía, o asesinato, ni otra cualidad en términos que presten todo aquel mérito que se requiere para fundar el caso exceptuado, y por él formar concepto de no deber gozar el reo de la inmunidad del lugar sagrado”⁴².

En otro suceso, se entendió que no tenía lugar la razón de que “el que saca otro al lugar donde le mata no debe gozar inmunidad, pues esto debe verificarse cuando se hace con engaños y pretextos, de modo que no conozca el fraude y reprobada intención del ofensor, sino, que llevado, y persuadido de los pretextos y fingimientos que le propone, no sospeche, ni recele la muerte, que le prepara, y por consiguiente descuidado, y sin presunción alguna del mal que le prepara, el encubierto engaño llega al

³⁹JMP, II, 828.

⁴⁰ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 53-8; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 185-7; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 85-8; TOMÁS DE AQUINO GARCÍA Y GARCÍA, *El derecho de asilo en Indias*, Madrid, 1930; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 37), 276-86.

⁴¹MGV, 114.

⁴²JMP, I, 266 y 332-3; y II, 445-6 y 574-5.

sitio, donde sin defensa ni arbitrio para resistir el inesperado golpe, sabe con su muerte el fin que le atrajo al engaño"⁴³.

Se opuso el fiscal al pedido de indulto de un contrabandista, que se había acogido a sagrado, alegando que se "incurriría en un error de muy mal ejemplo... si se dejase a un delincuente famoso sin el condigno castigo; pues de ese modo se aumentarían los contrabandistas con el seguro de que en caso de ser descubiertos y perseguidos tenían para libertarse de la pena del delito el medio fácil de pedir indulgencia con sólo el aparato, o ceremonia de entrar en un convento y manifestar que se venía con ánimo de enmendarse y mudar de vida, y lo mismo haría también cualquier otro delincuente que se refugiase a sagrado; de forma que ya serían pocos los que llegasen a ser castigados"⁴⁴.

8. Arbitrio judicial⁴⁵

La institución según la cual los jueces pudieron establecer penas o graduarlas, sin sujeción a una norma anterior, legal o consuetudinaria, fue el prudente arbitrio. Los propios fiscales estimularon su uso. Muchas de sus vistas recomendaron la aplicación de las llamadas penas arbitrarias.

Una de ellas contiene la siguiente definición: "usan los tribunales superiores del arbitrio, o temperamento, que en su prudente consideración es muy compatible con el sabio espíritu de las leyes penales para no proceder por el material tenor de ellas, templando el rigor de su letra con el pulso, y discreción que les dictan los sólidos conocimientos de su asentada práctica y experiencia"⁴⁶.

9. Muerte⁴⁷

Los fiscales pidieron su imposición según el derecho, mas no se detuvieron a valorar la pena. Uno de ellos, actuando como protector de natura-

⁴³JMP, I, 302.

⁴⁴JMP, I, 307.

⁴⁵ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 37-8; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 374-80; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4) 30-3; y ALBERTO DAVID LEIVA, "La institución del arbitrio judicial en el Río de la Plata durante el período 1785-1810", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 24, Buenos Aires, 1978, 93-106.

⁴⁶JMP, III, 1183.

⁴⁷ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 39-41; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 381-6; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 57-62; CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *La picota en América (Contribución al estudio del derecho penal indiano)*, La Habana, 1948; y LEVAGGI, "Las penas de muerte y aflicción en el derecho penal indiano rioplatense", 84-150, en *Revista de Historia del Derecho*, 3, Buenos Aires, 1975.

les, dijo que "todos saben la condición tímida de los indios de Misiones, la inconsecuencia de sus ideas, la facilidad con que declaran circunstancias que no han ocurrido, prefiriendo más bien hacerse reos que dejar de convenir con el cargo que se les hace, y últimamente el capricho de que están convencidos de que nunca son más apreciables sus disculpas que cuando las cubren con algún pretexto de religión aunque sea erróneo, o supersticioso. Por lo mismo, si en otros la confesión sola del reo en algunos casos, no es bastante para la imposición de pena capital, en los indios no debería jamás serlo, con mayor razón en los tribunales adonde es bien conocido su carácter"⁴⁸.

10. Azotes⁴⁹

Fácilmente los jueces capitulares emplearon el látigo para reprimir excesos. Tal fue el abuso, que la audiencia les prohibió azotar sin forma de juicio, y previa consulta a ella. Los cabildos pretendieron recuperar una parte de aquella autoridad.

A juicio del fiscal, pese a que la audiencia con su resolución "procuró evitar los desórdenes que ya llegaron a su noticia por ejemplares acaecidos con diferentes jueces ordinarios que, sin la debida consulta, ponían en ejecución los castigos que por sí, y sin consulta de letrado imponían a los reos, ya con causas, o ya sin ellas, por cuyo medio se ha conseguido contener iguales excesos, no obstante es de persuadirse que en la plebe y gente vil cause algún desorden el ver que los alcaldes, ni aún en los casos que refieren proceden a darles la leve corrección a que estaban acostumbrados... siempre que los excesos cometidos por la plebe, o gente vil, no merezcan todas las solemnidades, y trámites de una causa formal, pueden con la prudencia y pulso que se requiere, según la ocurrencia corregir a los agresores de delitos leves con veinte y cinco azotes, o menos atendida su gravedad, y complicidad, después de haber estado veinte y cuatro horas en la cárcel, precediendo cuando menos la competente información, y confesión del reo sobre el exceso que hayan cometido, previniéndoles el debido arreglo en estas materias, y que de excederse serán responsables de las resultas, y aunque no las haya se les castigará severamente, según haya lugar por derecho"⁵⁰.

Frente a un alcalde ordinario, que mandó darle cincuenta azotes a un

⁴⁸MGV, 273.

⁴⁹ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 41; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 386-7; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 64-5, y *op. cit.* (n. 47), 4, 1976, 72-92.

⁵⁰JMP, II, 455-6.

indio, sin haberle formado causa alguna, ni concedido al protector la audiencia que correspondía, ni la apelación que interpuso, sólo pidió que “se sobresea en esta causa, condenando al alcalde en las costas, y apercibiéndole, para que en las causas de esta naturaleza proceda con el acuerdo, y madurez que corresponde, oyendo al protector cualesquiera defensas que haga por aquellos naturales”⁵¹.

A otro alcalde que practicaba la misma corruptela, y que quería “colorear los atentados de azotes, y destierros a que destinó a varios individuos, con la costumbre, que asegura se versaron sus antecesores”, siendo que “el omitir la formación de proceso si es que había esa costumbre, como irracional, y contra las leyes, que todos deben saber, en lugar de favorecerle, le pone más a descubierto en iguales excesos, pues con su misma narrativa confiesa, que despreció cuantos preceptos legales había en opósito de una costumbre perniciosa”, pidió que el tribunal lo condenara al pago de una multa y privación del oficio⁵².

11. Presidio⁵³

Además de los establecimientos militares, presidios propiamente dichos, hubo otros lugares en los que se cumplieron las penas privativas de la libertad o, mejor dicho, de trabajo forzado. Uno de ellos fue una especie de presidio para mujeres, que en Buenos Aires se conoció con el nombre de la Residencia, por haber funcionado allí el colegio de la residencia de los jesuitas.

Del alojamiento de las mujeres delincuentes trataron dos vistas fiscales. Un marido homicida había sido condenado al destierro, y su mujer, como cómplice, a la Residencia. Aquél solicitó que lo acompañase al destierro. El motivo de “que en la reclusión de la Residencia con las mujeres prostituidas que allí se encierran, aunque no son todas de esta clase, en lugar de servirle de corrección, a más de la mala nota que a ella, y sus hijos le puede atraer, es de recelar le ocasione otra libertad que ceda en notable perjuicio de su conducta, no parece disconforme atendida la disposición que hoy tiene el fiscal, noticia se ha dado en Madrid para la separación de presas (con motivo de que no se mezclen en una misma prisión la gente soez de esta clase con otras de mejor calidad), el que a ésta atendida la relación de su marido, y a la unión de este matrimonio por vía de

⁵¹JMP, I, 162.

⁵²JMP, I, 190-1.

⁵³ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 41-2; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 390-2; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 65-72, y *op. cit.* (n. 49), 93-133.

destierro... se le conmuten los tres años de Residencia al mismo lugar de Samborombón para que permanezca allí con su marido"⁵⁴.

En una vista de 1789 se lee que "no habiendo en esta capital establecimientos, ni casas de corrección para mujeres... se ha visto vuestra alteza en la dura precisión de aplicar a las mujeres, según la calidad de sus personas, la de sus delitos, estado, y otras circunstancias a uno de los recogimientos de aquel sexo, donde a más de las razones indicadas se consulta también el menor gravamen, reservándose oír los particulares inconvenientes que no se hayan podido prever, de suerte que semejantes consignaciones, ni constituyen cárcel, ni destino fijo, sino es una casa de depósito en que se consiga alguna corrección con el retiro sin agravio de su instituto"⁵⁵.

12. Cárcel⁵⁶

Salvo excepción, no fue usada como pena por el derecho real, sino como prisión, para mantener a los procesados a disposición del tribunal durante el trámite de sus causas.

"Ninguna otra cosa le es a ésta —la ciudad— más precisa que la cárcel pública para asegurar, y reprimir los delincuentes cuyo castigo afianza la quietud del pueblo"⁵⁷. Había "necesidad de ensanchar la cárcel pública y única de esta capital (porque este superior tribunal aún no tiene la que le corresponde para los reos de las causas de su instituto y se está sirviendo de ella sufriendo las grandes incomodidades, y perjuicios que son consiguientes)" por "lo mucho que perjudica a la causa pública la estrechez, y falta de seguridad del expresado edificio"⁵⁸.

Cuando en una ciudad o villa no había cárcel, o no la había segura, los encausados eran trasladados a una población que la tuviera. El fiscal recomendó el traslado a Montevideo de los reos de gravedad hechos por las justicias de la villa de Guadalupe, "dentro de los límites de su jurisdicción, circunstancia que con la del beneficio público, en que interesan los moradores, y vecinos de toda ella, es por sí sola suficiente para graduarse por útil, y conveniente... Esto mismo se practica en esta capital, sin aquella

⁵⁴JMP, II, 497-8.

⁵⁵JMP, II, 442.

⁵⁶ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 42-3; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 387-90; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 65-6; y ERMILA TROCONIS DE VERACOECHA, "Cárceles coloniales", en *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, III, Caracas, 1979, 477-515.

⁵⁷JMP, I, 238.

⁵⁸JMP, II, 599.

epiqueya, a cuya cárcel se remiten todos los reos, no sólo de su jurisdicción, sino es de otras extrañas, y aún algunos de la de Montevideo, y se admiten a beneficio del público, para que no queden impunidos los delitos"⁵⁹.

El lugar de detención debía estar de acuerdo con la calidad del preso. El fiscal no tenía reparo si hubiese sido cierto que un reo de asonada estaba "arrestado en un calabozo tan húmedo, que si no se toma la providencia de trasladarlo vendrá a rendir la vida", pero estaba persuadido "que el cuarto en que se le ha puesto, y actualmente se halla, es de los más capaces, acomodados y decentes con alguna consideración a su carácter sacerdotal, y que esta pretensión tiene por objeto facilitar la comunicación que... le tiene vuecelencia prohibida".

Al no ser lugar de castigo, era norma que "sin perjuicio de la seguridad correspondiente... se le trate con la humanidad que exige la mísera constitución de los reos encarcelados, franqueándole toda la ropa de su uso que se le haya embargado, y sea de aquella precisa para su aseo"⁶⁰.

No por cualquier falta era lícito alejar a alguien en la cárcel. "Lugar de horror y de tormento —la calificó un fiscal— que equivale a la muerte en la imaginación de los hombres de honor, como lo describe el señor Matheo, y que no es a propósito para detener y custodiar por una falta leve a un hombre de bien, cuya huida no se teme, y cuya estimación se mancha con semejantes exterioridades"⁶¹.

13. Tormento⁶²

Fue un procedimiento doloroso destinado a obtener la confesión o un testimonio, mas no una pena. Su uso, raro en esa época, estaba reglamentado. El imputado que no confesaba era absuelto o sufría una pena menor si el tormento le había sido dado con reserva de la prueba anterior.

"Habiendo permanecido negativos dichos reos por el tiempo de cuarenta minutos el primero, y treinta y nueve el segundo, que duró la operación, y quedando, sin embargo, en su vigor, y fuerza los indicios, y presunciones porque se dio la sentencia de tormento en virtud de la

⁵⁹JMP, II, 458.

⁶⁰JMP, I, 59-60; y MGV, 234.

⁶¹MGV, 86. La cita era, obviamente, de LORENZO MATHEU Y SANZ, *Tractatus de re criminali*, Lyon, 1676.

⁶²ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 44; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 172-5; LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 29-30; FRANCISCO L. ROMAY, *Las torturas en el procedimiento penal*, La Plata, 1958; y DAISY RÍPODAS ARDANAZ, "La obra 'De tortura' de Azamor y Ramírez, eco rioplatense de una polémica famosa", en *Revista de Historia del Derecho*, 5, 1977, 245-83.

reserva que en ella se hizo”, el fiscal pidió que se aplicase una pena arbitraria⁶³.

Él mismo pidió diez años de presidio para un presunto homicida que se había mantenido negativo en el tormento, y contra quien la prueba era “sola de vehementes indicios, presunciones, y conjeturas”. “Aunque no faltan opiniones propensas a la impunidad que por aquella expresión de la ley: *débenlo dar por quitto* sostengan que se debe absolver al reo negativo en el tormento, la más común de los prácticos, y más recomendables regnicolas, y lo que es más, la general práctica de los 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”⁶⁴.

14. Verdugo⁶⁵

Como oficio despreciable que fue, a menudo faltó quien lo desempeñara, debiendo recurrirse a condenados, generalmente.

“Aunque según la opinión comúnmente recibida entre todos los criminalistas pueden obligar las justicias reales a cualquier esclavo o persona infame a que ejerza las funciones de verdugo no habiéndole nombrado en el pueblo, y conmutar también la pena de cualquiera reo de muerte, condenándole a que por toda su vida sea ejecutor de las sentencias criminales, sólo debe adoptarse alguno de estos medios —según el fiscal— cuando tampoco haya proporción de que venga para el mismo efecto el de otra ciudad inmediata”⁶⁶.

II. DELITOS

I. Abigeato⁶⁷

El robo de animales fue uno de los delitos más frecuentes en el Río de la Plata. Acerca de sus motivos en la campaña se extendió una vista fiscal.

⁶³JMP, I, 149.

⁶⁴JMP, II, 576.

⁶⁵LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 60, y *op. cit.* (n. 47), 151-8; y JOSÉ MARÍA SÁENZ VALIENTE, “Algunas noticias sobre los verdugos que actuaron en Buenos Aires durante la segunda mitad del siglo XVIII y principios del siguiente”, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, XIII, N° 4, Buenos Aires, 1935, 281-94.

⁶⁶MGV, 154.

⁶⁷ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 89; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 47-50; y “El delito de abigeato en los siglos XVII, XVIII y XIX”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 24, 1978, 107-77.

“Los males y perjuicios de que se quejan los hacendados traen en concepto del fiscal su principal origen de tres causas, a saber: de hallarse las campañas infestadas de vagos, que se mantienen y fomentan sus vicios con el robo y matanza de ganados; de haber en las mismas campañas, en las poblaciones, y en esta capital negociantes poco escrupulosos que compran el cuero, grasa, y sebo robados; y de la falta de arreglo en las propias haciendas. Persíganse pues los vagos, aplicándose los remedios convenientes hasta exterminarlos, y limpiar las campañas de semejante peste: no se consientan en ellas mercachifles, ni pulperos volantes, ni acopiadores por menor de cueros, sebo, y grasa; y cuiden los hacendados de tener en buen orden sus haciendas, que de ese modo cesarán los robos de ganados, e introducciones de cueros mal habidos, o al menos no será tanto el mal que se lamenta”⁶⁸.

Preocupado el otro fiscal por la prevención del delito escribió, a su vez, que “nadie duda el influjo que tiene en los delitos la rusticidad, ignorancia y falta de principios en la religión, de los que los cometen. Los hombres que retirados del trato común de los demás y de la escasa civilización que ofrecen las cortas poblaciones, viven ocultos en lo interior de los bosques, o en terrenos no proporcionados para la subsistencia de sus familias, es preciso que reúnan en sí aquellas cualidades que son consiguientes a la falta de ejercicio en su razón. Acostumbrados a no conocer otra necesidad que la de su alimento y miserable traje, y satisfechos de que pueden librar éste en la abundancia del país y caudal ajeno, no es extraño que caigan en un estado de ociosidad y arrogancia a que les inclina su naturaleza destituida de otros principios. Como sus bienes no son bastantes para conservarse en este estado, es indispensable que se dediquen al robo de ganado vacuno y mular de las haciendas inmediatas. El primero para atender a su sustento sin disminución de sus cortos haberes, y el segundo para proveer a su vestido, vendiendo a los extractores de mulas a quienes no es fácil se descubran las robadas entre un considerable número de ellas, principalmente si se ejecutan estos perjudiciales contratos en los confines de una provincia. Si estos hombres y otros agregados inútiles de la campaña se destinasen al aumento de las poblaciones establecidas recompensándoles en ellas el corto haber que sirve de pretexto a su vida ociosa y vicios que de ella dimanar, no hay duda que podría mejorarse su conducta, ya con el trato de sus convecinos, ya con la instrucción de sus párrocos, y ya con la inmediata inspección de los jueces; pero la dificultad está en la ejecución de este medio por lo expuesto que es oprimir a muchos infelices que por

⁶⁸JMP, II, 877-8.

su vecindad a la hacienda de un poderoso, o por el deseo de usurpar los terrenos en que se hallan situados, pueden ser comprendidos en el número de los perjudiciales, y sacrificadas sus propiedades a la utilidad que con respecto a otros ofrece tan ventajoso medio”⁶⁹.

Las penas aplicadas a los abigeos no fueron las más severas, salvo que mediaran circunstancias agravantes. Un indio acusado del robo de caballos, y de otros excesos, que había sido juzgado en un proceso irregular, estimó el fiscal que no merecía “la pena de la ley, que es sólo comprensiva de presidio, y vergüenza, pero no de azotes como se le ha impuesto, teniendo asimismo presente el tiempo de más de un año que ha sufrido de prisión, y su calidad de indio, que contribuye legalmente a la moderación aún en casos ordinarios”; y que bastaba con “una moderada pena para que le sirva de corrección, y se aplique al trabajo”⁷⁰.

Del mismo modo opinó, con respecto a un abigeo confeso, que “atendiendo a su menor edad de veintiún años y a la corta entidad del hurto que puso en ejecución... la pena de azotes que se le ha impuesto no corresponde, y que aún por la de cuatro años de presidio hay términos hábiles para alguna moderación”⁷¹.

Para cinco faeneros de cuero de ganados ajenos, que habían sido contratados para hacer el trabajo, y sufrieron una dilatada prisión durante el trámite de la causa, pidió el ministerio público que se les diera por compurgado el delito con el tiempo de prisión sufrido, y condenación de costas, bajo el apercibimiento de imponerles las penas del bando en caso de reincidencia⁷².

2. Adulterio⁷³

Fue una de las raras situaciones en que subsistió la primitiva venganza de sangre, al permitirle las leyes, al marido ofendido que sorprendía a los adúlteros en delito flagrante, quitarles la vida. Pasado ese momento, debía promover la acción judicial, que era privada, si pretendía el castigo.

La causa respectiva debía ser agitada por la parte ofendida, “sin que deba interesarse el ministerio a pretexto del cumplimiento que pide de las leyes... Si lo que se alegó acerca del homicidio, y maleficio tuviese otra

⁶⁹MGV, 248-9.

⁷⁰JMP, I, 361.

⁷¹JMP, I, 418.

⁷²JMP, I, 372.

⁷³ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 104-5; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 224-6; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 50.

sustancia, y prueba, de suerte que no quedase lo primero reducido a una presunción de intención, que no consta llegase a conato, o a lo menos apareciese en algún modo, que lo segundo se avanzó a términos de una propinación, o efectiva preparación de veneno, o confección damnable, y capaz de dar ingreso a las acciones fiscales, estaría bien que esta parte interviniese de oficio”, pero no era ése el caso⁷⁴.

En otro expediente opinó: “aunque a este reo se le concede por defensa la pública liviandad de su mujer, y el ilícito trato con..., que resulta de algún modo de la prueba que ha producido, sin embargo, de que está destruida por su propia confesión... no pudo dicho reo dar muerte a su mujer en el modo, y forma con que lo ejecutó, sin dejar de incurrir en la pena de muerte... el caso en que se halla C. está muy distante de ser conforme a lo prevenido por las leyes que autorizan a los maridos para dar muerte a su mujer, y al adúltero, tomándolos *in fraganti* por el justo dolor, y ofensa que reciben, coartando esta facultad a no poderse ejercer en uno, sino en ambos”. Había ejecutado la muerte cuando su mujer estaba acompañada por otra⁷⁵.

Al ser privada la acción del adulterio surtía pleno efecto el perdón del ofendido. Siendo así, entendió el fiscal que un marido había hecho remisión de la ofensa por el hecho de que con posterioridad había habitado con su mujer⁷⁶.

Una situación distinta se presentaba cuando el adúltero era el marido. A ella se refirió el fiscal en los términos siguientes: “aunque las leyes imponen la pena de muerte al que adultera con mujer casada, ninguna otra habla del hombre casado que se mezcla con mujer viuda o soltera como sucede en el presente caso, sino la 5^a, título 19, libro 8 de la Recopilación, la cual le impone la cortísima pena de diez mil maravedís sobre el quinto de sus bienes. De donde se deduce que atendido el contexto de estas leyes y habiendo de combinarlas entre sí... habría aquél de ser castigado como soltero con soltera, esto es, con pena de diez mil maravedís y además, como incestuoso con la pérdida de la mitad de sus bienes... Pero si vuestra alteza atendiendo a la práctica adoptada en todos los tribunales superiores de condenar a los adúlteros a pena arbitraria tal vez para conciliar la dureza de la ley que castiga al adúltero con mujer casada con pena de muerte, con la suavidad del que impone pena pecuniaria al que lo es con mujer soltera, considérase que puede resultar pena

⁷⁴JMP, I, 425.

⁷⁵JMP, I, 231-2.

⁷⁶JMP, II, 459.

corporal del presente juicio, podrá en este caso acceder a la solicitud del promotor fiscal”⁷⁷.

3. Amancebamiento⁷⁸

La unión de hecho entre personas solteras no se consideraba delito. Para las Partidas era una institución del derecho de familia y no del penal. No obstante, por su inmoralidad fue perseguida y castigada con penas menores.

“Por el simple concubinato entre solteros no tienen establecida las leyes pena determinada, y por esto no concurriendo circunstancias, o calidades agravantes, no se sigue causa formal contra los reos; y la práctica es en estos casos amonestarlos por la primera vez, previniéndoles se abstengan de comunicarse bajo el apercibimiento que en el de reincidencia serán castigados con la pena del marco, y destierro por el tiempo, y la distancia que se tenga por conveniente”⁷⁹.

Sin embargo, el disfavor que ya tenía en las costumbres le hizo decir al mismo ministro, en otra ocasión, que era “el delito de amancebamiento uno de los que se numeran en la clase de públicos, y que por las fatales consecuencias con que trasciende viciando la educación y honestidad pública hasta el término de mayores desórdenes, las leyes, y particulares disposiciones de su majestad, en todas edades, han recomendado con encarecimiento a las justicias territoriales (conminándolas por la omisión con penas pecuniarias) a las reales audiencias, chancillerías, y consejos la persecución de ese delito, encargando a los prelados el interés de su celo pastoral para amonestar, y aún dar cuenta a las justicias, gradualmente, y que los fiscales promuevan el castigo por la vindicta pública”⁸⁰.

4. Cohecho⁸¹

El concepto que del mismo tenía el ministerio público era que se trataba de “una maldad detestable, y prohibida por las leyes, a pesar de que el vulgo de las gentes la autoriza tanto, que no pueden dejar de mirar como venal la sagrada administración de justicia, sujetándola a empeños y recomendaciones con grave injuria hasta de los tribunales más justos, y circunspectos, dando a las veces muchos, que se toman a su cuidado la

⁷⁷MGV, 163-4.

⁷⁸ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 101-2; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 50.

⁷⁹JMP, I, 395.

⁸⁰JMP, III, 1102.

⁸¹ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 97.

agitación y recomendación de asuntos, sobrada margen para su codicia e interés particular, para que se ponga nota en la más acendrada pureza, y arreglo.”⁸²

5. *Contrabando*⁸³

Delito contra la real hacienda habitual en el Río de la Plata, antes y después de la sanción del reglamento de libre comercio del 12 de octubre de 1778, tolerado por la moral media de la población, y aún por varias autoridades.

“El fiscal no dista de creer —consigna una vista—, que aquí, antes del establecimiento de la aduana hubiese entre otros muchos el abuso de no usar de guías o registros para el comercio, y extracción de la moneda... pero no habrá quien diga que esa escandalosa inobservancia de las leyes podía servir de excepción para no incurrir o libertarse de la pena por ellas mismas establecida. Esta materia por lo interesante de ella se ha mirado con tanto cuidado y vigilancia, que en ningunas leyes del mundo se hallarán tantas que la traten, y tan prevenidas y repetidas, como en las que se han recopilado y expedido para estos dominios de Indias, pues se encuentran títulos enteros sobre el modo cómo se han de hacer los registros y manifestaciones de todo lo comerciable, y especialmente del oro y la plata, e innumerables cédulas y reales órdenes para precaver su extracción, y el que se lleve a países extranjeros en gravísimo perjuicio del estado”⁸⁴.

Los fiscales, como representantes de los intereses de la real hacienda, fueron celosos en la persecución y castigo de los contrabandistas, sin perjuicio de obrar con moderación cuando lo juzgaron equitativo. En las circunstancias de entonces, la práctica del comercio ilícito necesitaba de la complicidad de los súbditos españoles. A ellos se refirió una vista al expresar que “no es fácil persuadirse que haya vasallos del rey tan olvidados de sí mismos, y de las relaciones que los unen al interés común de la patria, que quieran por el suyo propio fomentar el del enemigo a costa de la seguridad de este país, y de su conservación en el dominio de su majestad... es constante que el contrabando trae consigo la comunicación y correspondencia, y que habiendo ésta con los enemigos de la nación

⁸²JMP, I, 78.

⁸³ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 93-5.

⁸⁴JMP, I, 314.

tienen, desde luego, una ventaja sobre nosotros, que muchas veces decide más que la superioridad y energía de las fuerzas”⁸⁵.

Comerciantes españoles actuaron como prestanombres de traficantes extranjeros. “Ése ha sido y es uno de los reprobados medios —según un fiscal— de que se ha usado, y aún se pretende usar todavía, para las ilícitas introducciones de mercaderías extranjeras de que se ven abarrotados almacenes y tiendas de esta capital, al mismo tiempo de no encontrarse ya sino muy poca moneda doble de plata, porque toda se la ha llevado y está llevando el extranjero, que a pesar del activo y vigilante celo, con que esta superioridad ha procurado impedir y embarazar las introducciones de géneros prohibidos han corrido como lícitas, a que han sido consiguientes los fraudes, y las extracciones de dinero, paliándose todo a la sombra del pernicioso cambio de frutos, y figuradas compras de barcos extranjeros con el ponderado colorido de escasez de ropas, cuyo pretexto ha sido siempre reprendido, y conminado por las leyes”⁸⁶.

Algunas franquicias concedidas por la Corona a América fueron —en efecto— reputadas como contraproducentes. “Tanto este tráfico del comercio general, como el particular, y directo a la costa de África por negros, y el de cambio de frutos con las colonias extranjeras por vía de ensayo, por la observación de sus progresos, no han ofrecido más que abusos considerables a pesar de las providencias celosas y activas de este superior gobierno, y de las instancias del ministerio fiscal para impedir, y precaver los frecuentes fraudes, y contravenciones, en que han incurrido los negociantes... Y aunque es verdad que el abuso de la cosa, no la hace reprobable, y sólo pide el remedio de él, para reparar y poner en lo debido el buen uso de que por utilidad y conveniencia se permite, o concede; ya es impracticable el remedio por la generalidad del mal, y propensión de los comerciantes a buscar los lucros por los caminos perjudiciales al estado, y a sus propios intereses si quisieran reflexionar, y calcularlos bien: mayormente si se atiende a que no es dable a la inspección del gobierno el anticipado conocimiento del pormenor de los negocios complicados de las expediciones tan multiplicadas así porque en mucha parte no hay datos exteriores, ni otros más que los que supone la astucia y prevención del negociante, siempre a recatar la serie y sucesión de sus inteligencias, y a sorprender al gobierno con aparentes demostraciones”⁸⁷.

Acerca del comercio con los ingleses, dijo el segundo fiscal que “esta

⁸⁵MGV, 483-4.

⁸⁶JMP, III, 951.

⁸⁷JMP, III, 1184.

detestable conducta produce consecuencias muy fatales a los derechos del fisco, a nuestro comercio y a nuestra seguridad: no debemos esperar que los enemigos abandonen estas costas, mientras el consumo de sus efectos llame a ellas su interés y ganancia, ni que ellos se persuadan a que se detesta su intentada dominación, mientras a pesar de los esfuerzos que han hecho los verdaderos vasallos del rey para rechazarlos con la energía de sus armas, hay otros que envilecidos por su codicia, y posponiendo a ella los más sagrados deberes, los fomentan y auxilian, trasladando ingentes caudales a sus manos para hacernos la guerra”⁸⁸.

Muchas veces el ministerio público puso al descubierto las ocultas intenciones de los contrabandistas, disfrazadas con apariencias de honestidad. He aquí algunos ejemplos:

—“El tabaco no sólo se embarcó sin guía y registro, sino también sin noticias del capitán o maestre de la embarcación colocándose en ella en lugares sospechosos, y aunque al tiempo de la aprehensión se preguntó por el dueño, no hubo quien dijese serlo: de todo lo cual se infiere que el tabaco se traía ocultamente para hacer el comercio ilícito, y no para manifestarlo y venderlo a la renta”, como quiso suponerlo el interesado⁸⁹;

—“¿Cómo es creíble ni persuasible que don M.C. dejase en libertad a su mujer para que pudiese girar y comerciar por sí sola, y entrar en unas negociaciones tan vastas... ajenas enteramente del sexo, sin hacer en ello negocio propio, o sin que la utilidad fuese común viviendo ambos en unión y consorcio conyugal? Ni ¿cómo puede entenderse que no sea también del marido el comercio que hace la mujer durante el matrimonio y la compañía matrimonial? ¿No sería éste un medio fácil de eludir y echar por tierra las leyes y ordenanzas que estrechamente prohíben bajo de graves penas a los empleados en rentas reales tratar y contratar aunque sea con su propia hacienda, tener aprovechamientos y granjerías, por sí ni por interpósita persona, pública ni secretamente, si se tolerase que las mujeres de los empleados pudiesen comerciar y negociar, comprar y fletar embarcaciones, al pretexto de que lo hacían con sus bienes dotales?”⁹⁰.

—“El comercio de frutos con las colonias extranjeras, y retorno de otros de ellas está permitido hacerse únicamente en embarcaciones nacionales..., y la introducción de negros tan favorecida y protegida por las reales órdenes no podía hacerse en las extranjeras cuando se emprendió

⁸⁸MGV, 486.

⁸⁹JMP, I, 317.

⁹⁰JMP, II, 558.

la expedición, porque había prescrito la real cédula de 24 de noviembre de 1791 que lo había permitido por seis años... reconociéndose que lo más a que se ha extendido el permiso por lo tocante al tráfico directo de negros... es a que la tripulación de los buques negreros pueda ser la mitad extranjera, con tal que la otra mitad, y el capitán haya de ser precisamente española, quedando por consiguiente para los demás casos en toda su fuerza lo dispuesto en el art. 3º del reglamento del comercio libre de 12 de octubre de 1778⁹¹, y que también puedan comprarse para dicho tráfico embarcaciones de construcción extranjera con franquicia de derechos; pero no de otra suerte han podido hacer sus viajes, y comercio naval, sino precediendo su españolización, porque sería proceder por un orden prepostero, anticipando el uso, y ejercicio de ellas a su habilitación, cuyo formal requisito por su naturaleza es previo con conocimiento específico de si ha sido legítima la adquisición, y aun fuera muy conveniente, que se prefijase un término largo dentro del cual no pudiesen enajenarse a sujeto extranjero sin que precediesen estrictas formas, que precaviesen el fraude en las aparentes adquisiciones, y compañías clandestinas⁹²;

—“No con relación a la idea de recoger fondos del extranjero al seno de la nación puede permitirse lo que las leyes prohíben, por razones más ventajosas, a que debe ceder un medio expuesto a fraudes, cual es el de las herencias, que no serviría más que de pretexto para hacer el comercio clandestino que detesta la ley fundamental de estos reinos, mayormente procediendo las tales herencias de colonias extranjeras donde en consecuencia de nuestras leyes y tratados no hay ni puede haber cónsul español, con cuya intervención se asegurase la verdad, legitimidad, e importe de los bienes, frutos, y caudal heredado⁹³;

—La posesión de plata fuerte en un buque “sin los requisitos que a prevención del fraude se han mandado observar, es bastante motivo para estimar esta extracción por fraudulenta, y declarar la moneda por comiso; sin que le valiera al capitán la exculpación de tenerla en su custodia, pues se hace bien inverosímil que le faltase conocimiento en tierra para tenerla con seguridad, ni que quisiese hacerla correr el riesgo con que siempre está a bordo; y de admitirse estos o semejantes descargos en la materia más delicada de fraude, se abriría margen a los que quisieran cometerse con pretextos igualmente aparentes; y aunque el capitán diga

⁹¹JMP, II, 764.

⁹²Art. 3 del reglamento: retornar herramientas para la labranza y utensilios para los ingenios.

⁹³JMP, III, 1085.

que la circunstancia de estar la fragata en carena, y sin destino, ni proporciones para salir del puerto desvanece la sospecha de que intentase con tanta anticipación extraer la plata, corriendo entretanto el riesgo de mar; esta exculpación por verosímil que aparezca no es suficiente, ya porque en causa de fraude se está al hecho, y no se necesita probar el dolo ni la intención, y ya porque si se abriese la mano a este efugio se franquearía la puerta a los otros buques facilitándose los medios de efectuar oportunamente los trasbordos en semejantes cantidades⁹⁴.

La asiduidad con que los fiscales tuvieron que intervenir en esa clase de causas les permitió interiorizarse en las prácticas de los contrabandistas, y validos de esa experiencia descubrir con mayor facilidad sus fraudes. A propósito de un contrabando de barajas, observó uno de ellos que "tienen buen cuidado de ir introduciendo y expendiendo el efecto en cortas porciones para no ser con facilidad descubiertos, y los compradores por lo común sólo se surten en pequeñas partidas"⁹⁵.

6. Falsedad⁹⁶

Asumió este delito varias formas, desde el falso testimonio hasta la falsificación de moneda y de documentos. En todo caso, se lo consideró un delito grave.

"El abominable crimen de falsedad —dijo un fiscal—, como suversivo de la recta administración de justicia, es por sí solo digna, y severamente castigado con graves penas por las leyes de todas las naciones, agravándolas por las de nuestros reinos hasta la de muerte, según la materia, y las personas"⁹⁷.

Al delito de falsificación de moneda lo tuvieron por "uno de los más graves que pudiera presentarse... en el que se ven usurpados los derechos de la majestad, profanado el sagrado de su real imagen, de un modo en que también se perjudica al público, robándole el dinero, que es el fruto de su trabajo, y de que depende su subsistencia, turbando su comercio, y malogrando la esperanza de su industria, y aplicación, de todo lo cual resultan al estado conocidos males; por cuyas causas se hace digno de la mayor consideración, atendidas las circunstancias de su atrocidad, y cuanto importa infundir horror a ella en la presente época del acrecentamiento de estas provincias, y especialmente de esta ilustre capital"⁹⁸.

⁹⁴JMP, III, 1184.

⁹⁵JMP, I, 309.

⁹⁶ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 98 y 99-100.

⁹⁷JMP, I, 74.

⁹⁸Vista de 1786. JMP, I, 148.

La falsedad documental, en la expresión de un fiscal, "se comete en el solo hecho de suprimir, alterar, o suplantar cualquier escrito público, con el fin de favorecer la causa de otro, o la propia; pero como por su misma naturaleza requiere asimismo la ocultación o fingimiento del hecho, para aparentar como legítima la misma alteración en que consiste, faltando esta simulación en el hecho de que se trata, debe excluirse en la clase que constituye este delito"⁹⁹.

7. Filicidio¹⁰⁰

Clase de parricidio severamente castigada por las leyes, y en el concepto de un ministro, "uno de los crímenes que más repugnan a la naturaleza. Su ejecución es muy fácil en estas campañas, estando ausentes los maridos. Se comete con frecuencia, y si no se arma la autoridad con la severidad de las leyes, puede producir malas consecuencias, y sucesos de abominación por el poco horror que infunde un castigo moderado sin causa legítima. Si este delito se hubiese cometido por una mujer soltera reputada por honesta en la dicha edad de veinte años, y concurriesen particulares circunstancias que indujesen el ánimo a persuadirse, que procedió arrebatada de su natural pudor, por cubrir su fragilidad, y deshonor, ya en este caso tendría el arbitrio judicial algún fundamento para dudar de la pena; pero una madre casada dar muerte de hecho y caso pensado a una hija suya legítima en la tierna inocente edad de ocho meses, es atropellar torpemente todos los sentimientos de la naturaleza, lo cual debe refrenarse con el condigno castigo"¹⁰¹.

8. Fuga

Las cárceles rioplatenses fueron en su mayoría inseguras. Fácilmente pudieron huir de ellas los detenidos. Según el procurador de una ciudad menor, los reos "puestos en la cárcel, al instante se van, llevando las prisiones".

Fue ésa una de las razones por las cuales se recomendó la rápida imposición de las penas: "las ejecuciones de justicia deben ser prontas así porque lo exige la vindicta pública como para no dar lugar a la fuga"¹⁰².

Cuando la huida se hacía con violencia o con fuerza en las personas o en las cosas el acto pasaba a ser delictivo.

⁹⁹MGV, 85.

¹⁰⁰ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 78-9.

¹⁰¹JMP, I, 269.

¹⁰²JMP, III, 1068.

Desde el punto de vista de sus efectos en la sociedad abordó un fiscal el problema de las fugas. "La verdadera causa de la falta de administración de justicia en las provincias interiores, no es otra que la ninguna seguridad de sus cárceles, y presidios. Los delincuentes que se lisonjean de escalar aquéllas y facilitar la fuga de éstos, y que no encuentran otro freno a sus maldades cuando no se trata de delitos de muerte, lejos de escarmentar con la pena de presidio, se familiarizan con ella en la confianza de que no ha de ser muy permanente: resultando de aquí que vuelven a su partido con ideas más depravadas, siendo la primera que prepondera en su ánimo, la de vengarse de los comisionados y demás personas que anteriormente les han perseguido; y como aquellos cargos recaen en hacendados de la campaña que tienen expuestos sus intereses a la arbitrariedad e impune malicia de dichos reos, no sólo recelan de repetir sus instancias para reiterar su prisión, sino también en hacerlas con los de igual clase de quienes no pueden prometerse distintos efectos, desanimándose por esta razón su celo en el cumplimiento de sus deberes, lo que no sucedería si asegurados de que los reos se destinaban a los presidios de esta provincia de donde no es tan fácil la fuga, se considerasen libres de su vengativo desquite"¹⁰³.

Quienes en una oportunidad intentaron fugar de la cárcel de Montevideo fueron castigados con azotes. "Sólo resta —opinó el fiscal— el que sean sacados a la vergüenza pública en un borrico, o bestia cabalgar, colgándoles al cuello los mismos instrumentos de que se valieron para la fractura"¹⁰⁴.

Según era la gravedad del delito que se le imputaba al fugado, así era también la gravedad de ésta. En el caso de un malversador de rentas reales, manifestó el ministro que quienes habían cooperado al hecho "han atentado con el más arrojado, y escandaloso desacato contra la primera, y más alta potestad de este virreinato...; han coartado cuanto estaba de parte de ellas los justos procedimientos instaurados..., y han hecho cuanto alcanzaron para impedir las mayores luces que podría recibir el proceso con las ulteriores declaraciones, y confesión, o confesiones de este prófugo, en descubrimiento de los sagrados caudales del rey"¹⁰⁵.

Sobre el alcaide de la cárcel recaía la responsabilidad de la evasión, salvo que "por las diligencias que se han practicado... no resulte complicidad conocida en el alcaide, y carcelero, y por otra parte se manifieste que

¹⁰³MGV, 247.

¹⁰⁴JMP, I, 325.

¹⁰⁵JMP, II, 452-3.

el arbitrio que tomaron dichos presos de sacar una tabla del común para subir por ella, arrimándola a las paredes, que están bajas, ayudándose también con los ponchos, y unión de las sogas, con que amarraban sus camas, no se podía precaver tan fácilmente; resultando asimismo lo estrecho de las prisiones, su incomodidad, y la multitud de presos que hay en ellas, sin que se descubra una falta notable en el alcaide, y carcelero por lo que hace a las requisas que se acostumbran hacer para cautelar las continuas maquinaciones, con que los presos a toda hora premeditan la fuga; atendiendo también a que la circunstancia de no ser reos de gravedad la hacen menos de recelar, y a que no la emprendieron de modo que quedase paso franco, o fácil para otros reos"¹⁰⁶.

9. Heridas¹⁰⁷

Seguía sin ser un delito autónomo: si las heridas eran graves se asimilaba al homicidio; si leves, a la injuria. En un caso de indecisión del herido entre la vida y la muerte, juzgó el fiscal que "está contra el ofensor su procedimiento en cuanto influyó a privarle de los auxilios de que careció en el lugar solitario donde le buscó para ofenderle; de suerte que de todos modos contribuyó a su desgracia, y fuesen, o no mortales de necesidad las heridas, el reo es responsable del mal éxito de ellas a la vindicta, así porque no podía esperarse otro por su naturaleza, apoyada en el corto espacio que duró el ofendido y en el certificado del facultativo, como porque por el modo con que se condujo, le privó de todo auxilio"¹⁰⁸.

Salvo los lances aislados, varias veces el delito fue cometido en concurso con otros, perteneciendo sus autores al género de los vagos y mal entretenidos. De uno de ellos dijo el fiscal que "temprano comenzó a ser perjudicial a la quietud pública y que por las repetidas reincidencias que este solo proceso contiene (no obstante de que acaso habrá otros que la diesen a conocer con más anticipación) debe ser separado de la sociedad de los buenos, a quienes corrompe, ofende, y molesta con su perniciosa conducta, y pésimo ejemplo... se manifiesta ya un sujeto incorregible, y por lo mismo haciéndose mérito del quebrantamiento del destierro, de la aprehensión de la daga (tratándolo como español de cuya calidad consta en alguna forma...), y de su incorregibilidad", pidió para él diez años de presidio, sin los doscientos azotes que contenía la sentencia del alcalde, "por un efecto de conmiseración atendiendo a su pobres parientes... que

¹⁰⁶JMP, I, 415.

¹⁰⁷ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 81; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 45-6.

¹⁰⁸MGV, 236-7.

han tenido la desgracia de que este reo haya salido de tan malas inclinaciones”¹⁰⁹.

10. Homicidio¹¹⁰

Pese a la gravedad del delito, no siempre quien mataba a otro sufría la pena de muerte. Varias circunstancias hicieron posible que un homicida conservara la vida, mas esas circunstancias fueron ponderadas, generalmente, por los tribunales, en uso de su arbitrio, antes que por el ministerio público.

Éste pidió la pena de muerte para un reo acusado de varios delitos de hurtos, robos, heridas, resistencia, provocación a la justicia, muerte ejecutada en la persona de un indio, incendio de una casa, e insultos a sus propios padres. No consideró importante “la falta de comprobación del cuerpo del delito en los referidos crímenes, porque como en los de hurto baste la fama del sujeto contra quien se procede, y en este caso intervenga su confesión, está más que abundantemente comprobado; lo mismo que acaece con la resistencia, y desobediencia a los jueces, heridas, y contusiones que ha dado; y en el de la muerte... pues habiendo ésta acaecido en el campo, donde no se puede usar de las formalidades que en poblado, es más que suficiente haya quien declare le viese al reo tirar el pistoletazo, el lugar donde le dio la bala, haberle visto morir, y enterrándolo después”¹¹¹.

También la pidió contra un sujeto que acuchilló a otro, “cuyo hecho manifiesta su genio feroz, y carnicero, que procede con dolo, y malicia, y muy distante de la natural defensa, que sólo inclina a repeler la fuerza, que ya no podía haber en un hombre rendido, y en los últimos alientos de su vida”¹¹².

Asimismo, para quien no oponiendo “con la correspondiente justificación excepción alguna legal, que lo indemnice, o exima de la pena ordinaria del delito, pues ni aparece que hubiese hecho dicha muerte en su propia defensa, o por acaso, estando dormido, embriagado, o fuera de sí, o en circunstancias que en algún modo lo excusasen, no siéndolo el transcurso de los años corridos por no llegar ni con mucho al de la prescripción, en cuyo supuesto está viva, y en toda su fuerza la acción fiscal por la vindicta pública, no se descubre fundamento de derecho que

¹⁰⁹JMP, II, 430-1.

¹¹⁰ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 77; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 231-2 y 244-8; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 44-5.

¹¹¹JMP, I, 362-4.

¹¹²JMP, I, 226.

pueda servir de apoyo a la súplica intentada, y sí que este delincuente no queda suficientemente castigado, ni se logra el escarmiento debido con la pena arbitraria, atendido el arrojado, capricho, y orgullo con que depravadamente le quitó la vida al inocente, y desapercibido”¹¹³.

La misma pena, para quien mató a otro de un ladrillazo, “porque a más de la inmediatez, con que le hizo el tiro, a que es consiguiente que no fue causal el golpe en la cabeza, tiene confesada la depravada intención de ofender a sujeto determinado, y aunque dando en otra parte, acaso no habría causado tan pronto estrago, aquel éxito que no ha llegado, no puede favorecerle, y sí le perjudica notablemente el fatal que se originó por medio de la positiva, y deliberada intención que formó de ofender al difunto arrojándole el ladrillo con tanta fuerza que fue bastante para quitarle la vida”¹¹⁴.

Igualmente para una gavilla de malhechores, que asaltó un pueblo de indios, y cometió “la más horrorosa y escandalosa criminalidad”, obligando a los indios a rendirse ante la sorpresa y la ventaja de las armas, y a refugiarse en la capilla, “sin que la veneración y respeto debido al templo de Dios... fuese bastante a ponerlos a cubierto de las violencias, y funestas desgracias que sufrieron”, entre ellas el robo de siete mujeres, que fueron extraídas del templo con violencia. “En fin, ellos cometieron todos los excesos de que era susceptible la ocasión: robaron toda la caballada, saquearon los ranchos, incendiaron las armas a presencia de los rendidos, y no omitieron cosa alguna que pudiese ser perjudicial y dolorosa a aquellos naturales”¹¹⁵.

También para un visitador de rentas reales, que mató alevosamente a un contrabandista, cuyo cadáver no se halló. En opinión del fiscal “el delito quedó consumado en todo cuanto estuvo de parte del homicida o agresor, y así aunque no se siguiese la muerte, quedó sujeto a la pena ordinaria el que la procuró y pasó a ponerla en ejecución... Sin que pueda decirse que no consta probado el cuerpo del delito, porque para ello basta que los testigos del sumario afirmen y digan que después de los tiros vieron al paciente tendido en el suelo sin movimiento y a juicio de todos muerto en la realidad; y así aunque después desapareciese el cadáver, esto no es faltar el cuerpo del delito, porque ya aquel cadáver, bien presunto, o verdadero, estuvo patente, se vio, y reconoció por los testigos”¹¹⁶.

¹¹³JMP, I, 271.

¹¹⁴JMP, II, 538.

¹¹⁵JMP, II, 714-5.

¹¹⁶JMP, II, 644-5.

El mismo castigo contra un comisionado, que mató a un mulato al intentar prenderlo, en una "excesiva defensa, que ya aparece en no haber consultado la aprehensión del reo con auxilio de sus acompañados, que tenía a corta distancia, llamándolos como era regular, y usando de los demás resguardos, y cautelas que dicta la prudencia"¹¹⁷.

Asimismo, para un alcalde indio, que acusando de ladrón a otro natural, lo mató a golpes de látigo y boleadoras. "El instrumento del azote o lazos doblados con que fue azotado dicho indiecillo, es verdad no es apto para quitar la vida si se usa de él con moderación, pero si hay exceso y tiranía, si en los azotes se emplean las fuerzas de cuatro o seis hombres, no podrá resistir ningún cuerpo humano, ni aun el animal más robusto, sin dejar de rendir la vida. El otro instrumento de las bolas, es uno de los más aventajados de que usan los indios para sus correrías y salteos, y un solo golpe con ellas basta para matar"¹¹⁸.

Acreeador a dicha pena reputó el fiscal a un indio, que intentó abusar en un paraje apartado de la india que le había prestado ayuda, que ante su resistencia "le dio de golpes con un palo por la cabeza, espaldas, y cara... la dejó como muerta, y aun así por cerciorarse de si lo estaba, le cortó, y punzó con el cuchillo por varias partes del cuerpo, y... la desnudó y dejó arrojada a la inclemencia". Si días después no era encontrada por casualidad, hubiera muerto comida por los gusanos, de los que ya tenía llenas las heridas. No habrá "quien pueda a vista de unos hechos tan atroces, y claramente justificados, y de una ingratitud tan manifiesta hallar defensa... para que al tiempo que sirva de ejemplo a otros... se contenga también la crueldad de esta especie de indios, en quienes es tan común esta clase de delitos"¹¹⁹.

También a un amo, que le propinó "muchos, y crueles azotes" a su esclavo, como consecuencia de los cuales le sobrevino la muerte. "Habiendo puesto a su esclavo en un estado tan miserable, lo abandonó, dejándolo a la inclemencia, sin facilitarle más remedio para unas heridas tan crueles como las que le hizo, que el de la sangría que le pidió a... a que se negó viendo la triste situación en que se hallaba el enfermo, y el poco tiempo de vida que le quedaba, según así sucedió"¹²⁰.

¹¹⁷JMP, II, 477.

¹¹⁸JMP, II, 495.

¹¹⁹JMP, I, 304. Se trataba de indios guaraníes.

¹²⁰JMP, I, 165-6.

11. Hurto y robo¹²¹

La distinción entre una y otra figura penal no estaba hecha, y se usaban indistintamente ambas palabras. Fue, muy probablemente, el delito que más se cometió. Los factores que influyeron en su calificación fueron múltiples.

“En esta clase de delitos —sostuvo un fiscal— según las circunstancias del que lo comete, y contra quien se hace, el cuerpo del delito, y el delincuente se prueban por la querrela del robado, y por conjeturas, y presunciones; y de ahí es, que concurriendo en esta causa todas estas calidades, no es del caso el conocimiento perfecto del ladrón, y plena justificación del cuerpo del delito”¹²².

“Si en estos crímenes —dijo en otra oportunidad— no se hubiera de tener presente el carácter de las personas a quienes se atribuyen, y el modo de su ejecución que son partes sustanciales para el gobierno de su comprobación, siendo tan diferentes los delitos de esta clase por las diversas circunstancias que en ellos, y sus autores pueden concurrir, no se daría distinción ninguna para su averiguación y procedimiento, y sería inoficioso e inútil el trabajo que para formar reglas sobre estos puntos se han tomado los doctores criminalistas, pero como el proponerse una uniforme regla en estas materias sea un despropósito se ha de confesar como punto de derecho sentado ser suficiente la buena fama del robado... y que el hurto cometido como especie de rapiña aunque ejecutada con tan punibles circunstancias, también se comprueba por indicios, y presunciones”¹²³.

El sentido literal de las disposiciones legales —interpretó el fiscal—, “es que por un solo robo ejecutado de la manera que ellas se explican (con escalamiento, horadamiento, quebranto de iglesia, apertura de puerta cerrada con llave, etc.), debe morir el que lo cometió, sin que pueda haber lugar la glosa, e interpretación que se hace de ellas con la costumbre que se supone apoyan los autores de que el ladrón sólo debe morir por el tercer hurto, después de haber sido castigado por los dos primeros, sin embargo de que el primero sea grande, o calificado, porque la enormidad de este delito según común sentir se gradúa por lo cuantioso de él, la cualidad de su ejecución, y el ánimo del delincuente; de suerte que pueda haber hurto... que equivale a cuatro, cinco, o seis, en cuyo caso por la gravedad

¹²¹ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 87-9; TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.* (n. 4), 248-71; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 46-7.

¹²²JMP, I, 227.

¹²³JMP, I, 423-4.

del delito, cuando no estuviesen tan expresas, y terminantes las decisiones de las leyes citadas, aún era lícito, y permitido a los jueces imponer por él mayores penas que las que estuviesen establecidas”¹²⁴.

“Sin embargo de que por lo común no se castiga por las leyes con pena de muerte, y ha lugar la conmutación —afirmó él mismo en otra vista—, hay casos particulares, y exceptuados en la general materia que él comprende, que se castigan con la pena ordinaria de muerte, sin otro recurso para evitarla. Tales son los hurtos de dinero, o cosas pertenecientes al rey, ya extrayéndolo de sus reales arcas, u otros lugares en que se custodie, ya malversándose en su administración, y ya haciendo moneda falsa, y los que se cometen tomando de las iglesias especies santas, o sagradas, que es el delito porque se procede contra este reo: con que si en casa del rey de la tierra cualquiera que comete un hurto extrayendo de ella cosas que le pertenecen debe morir sin que haya remisión, con cuánta mayor razón se podrá decir, y más entre cristianos que el que roba de la casa de Dios las imágenes, y cruces destinadas a su culto, y veneración, debe ser comprendido en la misma pena”.

“Esta decisión [no] pierde su valor en nada, cuando se manifestase que a su promulgación dieron causa los muchos excesos de esta clase que cuando España estaba infestada de moros se cometían, porque ni dicha ley habla con esta casta de gentes y aun cuando se terminase a ella, no por eso dejaría de comprender, y con mayor razón a los verdaderos cristianos, siendo sobre todo la razón fundamental de su subsistencia el que no se ha revocado y que conceptuando el legislador tan grande ofensa la que se hace en esta calidad de hurtos que le movió a imponer por ella la pena de muerte, es mucho más detestable cuando se ejecuta por un cristiano, circunstancia que precisamente (aun cuando fuese el motivo que se indica causa de la promulgación de la citada ley) debió tenerse presente para su establecimiento.

“Según estos principios —prosiguió—, y en consideración también a la naturaleza exceptuada de dicho delito de hurto de iglesias del común de los demás no se puede hacer uso para el presente caso de la conmutación de que se habla en la ley 8^a del título 12, libro 8 de Castilla, así por la misma razón de que no la puede haber en los hurtos de real hacienda, como porque concurre en aquéllos, y en el de que se trata la restricción de la citada ley, esto es el que conviene a la república no diferir la ejecución de la justicia en un delito el más grave en su clase, y el perjuicio que resultaría de su remisión”.

¹²⁴JMP, II, 436.

“Nada menos es el que ha ejecutado este reo que el robo de tres iglesias en diferentes ocasiones, extrayendo de ellas especies destinadas al culto... sólo quedan sus alegatos sobre destruir el apelativo de santas, que no sólo por sí tienen dichas especies, sino es por el culto de Dios a que estaban destinadas, para que no le comprenda la decisión de la citada ley de Partida, pero sin apoyo las razones que sobre esto aduce, porque sólo con llamar la atención al contexto de la ley 12, título 18, Partida 3^a, se encontrará que toda cosa sagrada, o religiosa, o santa que es establecida a servicio de Dios, no es en poder de ningún hombre el señorío de ella, que es lo mismo en lo legal que si dijera son de derecho divino, y todo una misma cosa esto es el ser santa o sagrada para la imposición de la pena de dicha ley”¹²⁵.

El robo cometido en banda (bandolerismo) fue una circunstancia agravante. Varias veces, los habitantes de la campaña, y aun de las ciudades, fueron víctima de las agresiones de los salteadores.

Sobre la acción de una de esas gavillas, opinó el fiscal que “los muchos hurtos que han ejecutado, quebrantando las puertas de las casas con barreta de fierro, y abriéndolas sucesivamente con llaves maestras, pretendiendo escalar las en que no podían usar de estos arbitrios para valerse después de ellos, todo lo que manifiesta la fuerza y violencia con que se arrojaban a cometer estos excesos, armados de espadas, y chuchillos, que son las que también consta cargaban para el ejercicio de ellos... de suerte que la reiteración, y frecuencia de robar, y la magnitud, o valor a que asciende el dinero, alhajas, y géneros sustraídos, constituyen unos delitos tan calificados, que cuanto por algunos siendo solos pudiese tenerse otra consideración, por todos juntos, y tan agravantes circunstancias, se han hecho estos reos aún de peor condición que los ladrones famosos, y en este concepto acreedores a la pena ordinaria de muerte, especialmente meditando que su ejecución se ha verificado en esta capital, corte, y metrópoli de todo el virreinato en que reside este respetable tribunal, compuesto de tan autorizados ministros, y su presidente y cabeza viva representación del soberano”¹²⁶.

Si la criminalidad de ciertos robos reclamó la pena capital, lo común fue el castigo de presidio. “Ninguna otra que la de presidio puede ser más proporcionada para variar con su duración, según las circunstancias de reincidencia, valor de la cosa robada, y persona del delincuente —sostuvo un ministro—. Si los presidios en aquella provincia sirven de mayor daño

¹²⁵JMP, II, 427-8.

¹²⁶JMP, II, 436.

que de enmienda, porque los reos destinados a ellos con facilidad son restituidos a sus criminales correrías, escarmentando en el perjuicio de sus haciendas a los vecinos que les persiguieron, la falta estará en este caso no en la actividad de la pena que siempre será la misma, sino en el modo de ejecución"¹²⁷.

El hermano menor del ladrón era el ratero. En una causa por robo, dijo el ministro protector que sus autores "sólo eran unos rateros, y no de dañada intención de herir y matar que traen los verdaderos salteadores, y en quienes podría recaer muy bien la pena de muerte decretada; pero en los presentes indios que han muerto algunas vacas para comer, y tomado algunos trapos para vestirse, aunque tiene un aspecto de salteador su procedimiento, cualquiera conocerá que sus excesos no son de la clase de los punibles con la pena de muerte"¹²⁸.

12. *Injurias*¹²⁹

La ofensa contra el honor, que suponía la injuria, podía ser inferida de viva voz; de hecho, por medio de una agresión física; o por escrito, con un libelo famoso, es decir, destinado a circular públicamente, o no famoso.

Explicó el ministerio público que "las expresiones injuriosas que aparecen en los expresados documentos... son de las que en derecho se llaman atroces, así porque en razón de ser escritas, cuya remembranza dura para siempre, son de hecho permanentes y de mayor consideración que las inferidas por palabras, como porque fueron presentadas ante los tribunales... Pero aunque deban considerarse tales, nunca pueden confundirse con los libelos famosos, ni ser medidas por las reglas que por disposición de la ley de Partida se observan con respecto a los implicados en este delito... Mas bien deben conceptuarse como detracciones hechas en juicio, o en representaciones de oficio tanto más culpables en caso de ser calumniosas, cuando ofenden bajo el celo de una denuncia secreta..."

"El libelo infamatorio aunque injuria no hace perder la estimación de aquel a quien procura infamar, ni su buen nombre queda manchado en el concepto de los hombres sensatos, ni menos por lo que hace a los efectos del derecho, según el cual siempre se cree inocente el que carece de acusador, aunque no carezca de enemigos, pero la detracción que se hace por la acusación o denuncia secreta injuria e infama al mismo tiempo, por la sospecha que produce en el juez a quien se hace, no siendo de

¹²⁷MGV, 118.

¹²⁸MGV, 117.

¹²⁹ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 83-6; y LEVAGGI, *op. cit.* (n. 4), 46.

presumir que el denunciador sea tan pródigo con su nombre que quiera suscribir unas proposiciones afrentosas que carezcan de toda apariencia de verdad. De esta diferencia entre el libelo famoso y la delación calumniosa resulta otra que consiste en que los crímenes o manchas de opinión que se atribuyen en el libelo infamatorio, no deben ser examinadas ni oírse al delincuente sobre la prueba de su certeza. La verdad de lo que contiene no le libra del rigor de la ley, pero la queja de la delación calumniosa admite prueba por parte del que la hizo, pues 'probando sus proposiciones no caerá en pena por ende e fincará infamado aquel que acusa en la manera que debe' ¹³⁰.

13. *Violación*¹³¹

De la gravedad de este delito se hizo cargo un fiscal al expresar que "este crimen que envuelve en sí otros tantos cuantas circunstancias han intervenido en su ejecución por su gravedad es mirado con horror por las leyes como ofensivo de la seguridad de los ciudadanos, perturbador del orden público y destructor del honor de las familias, que se equipara en el derecho a la vida, quita muchas en una sola cuantas son las personas interesadas en el honor de la ofendida, por cuya razón imponen las leyes la pena" de muerte¹³².

14. *Delitos cometidos por funcionarios*

Especialmente, señaló un fiscal "que hay notable diferencia entre los delitos de particulares, y gente privada, y los excesos que por los jueces, y otras personas públicas se cometen en el ejercicio de sus respectivos cargos, y empleos según la calidad de ellos. Contra los primeros se procede por los tribunales, y juzgados competentes, conforme a las reglas de derecho, constando del cuerpo del delito, y en cuanto a los segundos, especialmente si ejercen jurisdicción, se reserva el procedimiento para el juicio de residencia, a menos de que el que particularmente se instruye, ya sea civil, ya criminal, use la parte perjudicada de la acción que le corresponda por los méritos de las mismas actuaciones, sin que por cierto se autorice, o defienda la impunidad de los delitos públicos, desorden, o inquietud popular, o de familias, en que incurran los jueces, porque en uno u otro caso, induce la razón política y económica, a la precisión de

¹³⁰MGV, 106-7.

¹³¹ÁVILA MARTEL, *op. cit.* (n. 4), 103-4.

¹³²MGV, 243.

contener y refrenar con la condigna coerción el mal ejemplo y escándalo, que semejantes delitos causarían si se difiriese la pena, y el escarmiento para el juicio incierto de un delegado, dejando ínterin consentido el dolo del contraventor a las leyes con detrimento de la causa pública, y el pernicioso efecto de tan perjudicial connivencia”¹³³.

15. *Cuerpo del delito*

La imposición de las penas ordinarias requirió de la comprobación del cuerpo del delito. Los fiscales definieron su concepto.

“En un homicidio no basta que aparezca un cuerpo muerto violentamente, es menester también que aparezca inferida esta violencia por una acción externa del que sea capaz de delinquir. De otra suerte podría decirse cuerpo del delito el que fuese causado por la cosa inanimada o por el irracional, cuyos movimientos no participan de la bondad o malicia que tienen en sí las acciones de los que pueden llamarse delincuentes”¹³⁴.

El cuerpo del delito se componía en ese caso de la prueba de la herida, su reconocimiento para saber si era mortal o curable, y la prueba del fallecimiento, y del lugar donde fue enterrado el cadáver¹³⁵.

Aunque ante una muerte no se había practicado diligencia alguna para comprobar el cuerpo del delito, “respecto de que enteramente se quemó el rancho, y que no pudieron quedar vestigios, según lo que declaran sus dueños habría sido ineficaz la diligencia... Lo contrario sería por una solemnidad no necesaria, favorecer a este delincuente conocido, y que le ayudase también la ignorancia de aquel juez, o falta de advertencia, y todos los demás embarazos que ofrecen lo dilatado de las campañas, en que no es fácil combinar todas las circunstancias, ni vestir un sumario con la competente solemnidad, faltando como faltan las proporciones que se encuentran en las poblaciones; y así basta en el caso presente la justificación que hay del cuerpo del delito y es aún más eficaz que si el dicho juez hubiese pasado al lugar del incendio, y resultase por diligencia que no había ya habitación, adonde se descubría la hubo”.

“Ni tampoco se debe tener consideración a que el incendio se verificó en un rancho de paja. La habitación quemada por más que el defensor del reo quiera titularla choza, o cabaña, no lo es tal, es habitación de una familia para siempre, no como la choza, o cabaña que es provisional; aunque sea endeble y de poco valor, no por eso deja de gozar de los

¹³³JMP, II, 579.

¹³⁴MGV, 141.

¹³⁵MGV, 157.

mismos privilegios para su seguridad que una casa de ciudad, villa, o lugar; su misma debilidad, y exposición al fuego por ser de paja su techo, hace más punible el haber atentado contra ella”¹³⁶.