



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN HISTORIA**

**“CON POCO TEMOR DE DIOS Y EN MENOSPRECIO DE LA REAL JUSTICIA”
LOS CRÍMENES ATROCES EN LA JURISDICCIÓN DE LA SALA DEL CRIMEN DE
LA REAL AUDIENCIA DE MÉXICO (1568-1700)**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN HISTORIA**

**PRESENTA:
OSCAR HERNÁNDEZ SANTIAGO**

**TUTOR PRINCIPAL: DR. JORGE EUGENIO TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ
(Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM)**

**COTUTORES: DRA. MARTHA PATRICIA IRIGOYEN TROCONIS
(Instituto de Investigaciones Filológicas de la UNAM)**

**DR. LEOPOLDO LÓPEZ VALENCIA
(El Colegio de Michoacán)**

Ciudad de México, enero de 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. JURISDICCIÓN Y PROCESO	
1.1. La construcción de una jurisdicción	13
1.2. Conflictos	21
1.3. El proceso criminal del Antiguo Régimen: generalidades	28
1.4. El proceso: sus etapas	34
2. EL HOMICIDIO	
2.1. Definiciones legales y doctrinales	50
2.2. La mulata Melchora ¿muerte no intencional?	57
2.3. La ebriedad	65
2.4. La pena del saco novohispana	73
3. LAS LESIONES	
3.1. Definiciones legales y doctrinales	83
3.2. Los peligrosos caminos de la ciudad	88
3.3. Sobre golpes y hurtos	98
3.4. Cuando la justicia lastimaba	103

	Pág.
4. CRÍMENES SEXUALES	
4.1. Proemio	118
4.2. La fama y la honra	121
4.3. El adulterio	125
4.4. El estupro	137
4.5. El incesto	146
4.6. El pecado nefando	151
5. TEOLOGÍA Y DERECHO	
5.1. Crimen y pecado	161
5.2. La culpa y el dolo	166
5.3. El arbitrio judicial y la conciencia del juez	172
5.4. La misericordia	183
5.5. La naturaleza de la pena	189
CONCLUSIONES	190
FUENTES	204

INTRODUCCIÓN

A. Objeto

El objetivo general del presente trabajo consistirá en explorar a la justicia criminal del Antiguo Régimen dentro de su especificidad novohispana. El título *Con poco temor de Dios y en menosprecio de la Real Justicia*, frase presente en casi todos los juicios criminales de la época, nos ayuda a descifrar los dos pilares sobre los que se sustentaba este orden jurídico y que eran socavados cuando se producía una conducta criminal: Dios y el Rey.

La segunda parte del título (*Los crímenes atroces en la jurisdicción de la Sala del Crimen, 1568-1700*) nos indica la materia y el marco temporal y geográfico. La investigación se centrará entonces en la jurisdicción de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México y en un período muy específico: desde su fundación (1568) hasta las postrimerías de la *Recopilación de las Leyes de Indias* (1700), justo en el cambio de dinastía.

Para llegar a este punto analizaremos los crímenes que dentro de la praxis judicial novohispana eran considerados los más graves o, en el lenguaje de la época, los más “atroces” o “gravísimos”. Pero ¿en qué consistían? Primeramente debemos recalcar que el vocablo *atrocitas*, al igual que otros conceptos de la época como el de *enormitas*¹, era bastante flexible, por lo que su contenido variaba siempre acorde a los lugares y a las temporalidades en que era utilizado.²

En este mismo sentido, Isabel Ramos indica que no ha existido en la variada doctrina penal europea una definición precisa del concepto y, siguiendo a otros autores, agrega que quizás se haya debido a “una maniobra política

¹ Giovanni CHIODI, “Crimini enormi e tortura *ex processu informativo*: una violazione dei diritto di difesa dell’ imputato?”, en *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, No. 13, 2016, pp. 72-107.

² El mejor estudio para el caso de estos crímenes lo constituye: Julien THÉRY, “Atrocitas/enormitas. Esquisse pour une histoire de la catégorie de ‘crime énorme’ du Moyen Âge à l’époque moderne”, en *Clio-Themis. Revue électronique d’histoire du droit*, No. 4, 2011. Disponible en: <http://www.cliothemis.com/Atrocitas-enormitas-Esquisse-pour>. [Consultado el 10 de enero de 2014]. Adolf Berger nos dice al respecto sobre esta palabra: El atributo es aplicado a ciertos crímenes realizados con particular violencia y crueldad, por lo que implican una mayor culpabilidad y un severo castigo”. Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953, p. 368.

para favorecer una mayor eficacia represiva del sistema penal”.³ Tampoco hay concordancia sobre el origen de la palabra, aunque como nos señala Julien Théry, la palabra fue utilizada sesenta y cuatro veces en la compilación justiniana. De cualquier forma, la palabra se expandió entre la *communis opinio* de los juristas europeos.

Julio Claro, notable tratadista italiano, y de gran influencia en el siglo XVI y XVII, intentó aglomerar a un conjunto de crímenes en la categoría de atroces, pero fue omiso en aportar una definición sobre ello:⁴

[Son crímenes atroces] el de la rebelión, el de Lesa Majestad, el de homicidio cometido con propósito, el de falsificación de moneda, el de un tercer homicidio, es decir, el cometido por aquel que hubo cometido antes otros dos homicidios, aunque no hubiese sido condenado por ellos. El de herida infligida a traición, el de la tercera tonsura o disminución de las monedas, el del rapto de una virgen nacida de padres honestos, aunque no haya habido cópula, el del uso de la fuerza contra una virgen sagrada en su hábito dentro del monasterio, la sodomía, el asalto a mano armada por ladrones famosos en los caminos; y la falsificación de las estatuillas del Príncipe o del Senado”.⁵

En un nivel más práctico que doctrinal las cosas podían variar. Para Sebastián de Covarrubias, la palabra, ya romanceada, significaba “áspero, cruel, de atroz y horrendo aspecto”. Por lo que respecta a los crímenes atroces, agregaba un significado mucho más amplio y en el que se podía encuadrar prácticamente cualquier conducta: “Llamamos delitos atroces los que en sí tienen infidelidad contra Dios, y contra el Rey: traición, crueldad e impiedad contra el próximo”.⁶ De esta definición se desprendían los elementos que los

³ Isabel RAMOS VÁZQUEZ, “La represión de los delitos atroces en el derecho castellano de la Edad Moderna”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, No. 26, 2004, pp. 258-259.

⁴ Aunque las definiciones en ese momento eran prescindibles, ya que el derecho se encontraba en una textura abierta, de amplios márgenes, por lo que una definición, dentro de la tradición del *ius commune* y del derecho romano, resultaba muchas de las veces peligrosa: “Toda definición en derecho civil es peligrosa”. D. 50.17.202.

⁵ Julio CLARO, *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis*, Lugduni, Ioannem Pavihe, 1661, p. 342.

⁶ Sebastián de COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana, o española*, Madrid, Impresor Luis Sánchez, 1611, p. 102v. Vemos que Covarrubias nos otorga dos características inherentes a estos crímenes: “cruelles e impíos”. Sobre la voz cruel nos dice Covarrubias: “Cruel, Latine crudelis, durus, inhumanus, ferus”. Sin embargo omite toda referencia a la voz impío. *Ibidem*, p. 249. El *Diccionario de Autoridades*, ya en el siglo XVIII, seguía en líneas generales la misma posición de Covarrubias y definía al vocablo como: “cruel, inhumano, y que en sí encierra toda malignidad, horror y exceso: como hecho atroz, hombre atroz, maldad atroz. Es tomado del latín *atrox*”. *Diccionario de Autoridades*, 1726, Tomo I. Disponible en: web.frl.es/DA.html. [Consultado el 11 de junio de 2016].

caracterizaban: “la infidelidad contra Dios y contra el rey”, es decir, mismos supuestos de la frase esgrimida en el foro jurídico y que da título a este trabajo.

En definitiva, la voz atroz, aquí utilizada no refleja lo dictado por la doctrina o la ley, es decir, no se trata, para este trabajo, de una categoría jurídica de consecuencias procesales, sino de una calificación moral para una conducta reprochable digna de ser conocida por los tribunales. Por lo tanto, en este trabajo he decidido englobar bajo ese concepto a todos los delitos en los que tanto querellantes como letrados se expresaban así de ellos con la frase “tan grave y atroz crimen/delito”.

Los crímenes elegidos para este proyecto fueron los de sangre (homicidio y lesiones) y los sexuales (adulterio, estupro, incesto y pecado nefando). No negamos que quizás otros crímenes como el de *lesa maiestatis* también constituyeran una clara expresión de la categoría atroz; sin embargo, consideramos que los comportamientos aquí abordados representaban la expresión más nítida de la ruptura del orden tanto divino como humano; además, es la fuente primaria, el expediente, la que así los denomina. Quizás en otras latitudes y en diversos contextos histórico-culturales, la palabra designaba a otros comportamientos.

En consecuencia, el presente trabajo buscará dar respuesta a los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles eran las funciones de la Sala del Crimen? ¿Existían conflictos internos y externos entre la Sala y otras jurisdicciones? ¿Cómo se desarrollaba el proceso criminal de esta jurisdicción? ¿Qué indicaba la doctrina y la legislación sobre los crímenes de homicidio, lesiones y sexuales? ¿Existía arbitrio judicial en las sentencias? ¿Cuál era el *stylus curiae* de la Sala al resolver estos crímenes? ¿Cómo se manifestaba la teología en el ámbito jurisprudencial?

B) Justificación

El análisis de estos crímenes, dentro de la particularidad novohispana, resulta imprescindible para comprender las dinámicas punitivas del derecho penal del Antiguo Régimen. Hasta hace poco, la historiografía se había decantado por mostrarnos una justicia rígida e inflexible. Recordemos tan sólo la imagen del suplicio del joven Damiens presentada por Michel Foucault en su obra *Vigilar y castigar*, una dramatización que, si bien francesa, repercutió en la percepción

sobre el derecho penal del Antiguo Régimen.⁷ Es verdad que este tipo de representaciones podían suceder, pero el fenómeno era más complejo y estos casos constituían la excepción a la regla.

En sentido opuesto, Saavedra y Fajardo recordaba al monarca en el siglo XVII que las leyes penales del reino “se significan por la espada símbolo de la justicia [...] los dos cortes de ella son iguales al rico y al pobre. No con lomos para no ofender al uno, y con filos para herir al otro”.⁸

La iconología también procuraba mostrar una justicia penal benigna, por lo menos así lo atestiguaban las miniaturas medievales y las pinturas del renacimiento, en donde Thémis o Astrea estaban siempre dispuestas a juzgar, pero acompañadas de la clemencia y el perdón.⁹

Sin embargo, desde el surgimiento del “positivismo jurídico”, entendido éste *grosso modo* como una supremacía de la ley respecto a las demás fuentes normativas, emergió entre los juristas una idea de ruptura con la tradición que buscaba reducir el derecho a la unicidad de la ley, pero no a la *lex* medieval cuya función era más ordenadora y con un sentido de búsqueda del bien común, sino a un nuevo concepto de ley que consistiría, desde entonces, en “volición autoritaria del titular de la nueva soberanía y caracterizado por los atributos de la generalidad y de la rigidez”.¹⁰

Así, a finales del siglo XVIII, el jurista novohispano Manuel de Lardizábal reflejaba en su obra el anhelo por la edificación de un nuevo ordenamiento criminal para la Monarquía Católica. Sus palabras mostraban un profundo malestar en contra del rigor excesivo de las penas y del arbitrio del juez que dejaban al reo “en una larga y penosa incertidumbre de su suerte”. Desde su perspectiva, los destinos de la justicia criminal no debían seguir circunscritos al

⁷ Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002, pp. 6-8. Tampoco olvidemos el famoso “caso Calas”, cuya ejecución también sobresaltó a Voltaire.

⁸ Diego de SAAVEDRA Y FAJARDO, *Idea de un príncipe político christiano representada en cien empresas*, Amsterdam, Apud Ioh. laussonum Iunior, 1664, pp. 176-177.

⁹ Friedrich EBEL et al, *Römisches Rechtsleben im Mittelalter. Miniatures aus den Handschriften des Corpus Iuris Civilis*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988; Samuel Y., EDGERTON, *Pictures and Punishment. Art and criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Ithaca, Cornell University Press, 1985; Wolfgang PLEISTER y Wolfgang SCHILD (coords.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, Colonia, DuMont Buchverlag, 1988; y Mario SBRICCOLI, “La benda della giustizia. Iconografía, diritto e leggi penali dal Medioevo all’Età Moderna”, en *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 155-208.

¹⁰ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 32.

arbitrio de los jueces, sino que a partir de ese momento “sólo las leyes [podían] decretar las penas de los delitos, y esa autoridad [debía] residir únicamente en el legislador”.¹¹

Las principales detracciones al ordenamiento jurídico del Antiguo Régimen iban dirigidas a indicar la anarquía del mismo, producto de un aparente desorden tanto en la promulgación de la ley como en su aplicación. Debemos recordar que para la época no existía un derecho penal “racional” y “moderno”, propio de los códigos criminales del ochocientos. Antes bien, se trataba de un derecho en el que imperaba la casuística, de manera que el juez debía resolver conforme a la multiplicidad de circunstancias que intervinieran en la comisión del delito.

La crítica se fortaleció principalmente a partir de la oleada codificadora. En México también encontró ecos, como lo atestigua la prensa en los primeros años de la independencia:

Nos parece tan terrible el derecho de juzgar a los ciudadanos [...] que desearíamos ver este poder, no en tribunales permanentes, cuyos individuos tengan lugar y ocasión de consolidar la preponderancia que este poder les da, sino en poder de la ley, única fuerza que puede y debe juzgar. Por eso creemos muy útil la división de las decisiones judiciales, en decisiones sobre el hecho y sobre el derecho, la facultad de recusación concedida al reo hasta ciertos y delimitados límites prescritos por la ley; la división de la causa, en examen de la acusación y examen del delito; en fin, la variedad de jueces del hecho para las diferentes causas, según los nombramientos del magistrado superior y las recusaciones saludables, observadas en Inglaterra y la América unida, aumentan el imperio de las leyes, y disminuyen el de los jueces”.¹²

Años más tarde, en la exposición de motivos del código penal de 1871, igualmente quedó asentada la voluntad de otorgar a México una ley que se adecuara a su realidad, la cual era muy diferente a la de la Hispania medieval, cuya legislación había sido formada “por gobiernos absolutos, en tiempos de ignorancia” y si no se realizaba el cambio, agregaba la comisión redactora, se corría el peligro de “seguir como hasta aquí, sin más ley que el arbitrio,

¹¹ Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Imprenta de Repullés, 2ª ed., 1822, p. 22. Sobre el cambio a nivel penal véase Clara ÁLVAREZ ALONSO, “¿Neoclásicos o prerrománticos? La ilustración penal española entre la ‘barroca prohibición’ de interpretar las leyes y el principio de legalidad ‘revolucionario’”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Tomo I, No. 36, 2007, pp. 81-130.

¹² *La Sabatina*, 29 de junio de 1822, pp. 44-45.

prudente a veces y a veces caprichoso, de los encargados de administrar justicia”.¹³

Había nacido el principio de legalidad y, por consiguiente, el absolutismo de la ley que generaría un monopolio del poder y del uso legítimo de la fuerza por parte de los nacientes estados nacionales en detrimento del hibridismo jurídico y del pluralismo, con una especial acentuación de las diferencias entre lo público y lo privado. La ley se constituyó entonces en el espacio exclusivo de manifestación de la normatividad.

Así, el presente trabajo se rebela en contra de este modelo jurídico impuesto por el positivismo para recordarnos que, contrario a lo que se ha creído, el modelo conciliatorio y el represivo no son necesariamente sucesivos, sino que han convivido por largos períodos.¹⁴

C) Estado del arte

El fenómeno descrito en el apartado anterior tuvo un fuerte impacto en la historiografía jurídica mexicana. Durante el siglo XX, ésta ha realizado muy pocos esfuerzos por comprender a la justicia criminal novohispana. Sobre la ausencia de estudios en este período y esta temática, ya llamaba la atención hace algunos años el profesor Sánchez-Arcilla: “son todavía muchos los interrogantes que se nos presentan en torno a algunos aspectos de la administración de justicia en general y de la aplicación de ésta en particular”.¹⁵

En contraste, la historia del derecho penal o historia del crimen (depende la perspectiva) ha sido fecunda en Europa, en donde son varios los trabajos que han pretendido desarrollar una historia desde un panorama continental.¹⁶

¹³ *Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República Mexicana para delitos contra la Federación*, Chihuahua, Librería de Donato Miramontes, 1883, pp. 7-8.

¹⁴ “[...] la historia del procedimiento se caracteriza por una oscilación continua entre la rigidez de las reglas y el poder discrecional de los jueces”. Antonio PADOA-SCHIOPPA, “Sur la conscience du juge dans le ius commune européen”, en Jean-Marie CARBASSE y Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (coords.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, París, 1999, p. 127.

¹⁵ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, “La Administración de Justicia inferior en la Ciudad de México a finales de la época colonial. I. La punición de la embriaguez en los Libros de Reos (1794-1798)”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 7, 2000, p. 311.

¹⁶ S. BODY-GENDROT (ed.), *Violence in Europe: Historical and Contemporary Perspectives*, Nueva York, Springer-Verlag; 2009; Clive EMSLEY et al., *Crime history and histories of crime. Studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history*, Connecticut, Greenwood Press, 1996, pp. 4-22 A. FOLLAIN (ed.), *La violence et le judiciaire du Moyen Age á nos jours. Discours, perception, pratiques*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008;

Pero es en Alemania, Italia, Francia y España en donde la labor ha sido ingente y desde muy diversas perspectivas.¹⁷ Es este último país el que más nos interesa destacar por su cercanía con nosotros en las instituciones jurídicas y de las cuales fuimos depositarios.

Desde la imprescindible obra de Francisco Tomás y Valiente¹⁸, han sido varios los foros y autores que han abordado la materia desde temáticas y periodos muy diversos. De todos éstos nos interesa resaltar la obra del profesor José Sánchez-Arcilla.

Sus trabajos, aunque eminentemente hispánicos,¹⁹ han tenido también un impacto notable en nuestro país, ya que ha dedicado varias páginas al derecho penal de la Nueva España.²⁰ Ha reunido en torno a él a un grupo de investigadores, quienes a través de un análisis sistemático de los archivos

Karl HÄRTER, "Violent Crimes and Retaliation in the European Criminal Justice System between the Seventeenth and Nineteenth Century", en *Max Planck Institute for European Legal History. Research paper series*, Fráncfort del Meno, No. 1, 2013; R. MC MAHON (ed.), *Crime, Law and Popular Culture in Europe, 1500-1900*, Cullompton, Willan, 2008; ; Xavier ROUSSEAU, "From Medieval Cities to National States, 1350-1850: the historiography of crime and criminal justice in Europe", en Clive EMSLEY y Louis A. KNAFLA, *Crime history and histories of crime. Studies in the historiography of crime and criminal justice in modern history*, Connecticut, Greenwood Press, 1996, pp. 4-22; Julius R. RUFF, *Violence in Early Modern Europe. 1500-1800*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; y P.. SPIERENBURG, *A history of murder. Personal violence in Europe from the Middle Ages to the present*, Cambridge, Polity Press, 2008.

¹⁷ Las cantidad de trabajos es inabarcable, por ende remitimos a los siguientes análisis historiográficos de los países mencionados: R. J. EVANS, *Rituals of Retribution. Capital punishment in Germany 1600-1987*, Oxford, Oxford University Press, 1996; Tomás MANTECÓN, "Los impactos de la criminalidad en sociedades del Antiguo Régimen: España en sus contextos europeos", en *Vínculos de Historia*, No. 3, 2014, pp. 54-74; Aniceto MASFERRER, "La historia penal española del siglo XX. Una aproximación a sus principales líneas temáticas y metodológicas", en *Rudimentos legales. Revista de Historia del Derecho*, No. 5, 2003, pp. 29-126; y R. Wirtz, "Aspetti della storiografia tedesca sulla criminalità", en *Quaderni Storici*, No. 46, 1981, pp. 212-224.

¹⁸ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía absoluta: siglos XVI-XVII-XVIII*, Madrid, Tecnos, 1969.

¹⁹ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, "Notas para el estudio del aborto en el Derecho histórico español", en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 8, 1986, pp. 13-40; "Notas para el estudio del homicidio en el derecho histórico español", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 72, 1986-1987, pp. 513-574; y *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990.

²⁰ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, "La administración de justicia inferior en la ciudad de México a finales de la época colonial: (I) La punición de la embriaguez en los Libros de Reos (1794-1798)", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 7, 2000; "Robo y hurto en la ciudad de México a fines del siglo XVIII", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 8, 2001, pp. 43-110; "Fondos del Archivo General de la Nación de la ciudad de México: los 'libros de reos' y las 'cuerdas de reos' como fuentes para el estudio de la criminalidad en la Nueva España a fines del periodo colonial", en *Clío y Crimen*, No. 10, 2013, pp. 157-175; "La delincuencia femenina en México a finales del siglo XVIII", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 20, 2013, pp. 89-154; y *Jueces, criminalidad y control social en la ciudad de México a finales del siglo XVIII*, Madrid, Dykinson, 2016.

hispanos han intentado ofrecer una visión contraria a la ofrecida por Francisco Tomás y Valiente, en la que el arbitrio judicial, lejos de significar un menoscabo en los derechos del reo, permitía valorar de forma flexible las múltiples circunstancias que influían en su comportamiento, lo que se traducía en una mitigación de la pena.²¹

A nivel Latinoamérica, el trabajo se ha ido ampliando, como lo ha indicado Ricardo Salvatore.²² De este cúmulo de obras destacan Alejandro Agüero²³ y Tamar Herzog²⁴, quienes analizaron las prácticas criminales en Córdoba del Tucumán y Quito, respectivamente.

Para el caso de México, llama la atención que el primer gran tratado de historia del derecho patrio, la obra de Toribio Esquivel Obregón, no haya dedicado línea alguna a la justicia criminal.²⁵ Este fenómeno parece haberse mantenido durante las décadas siguientes.²⁶

Después de la segunda mitad del siglo XX, el profesor Guillermo Floris dio un nuevo impulso al estudio del derecho y la justicia legando a las generaciones venideras una escuela cuya influencia aún pervive.²⁷ Sin embargo, parecía no simpatizar mucho con la justicia criminal novohispana, tal y como ejemplifica con el siguiente párrafo, cuyas palabras no precisan de glosa:

Que el derecho penal virreinal haya sido menos evolucionado que el civil y el administrativo, y se nos presente a menudo como un derecho carente de sentido común y de psicología, tan antipático para el cerebro como para el corazón, no es nada sorprendente. Desde la época clásica romana, el derecho penal se había quedado atrás en comparación con el privado, y sólo en la segunda mitad del siglo XVIII, por la obra del marqués de Beccaria [...] pudo comenzar aquel movimiento de

²¹ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, “¿Arbitrariedad o arbitrio?: El otro derecho penal de la otra Monarquía (no) Absoluta”, en José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, (coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen: España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 9-46.

²² Ricardo D. SALVATORE, “Criminal justice history in Latin America: promising notes”, en *Crime, History and Societies*, Vol. 2, No. 2, 1998, pp. 5-14.

²³ Alejandro AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, CEPC, 2008.

²⁴ Tamar HERZOG, *La administración como un fenómeno social: La justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, CEPC, 1995.

²⁵ Toribio ESQUIVEL OBREGÓN, *Apuntes para la historia del derecho en México [1943-1948]*, México, Porrúa, 2 vols., 2004.

²⁶ Pablo Mijangos dedica sólo unas cuantas páginas sobre esta temática, a pesar de haber realizado una labor historiográfica monumental, pero con claro énfasis en la temática constitucional. Pablo MIJANGOS, *El nuevo pasado jurídico mexicano*, Madrid, Dykinson, 2011.

²⁷ Jaime del ARENAL FENOCCHIO, “De Altamira a Grossi: presencia de historiadores extranjeros del derecho en México”, en *Historia Mexicana*, Vol. LV, No. 4, 2006, pp. 1467-1495.

racionalización y humanización del derecho penal en el cual cada generación ha producido, desde entonces, algunos nuevos adelantos.²⁸

Esta visión, puede todavía ser encontrada en alguno que otro libro contemporáneo:

[Los vicios de la justicia indiana eran] la menor preparación técnica de los corregidores y alcaldes mayores, la relativa a la confusión de materias de justicia y gobierno y la igualmente indicada complejidad del proceso. Junto a ellas se recogen la lentitud del procedimiento, el excesivo protagonismo de la arbitrariedad judicial, el elevado coste del proceso, el desconocimiento por parte de los indios de las complejidades técnicas y de los vericuetos del sistema procesal, la escasez de salarios de todos los que participaban en la administración de justicia desde diferentes ocupaciones, una cierta despreocupación por parte de las autoridades superiores en relación a los asuntos de justicia, deficientes mecanismos de control, etc.²⁹

En general esta fue la imagen que pervivió durante los años venideros, pero en las últimas décadas la situación ha mejorado.³⁰ Los trabajos de Gabriel Haslip-Viera³¹, Elisa Speckman³², Graciela Flores³³, Odette Rojas³⁴, Teresa Lozano³⁵ y Víctor Gayol³⁶ han vuelto a colocar la mirada en la justicia criminal. Es este último autor el que más cercanía temporal y temática tiene en su obra con el trabajo que aquí presentamos, mas su libro va dirigido a desentrañar la labor de los procuradores en la Real Audiencia de México.

Especial atención merece el trabajo de Susana García León³⁷ (discípula del profesor Sánchez-Arcilla), en donde desmenuza las peculiaridades del

²⁸ Guillermo Floris MARGADANT S., *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1971, pp. 124-125.

²⁹ Manuel TORRES AGUILAR, *Teatro de iniquidad: un escenario de abusos en la justicia de Nueva España*, Messina, Rubbetino, 2001, p. 15.

³⁰ Elisa SPECKMAN GUERRA y Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ, "La justicia penal: estado actual de la investigación histórica", en Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL y Sergio GARCÍA RAMÍREZ (coords.), *La situación actual del sistema penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM-INACIPE, 2011, pp. 291-304.

³¹ Gabriel HASLIP-VIERA, *Crime and punishment in late colonial Mexico City, 1692-1810*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1999.

³² Elisa SPECKMAN, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, El Colegio de México, 2002.

³³ Graciela FLORES, *La justicia criminal ordinaria en tiempos de transición. La construcción de un nuevo orden judicial*, México, UNAM, 2018.

³⁴ Odette ROJAS, *El caso de Joaquín Dongo. Ciudad de México, 1789: Un acercamiento a la administración de justicia criminal novohispana*, México, Ubijus, 2017.

³⁵ Teresa LOZANO, *La criminalidad en la ciudad de México 1800-1821*, México, UNAM, 1987; y *No codiciarás la mujer ajena. El adulterio en las comunidades domésticas novohispanas. Ciudad de México, Siglo XVIII*, México, UNAM, 2005.

³⁶ Víctor GAYOL, *Laberintos de justicia. Procuradores, escribanos y oficiales de la Real Audiencia de México (1750-1812)*, México, El Colegio de Michoacán, 2 vols., 2007,

³⁷ Susana GARCÍA LEÓN, *La justicia en la Nueva España. Criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos XVII y XVIII)*, Madrid, Dykinson, 2012.

proceso criminal en la pequeña corregiduría de Teposcolula en la Nueva España, al margen de la justicia criminal de la Real Audiencia de México.

Por lo que respecta a las instituciones procuradoras de justicia, la investigación ha sido más amplia. Sólo destacamos los trabajos pioneros de Woodrow Borah³⁸ José Luis Soberanes³⁹, Teresa Lozano y María del Refugio González⁴⁰, y Jorge Traslosheros⁴¹, quienes han dado espacio en sus amplias obras a la temática penal.

D. Fuentes

En lo que respecta a las fuentes, en el presente trabajo intentaré ser lo más equilibrado posible en cuanto a su utilización. Recordemos brevemente que en este período eran cuatro las principales fuentes del derecho: ley, doctrina, decisiones judiciales y costumbre. Con excepción de esta última, abordaremos a las demás sin prevalencia de ninguna de ellas, pues en aquel momento, la ley no se había erigido aún como la máxima fuente de expresión jurídica. Precisamente, muchos autores han indagado en el derecho de esta época con base exclusiva en la ley y sin atender a sus otras manifestaciones. Desde hace décadas, el profesor Rafael de Altamira y Crevea ponía el dedo en la llaga y mostraba una falencia general de los estudios de derecho indiano en este aspecto y a la cual llamaba “celulitis”.

Los expedientes aquí analizados forman parte tanto del Archivo General de Indias (fondo México) como del Archivo General de la Nación (ramos criminal, indiferente virreinal y reales cédulas). De este último archivo serán setenta y cinco los expedientes analizados. En estos folios se intentará descubrir las peculiaridades del proceso criminal novohispano y la forma en que juzgaba la Sala del Crimen. Serán ellos la primera voz del coro en la obra que se procede a presentar.

Y aunque el expediente es irremplazable para conocer a esta justicia en su nivel práctico, su entendimiento resulta incompleto si no analizamos de

³⁸ Woodrow BORAH, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, FCE, 1985.

³⁹ José Luis SOBERANES (comp.), *Los tribunales de la Nueva España*, México, UNAM, 1980.

⁴⁰ Teresa LOZANO y María del Refugio GONZÁLEZ, “La administración de justicia”, en Woodrow BORAH *et al*, *El gobierno provincial en la Nueva España*, México, UNAM, 1985.

⁴¹ Jorge TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528-1688*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.

manera simultánea a los tratadistas (teólogos y juristas) y a la legislación. En consecuencia analizaremos las opiniones vertidas por los autores del derecho civil, derecho canónico y teología moral. Especial atención merecerán las opiniones de los teólogos juristas españoles de los siglos XVI y XVII, cuyas obras marcaron el origen de la moderna ciencia penal, quienes para nuestro beneplácito convergen en el período aquí estudiado.

En palabras del reconocido profesor André Laingui: “El estudio estadístico o sociológico de las decisiones judiciales, emancipado de su contexto legislativo y doctrinal, está condenado a dar una visión imperfecta del fenómeno criminal”.⁴²

Tampoco olvidamos a las obras literarias, en cuyas páginas hay menciones constantes a la justicia, y aunque a veces éstas parezcan demasiado chuscas, dramáticas o sarcásticas, nos permiten entender, sin los amarres de las fuentes netamente jurídicas, una cara diferente del fenómeno judicial.

Recordemos también que en aquel momento todo este entramado jurídico se nutría de la experiencia de la cultura católica. De esta forma, todos estos elementos estaban en un constante diálogo, nutriéndose el uno al otro, sin caer en la característica petrificación jurídica del derecho moderno.

Por consiguiente, en el capítulo primero analizo el recorrido histórico que tuvo la Sala del Crimen en su conformación, estudio los conflictos suscitados en su interior así como los que la confrontaron con otras jurisdicciones. Además, abordo el procedimiento criminal que regía en ella, e intento determinar las singularidades de éste y sus semejanzas con la normatividad (tratadistas y leyes).

En el segundo capítulo estudio el crimen de homicidio, quizás el crimen más atroz entre los que haya. Analizó sus diversas manifestaciones como eran: no intencional, por ebriedad y concluyo con un interesante caso que demuestra la inclusión de la *poena cullei* en la Nueva España.

El tercer capítulo trata el crimen de lesiones, el cual incluye, más que a ningún otro, diversas conductas criminales (golpes, heridas, porrazos, etc.),

⁴² André LAINGUI, “Le droit penal canonique, source de l’ancien droit penal laïc”, en *Églises et pouvoir politique. Actes de journées internationales d’histoire du droit d’Angers*, Université d’Angers, 1987, p. 213.

pero que en esta obra hemos decidido englobar en un mismo tipo por considerar que eran conductas de características semejantes, cuyo único fin consistía en ocasionar un daño físico a otra persona.

Dentro del cuarto capítulo analizamos los crímenes sexuales (adulterio, estupro, incesto y pecado nefando), los cuales eran, al igual que el homicidio, casos muy excepcionales dentro de esta jurisdicción.

Finalmente, en el quinto y último capítulo procedemos al estudio de la teología, fundamento y fuente primigenia de este orden. Este último apartado nos servirá para entender el sustrato cultural en que se enmarcaba la justicia penal novohispana.

Así, en este lenguaje forense podremos ver la búsqueda de la concordia y la pacificación de la comunidad cristiana, una justicia que pretendía instruir a los individuos para que actuaran como buenos cristianos y perdonaran a quienes los habían injuriado, para así lograr la reconciliación con Dios.

CAPÍTULO 1

JURISDICCIÓN Y PROCESO

Sumario: 1.1 La construcción de una jurisdicción; 1.2. Conflictos; 1.3. El proceso criminal del Antiguo Régimen: generalidades; 1.4. El proceso: sus etapas

1.1. La construcción de una jurisdicción

Bártolo, uno de los juristas medievales más célebres, señalaba en su obra que la *iurisdictio* era el “poder público introducido por la necesidad de juzgar conforme a derecho y equidad”.⁴³ Aunque la definición mostraría diferentes alteraciones y matizaciones entre los publicistas medievales subsiguientes, ésta, en lo particular, sería la más imitada entre los autores del *ius commune* de los siglos posteriores, quienes se encargarían de establecer diferentes gradaciones al término: *iurisdictio ordinaria*, *iurisdictio delegata*, *iurisdictio voluntaria*, *iurisdictio contentiosa*, *iurisdictio plena* y *iurisdictio minus plena*.

Estas categorías servían para comprender al orden jurídico medieval como una entidad completamente fragmentada en la que existían varias autoridades yuxtapuestas que interactuaban entre sí sobre una misma base territorial o sobre diversos *stati* de las personas, a veces coincidentes y a veces disímbolas, es decir, las fronteras políticas medievales estaban disociadas así del principio de territorialidad. La pluralidad y la fragmentariedad eran las características que marcaban a este ordenamiento.⁴⁴

Sin embargo, no debe observarse a esta pluralidad como un aspecto pernicioso, sino que a pesar de esta aparente colisión, existían al interior del sistema categorías perfectamente delineadas que permitían, ante el surgimiento de una controversia, una respuesta inmediata para su resolución apelando a la jerarquización. Se trataba de un sistema que era “presentado como una una estructura vertical, compuesta de relaciones de poder que

⁴³ “*Iurisdictio est potestas de iure publico introducta cum necessitate ius dicendi, et aequitatis tanquam a persona publica statuendae*”. Citado por Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, CEC, 1992, p. 45.

⁴⁴ Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 59-100.

podían ser definidas, en oposición a otras, como inferiores o superiores; este proceso vertical de poder venía de la idea de jerarquía”.⁴⁵

La resolución de estos conflictos no siempre era fácil pues cada una de estas autoridades o corporaciones disponía de un linaje diferente que le otorgaba legitimidad, aunque no existía un desequilibrio total entre ellas.⁴⁶ En el derecho común, ante el eventual caso de una disputa entre jurisdicciones en materia criminal, regía el principio de que un estatuto “no puede disponer afuera de su territorio y en las personas que no son sus súbditos”. Así cuando un delito se cometía en los límites entre dos jurisdicciones, como podía ser el caso de una calle que dividía dos comunidades, estábamos en presencia de una *promiscuae iurisdictionis* y se resolvía con base en el *locus commissi delicti* y el *locus originis*.⁴⁷

Bártolo de Saxoferrato, el más importante jurista medieval, agregaría a su *Digestum Vetus* un *arbor iurisdictionum* en el que explicaba que “la jurisdicción se divide en imperio y jurisdicción. El imperio es dividido en mero y mixto”.⁴⁸ El *imperium* era concebido como el máximo nivel de jurisdicción, tal y como indicaba el Digesto: “El imperio, o es mero, o es mixto. Mero imperio es tener potestad de espada para castigar a los hombres facinerosos, el cual también se llama potestad. Es mixto imperio, al cual está también aneja la jurisdicción, el que consiste en dar la posesión de bienes. La jurisdicción es también facultad de dar juez”.⁴⁹ Así, *imperium* y *iurisdictionis* podían ser entendidas como palabras con similar contenido y que reflejaban, en esencia, los límites del poder entre las diferentes y variadas jurisdicciones locales.⁵⁰

⁴⁵ Jesús VALLEJO, “Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An essay in Reinterpretation”, en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgechichte*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, Vol. XIX, 1992, p. 6.

⁴⁶ Para un entendimiento de la *iurisdictionis* resultan de imprescindible consulta: Pietro COSTA, *Iurisdictionis. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milán, Giuffrè, 1969; y Francesco CALASSO, “*Iurisdictionis* nel diritto comune clasico” en *Annali di Storia del Diritto*, Milán, Vol. 9, 1965, pp. 89-110.

⁴⁷ Paolo MARCHETTI, “I limiti della giurisdizione penale. Crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico medievale”, en Marco BELLABARCA (comp.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Berlín-Bolonia, Il Mulino-Duncker und Humblot, 2001, pp. 94-95.

⁴⁸ “*Iurisdictionis dividitur in imperium et iurisdictionem. Et imperium dividitur in merum et mixtum imperium*. Bártolo de SAXOFERRATO, *In primam Digesti Veteris partem*, Venecia, Iuntas, 1570, p. 45.

⁴⁹ D.2.1.3. Citado por Jesús VALLEJO, *Ruda equidad [...]*, p. 9.

⁵⁰ No debemos olvidar algunas disputas sobre los significados y alcances de estos términos en la historiografía jurídica. Cfr. Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, Madrid, Iustel-UNED, 2009, pp. 45-47.

Siempre ha sido notable la anécdota sobre Enrique VI, rey normando, quien preguntó a Azo y a Lotario, dos conocidísimos juristas, quién detentaba el *merum imperium*. La respuesta de Lotario fue que pertenecía al soberano, mientras que Azo le contestó que se encontraba en sus posesiones. Al final, el rey regaló a Lotario un caballo y Azo quedó con las manos vacías. Este último concluyó que por intentar ser justo, la justicia había sido injusta con él.⁵¹

La anécdota nos permite valorar la forma en que los príncipes fueron obteniendo, con base en las interpretaciones y glosas de los juristas, una mayor concentración de sus facultades jurisdiccionales. El fenómeno no sería exclusivo de Castilla o de alguna entidad política en concreto, sino que era un tema recurrente en la literatura de las diversas entidades territoriales europeas, como lo atestigua la historiografía sobre el tema.⁵²

Ahora podemos forjarnos una idea sobre quién se encontraba en el pináculo político de este esquema castellano: el rey, quien además era el máximo representante de la judicatura: era su corporeización.⁵³ Por consiguiente, poseía la facultad de impartir justicia, tal y como lo indicaban las *Partidas*: “El rey debe guardar las leyes a su hechura y a su forma porque recibe poder y razón para hacer justicia”.⁵⁴

De esta forma, hacia el siglo XIV, el rey comenzó a desenvolverse como fuente jurisdiccional (*fons totius iurisdictionis*) mediante la progresiva instauración de procedimientos (pesquisas y recursos) y la formación de los órganos impartidores de justicia (consejos, audiencias y corregidores).⁵⁵

Aunque las *Partidas* eran claras al indicar al rey como el encargado de impartir justicia (el pináculo del esquema jurisdiccional), en la praxis el proceso de maduración de acumulación del poder regio llevaría varios siglos más, y sería pausado y matizado, atendiendo siempre a las tensiones entre el rey y la

⁵¹ Anécdota recogida en Jesús VALLEJO, *Ruda equidad [...]*, p. 23 y Kenneth PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Los Angeles, University of California Press, 1993, p. 51.

⁵² Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET y Jean GAUDEMET, *Introduction historique au droit. XIII-XX siècles*, París, L. G. D. J., 2a ed., 2003, pp. 78-128.

⁵³ Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Vol. Extraordinario, 2010, pp. 303-356. Siempre resulta relevante el estudio de Ernst KANTOROWICZ, *The King's two bodies. A study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

⁵⁴ *Partida* 1, 1, 15.

⁵⁵ Carlos GARRIGA, “Justicia animada. Dispositivos de la justicia en la Monarquía Católica”, en *Cuadernos de derecho judicial*, No. 6, 2006, pp. 65-67.

pluralidad de fueros locales sobre los que se asentaba la Monarquía Católica, un conflicto entre los *iura propria* y el regalismo.⁵⁶

Debemos comprender que en esta relación, “el príncipe constituía el vínculo común, el punto de equilibrio, la clave suprema en que convergían las líneas autónomas de entidades políticas diferentes; pero la relación entre sus dominios era diversa”.⁵⁷ En síntesis, no estábamos ante la presencia de un absolutismo del príncipe y, por consiguiente, de su ley.⁵⁸

En 1371, el rey decidió fundar la primera Audiencia en Valladolid, la cual sería luego trasladada a Granada en 1505. Anteriormente, la justicia había sido itinerante y, en algunos casos, no lo dejaría de ser, pero el establecimiento de un foro otorgaba mayor seguridad y certeza a los súbditos para obtener justicia. Fue así como las Audiencias, tanto en Castilla como en Indias, se consolidaron como las instituciones por excelencia de la jurisdicción real.⁵⁹

Sus facultades no fueron del todo claras en un primer momento, pero a medida que se fortalecía el poder del príncipe, la Audiencia cobraba mayor significación y sus brazos se extendían por la península, por lo que no fue extraño que la Corona hubiera apresurado su establecimiento en las Indias, en 1511, en la isla de Santo Domingo.

Sin embargo, no todas las audiencias indianas compartían las mismas funciones e importancia, por lo que el profesor Antonio Dougnac las ha clasificado en “virreinales, presididas por un virrey; pretoriales, presididas por un presidente-gobernador; y subordinadas, presididas por un presidente letrado”.⁶⁰

Y aunque las audiencias se constituyeron en las máximas instituciones de impartición de justicia en Indias, no olvidemos que éstas se encontraban

⁵⁶ José Carlos HESLES BERNAL, *El vuelo de Astrea. Configuración jurídico-política de la Monarquía Católica*, México, Porrúa, 2005, p. 170.

⁵⁷ *Ibidem*, p. XVIII.

⁵⁸ Sobre el origen y desarrollo de este tópico véase: Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2003.

⁵⁹ Para un acercamiento a la variada composición de la justicia castellana e indiana véase: José Luis de las HERAS SANTOS, “La organización de la justicia real ordinaria de la Corona de Castilla durante la Edad Moderna”, en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, Valencia, No. 22, 1996, pp. 105-139; y Jorge Eugenio TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, “Orden judicial y herencia medieval en la Nueva España”, en *Historia Mexicana*, Vol. LV, No. 4, 2006, pp. 1105-1138.

⁶⁰ Antonio DOUGNAC, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994, p. 137.

supeditadas a un órgano de gobierno y de justicia superior: el Real y Supremo Consejo de Indias.⁶¹

La Audiencia de México (audiencia virreinal) sería instaurada mediante Real Provisión el 29 de noviembre de 1527, mientras que sus *Ordenanzas*, semejantes a las de la Audiencia de Santo Domingo, le serían otorgadas el 22 de abril de 1528. En ellas se indicaba que en caso de oscuridad de las mismas se atendería a las ordenanzas de Valladolid y Granada.⁶²

Recordemos también que el territorio de la Real Audiencia de México era vasto y comprendía “las provincias, que propiamente se llaman de la Nueva España, con las de Yucatán, Cozumel y Tabasco: y por la Costa de la Mar del Norte y Seno Mexicano, hasta el Cabo de la Florida: y por la Mar del Sur, desde donde acaban los términos de la Audiencia de Guatemala, hasta donde comienzan los de Galicia [...]”.⁶³

Debemos mencionar que una de las funciones de la Real Audiencia, según sus *Ordenanzas*, consistía en que los oidores tuvieran “mucho cuidado de que los Indios sean bien tratados como vasallos libres de su majestad e instruidos en la cosas de nuestra Santa Fe Católica por ser de lo que principalmente han de dar cuenta a su Majestad”.⁶⁴ Además de castigar, las Audiencias también ilustraban “en las cosas de la fe católica”. Por lo tanto, aparejada a su labor de justicia, existía un trabajo espiritual indudable.

Las audiencias sufrirían cambios en su estructura durante los años siguientes, derivado principalmente de las ordenanzas que la Corona les otorgó. En 1530 les fueron entregadas unas nuevas, y entre 1563 y 1590 las audiencias recibirían otras más, pero parecen no haber tenido aplicación en la Nueva España, tal y como señala.⁶⁵

En cuanto a su composición, estaba integrada por el virrey, quien fungía como presidente de la misma, y en orden de importancia le seguían los oidores y fiscales, cuyo número variaría durante los tres siglos del virreinato.

⁶¹ Sobre el origen de este Consejo y sus funciones primigenias véase: Demetrio RAMOS, *El Consejo de Indias en el siglo XVI*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1970.

⁶² La Audiencia de México en sus funciones administrativas y judiciales ha sido tratada con suficiencia en los siguientes estudios: Pilar ARREGUI ZAMORANO, *La Audiencia de México según los visitantes (Siglos XVI y XVII)*, México, UNAM, 1981.

⁶³ *Recopilación de las Leyes de Indias* (en adelante *Recopilación*), II, 15, 3.

⁶⁴ *Ordenanzas de la Real Audiencia de México*.

⁶⁵ Pilar ARREGUI ZAMORANO, *La Audiencia [...]*, pp. 14-20.

Durante los primeros años, los oidores fueron los encargados de impartir justicia en materia civil y criminal, pero a medida que las necesidades apremiaban se vislumbró la posible instauración de una Sala del Crimen para las audiencias de Lima y México. En una carta de 1564, el virrey Luis de Velasco, “el viejo”, solicitó al rey el establecimiento de una Sala del Crimen con alcaldes “como los hay en Valladolid y Granada y con la misma comisión y orden que ellas tienen”.⁶⁶

La petición del virrey se basaba en la excesiva carga de trabajo a la que eran sometidos los oidores. Ante la posibilidad de que el rey desestimara su reclamo, le proponía que “por la poca necesidad que hay de los oidores que residen en el Nuevo Reino de Galicia que son tres”, éstos fueran enviados como alcaldes del crimen a la Nueva España con el salario que ostentaban, mientras que para las labores de justicia de la Nueva Galicia bastaría “un caballero por gobernador que fuese hombre de bien y un letrado por alcalde mayor con que las apelaciones viniesen a esta Real Audiencia”.

Después de la visita del licenciado Jerónimo Valderrama en 1563, la Corona comprendió que los reclamos eran certeros y procedió a establecer las salas criminales en 1568 para que “los delitos fueran mejor castigados e inquiridos y puedan vivir con más quietud y sosiego”.⁶⁷

Respecto a su jurisdicción, quedó establecido que ésta cubriría una distancia de cinco leguas a la redonda de la sede de la Sala, e incluía conocer de los litigios criminales en primera instancia, mientras que para el resto del territorio novohispano funcionaba como tribunal de alzada, así lo indicaba la Real Cédula expedida para tal efecto:⁶⁸

[...] y que los dichos nuestros oidores de las dichas ciudades de Lima y México no traigan varas de justicia, ni hagan Audiencia de provincia, ni conozcan de los negocios criminales que solían conocer antes que hubiese los dichos alcaldes, sino que sólo se ocupen en despachar los negocios y pleitos civiles [...] y los dichos alcaldes en lo criminal, en las causas en que conocieren en primera instancia se ha de suplicar de su sentencia para ellos mismos y no ha de haber otra instancia, ni recurso y de las causas que hubiere conocido la justicia ordinaria, se ha de apelar para la sala de los alcaldes que han de conocer de la dicha causa en vista y revista [...]

⁶⁶ Archivo General de Indias (en adelante AGI), México, 19, N. 32, s/f.

⁶⁷ *Recopilación*, V, 3, 1.

⁶⁸ *Recopilación*, V, 3, 1.

Sin embargo, por otra cédula de 1571, se permitía a los alcaldes del crimen conocer asuntos fuera de esta jurisdicción, “en casos graves y habiéndolo consultado con el virrey”.⁶⁹

La Sala estaba integrada por cuatro alcaldes del crimen y así permanecería en los dos siglos siguientes. Además, la Sala necesitaba para el buen despacho de sus asuntos de diversos funcionarios subordinados: alguacil mayor, teniente, relatores, escribanos de cámara, abogados, tasadores, repartidores, receptores ordinarios, procuradores, intérpretes y portero.

Las cédulas fueron nítidas en prohibir a los alcaldes entrometerse en cuestiones de gobierno⁷⁰, y tampoco podían aprehender al corregidor de la ciudad de México.⁷¹ Aunque también eran claras en apremiar a los alcaldes para juzgar de manera efectiva: “porque la parte especial del buen gobierno, paz y quietud de nuestros vasallos consiste en la administración de la justicia mandamos a los nuestros alcaldes del crimen [juzguen] con particular cuidado los delitos que se cometieren para castigarlos sin omisión alguna y excepción de personas ni otros respectos [...]”.⁷²

Sobre la cotidianidad de las actividades de la Sala, el profesor Antonio Dougnac ha indicado la forma en que laboraban los alcaldes del crimen:

Debían comenzar éstos en el verano a las 7 a.m. y en invierno a las 8 a.m. permaneciendo por tres horas para oír relaciones y pleitos. Si conviniera, podían quedarse una hora más para hacer audiencias y publicar sentencias, lo que necesariamente debía hacerse martes y viernes. Los lunes y jueves, a las 3 p.m. en invierno y 4 p.m. en verano, debían hacer acuerdos y si cayeren en feriados, se haría la sesión al día siguiente hábil [...] Los jueves correspondía que el presidente, oidor decano y fiscal participaran en la junta de hacienda. Dos días cada semana y los sábados (salvo que hubiera pleitos de pobres) debían verse los juicios de indios. A las sesiones de la Audiencia debían acudir por lo menos tres oidores, penándose con pérdida de su emolumento diario a los que no asistieran [...].⁷³

⁶⁹ *Recopilación*, V, 3, 9.

⁷⁰ *Recopilación*, V, 3, 7.

⁷¹ *Recopilación*, V, 3, 13.

⁷² *Recopilación*, V, 3, 8.

⁷³ Antonio DOUGNAC, Antonio, *Manual de [...]*, pp. 142-143. José Luis Soberanes también nos ha descrito un día normal en la vida de la Real Audiencia: “Las labores iniciaban a las 7:30 con la asistencia a misa. Lunes, miércoles, jueves y sábados se oían relaciones de las 8:00 a las 11:00; martes y viernes los trabajos se extendían por haber audiencias públicas. En las tardes de lunes y jueves había real acuerdo”. José Luis SOBERÁNES FERNÁNDEZ, *Los Tribunales de la Nueva España*, México, UNAM, 1980, pp. 69-70.

Si bien las leyes no lo enuncian, funcionó además una cofradía llamada “de la caridad”:

[...] para que diese de comer a los pobres presos de ella y a los de la cárcel de la ciudad y señalaron en ellas aposentos que sirviesen de capillas, donde cada día se dijese misa y hubiese capellanes nombrados para este efecto y aposentos de enfermerías y aposentos médicos y cirujanos y boticario que diese las medicinas que fuesen necesarias para los tales pobres presos y mediante este nombramiento acudieron algunos vecinos honrados movidos de caridad que se asentaron por hermanos.⁷⁴

Los alcaldes también tenían algunas prohibiciones, entre ellas la más llamativa era la relativa a que ni ellos ni sus hijos se casaren “sin particular licencia” del rey. La medida era necesaria para evitar cualquier forma de “vínculo” con los poderes fácticos novohispanos, situación que podía ocasionar una falta grave a las funciones de los alcaldes.⁷⁵

Sin embargo, a veces resultaba necesario que los hijos de los alcaldes se casaran. En estos casos, el virrey enviaba al monarca un detallado memorial de sus virtudes, el cual servía como sustento para que la propuesta fuera aceptada. Así sucedió en 1606 con el alcalde Antonio de Morga, quien a través de la intercesión del virrey Juan de Mendoza y Luna, marqués de Montesclaros, solicitó el permiso para casar a sus hijos. En su ruego, el virrey evocaba a la Corona que el alcalde había “gastado muchos años fuera de su casa en las ocupaciones referidas y [...] no le conozco más hacienda en las Indias que su plaza y téngole por hombre de gran condición”.⁷⁶

Al parecer la carga de trabajo en la Sala continuaba siendo inacabable, pues en 1594 el virrey Velasco solicitó al rey que fuera enviado otro fiscal para los negocios criminales, ya que el único con el que contaba la audiencia no bastaba para conocer ni de los pleitos civiles ni de los criminales, y como consecuencia de ello “los delincuentes se quedaban sin castigo o se dilataba tanto que no se aprovecha para el buen ejemplo que tan necesario es en esta República”.⁷⁷

Diez años después, en 1604, los reclamos parecían continuar, porque el virrey Marqués de Montesclaros se lamentaba que desde “hacía veinte meses”,

⁷⁴ AGI, México, 26, N. 83, s/f.

⁷⁵ AGI, México, 22, N. 63, s/f.

⁷⁶ AGI, México, 26, N. 98, s/f.

⁷⁷ AGI, México, 22, N. 126, s/f.

el licenciado Espinoza de la Plaza, fiscal de lo civil, tramitaba también los pleitos criminales, aunque la ingente labor era realizada por el fiscal “con mucha satisfacción”.⁷⁸

Con respecto a los crímenes que conocía con mayor frecuencia, la misma Sala ha dejado información que éstos fueron, durante el siglo XVII, los “hurtos calificados con fractura y rompimiento de paredes”, los cuales eran cometidos la mayoría de las veces por indios quienes, valiéndose de supersticiones y hechicerías, “adormecen a los perros” y además “se embriagan para el dicho efecto para ir con más ánimo y valor”.⁷⁹

1.2. Conflictos

Como lo advertimos, la composición de la Sala del Crimen varió en su número durante sus casi tres siglos de funcionamiento ininterrumpido. Al ser un tribunal colegiado, podían existir disputas entre sus miembros, ya fuera entre los alcaldes, oidores y el virrey. Estos conflictos a veces iban más allá de las cuestiones meramente jurídicas, tal y como aconteció en 1573.

En un carta del virrey Martín Enríquez, éste escribía a su Majestad para desmentir otra misiva suscrita por los alcaldes del crimen, en la cual se quejaban ante la autoridad real de que él “los hacía venir a [su] aposento los viernes de cada semana a votar los pleitos en [su] presencia y que esto les era de gran inconveniente, para la libertad con que cada uno debe votar y administrar justicia”.⁸⁰

Para el virrey, la aseveración era por entero falsa, pues dejaba constar que desde los tiempos de los virreyes Antonio de Mendoza y Luis de Velasco, la falta de espacio para las reuniones obligaba a que los asuntos se realizaran de manera conjunta en la misma pieza, es decir, en el aposento del virrey, por lo que era ya una costumbre esta situación, pues los alcaldes “no tenían ellos ninguna sala particular sino en los estrados votaban sus pleitos”.

Pedía que si a los alcaldes les parecía que la votación de los asuntos en su presencia significaba privarlos de su libertad, entonces “le cortara la cabeza”, ya que durante sus cinco años de gestión los alcaldes no habían

⁷⁸ AGI, México, 26, N. 7, s/f.

⁷⁹ AGI, México, 75, R. 8, N. 36, s/f.

⁸⁰ AGI, México, 19, No. 108, s/f.

“conocido de su voluntad en ningún negocio”. El rey quizás tendría dificultad en creerle, ya que se encontraba a dos mil leguas de distancia y “no podía conocer particularmente los hombres ni saber los caminos por donde cada uno va”.

Los alcaldes también habían lamentado que el virrey quería ver todas las cartas que ellos manejaban, lo cual socavaba su libertad. A esta aseveración igualmente respondió el virrey, indicó que en alguna ocasión uno de los alcaldes (sin especificar quién) le había dicho que el presidente de los oidores no era el presidente de los alcaldes, por lo que no podía ni debía mostrarle la correspondencia.

Por otra parte, reclamaban al virrey las indicaciones para “que no prendiesen a ningún hombre rico sin que primero [se] lo consultasen”, y retomaban como ejemplo el caso de un tal Saldívar de quien había solicitado no fuera aprehendido. El virrey respondió nuevamente que esta acusación era amañada, pues los autos del litigio estaban a su entera disposición para que de los mismos dedujese que el proceso no había sido arbitrario.

Además, continuaban los alcaldes, el virrey se entrometía en “sacarles los presos”, pero él juraba al rey que “jamás se [acordaba] de haber hecho tal cosa” y cuando lo realizó había sido en nombre de los oidores y alcaldes. Lo que sí evocaba el virrey era que en algunas ocasiones había mandado encarcelar “indios revoltosos [pero] mandaba a los intérpretes que los concierten y apacigüen”.

La conclusión del virrey era por demás emotiva: “de una regla derecha quieren hacer una torcida a lo menos que lo parezca es cosa fácil. Mas de una torcida hacer una derecha téngolo por de mayor dificultad”.

Muy seguramente a raíz de este conflicto, la Corona expidió ese mismo año dos Reales Cédulas en las que pedía a los virreyes “dejen escribir libremente a los nuestros alcaldes del crimen las cartas que fueren para nos, y no las vean si ellos no se las quisieren mostrar”.⁸¹

El virrey Enríquez no fue el único en tener enfrentamientos con los alcaldes, pues unas décadas después, en 1594, Luis de Velasco, “El joven”, también escribía a su majestad para desmentir una carta de los alcaldes y

⁸¹ *Recopilación*, V, 3, 40 y 41.

oidores en donde éstos proferían las supuestas “irresponsabilidades” en que los hacía incurrir.⁸²

Indicaba como el doctor Marcos Guerrero, alcalde del crimen, le mostró el capítulo de una carta enviada al virrey Enríquez (es de suponer que se trataba de la misma reseñada líneas atrás), en la cual el rey señalaba a la autoridad virreinal que los alcaldes del crimen no tenían ninguna obligación de mostrarle las cartas que escribiesen al soberano. El virrey no compartía el sentido de la misiva, pues suponía que se trataba de hipótesis diferentes, por lo cual les pidió que “hiciesen lo que quisiesen y si les pareciese que no firmase la suya no la firmaría”.

Don Luis de Velasco decía que los alcaldes lo culpaban de querer conocer los asuntos criminales de los soldados cuando “se hacía gente para la China”. Para soportar su afirmación traían a colación el asunto de un soldado llamado Melchor de Torres, a quien había sentenciado por haber intentado asesinar “con muchas cuchilladas” al corregidor de la ciudad de México.

La dificultad estaba en que tratándose de asuntos relacionados con crímenes realizados por militares, el virrey debía conocerlos en primera instancia, mientras que la apelación correspondía a la Sala del Crimen. Así lo había hecho, con base en la legislación expedida desde la metrópoli, y aunque los alcaldes disientían de esta opinión, el virrey consideraba que era “muy grande ver los soldados que no gozan de tener por juez al virrey que es de lo que se quieren favorecer, sino a los alcaldes de quienes temen por cosas que han hecho o que podrían hacer”.

Igualmente, los señalamientos de los alcaldes respecto a que “metía mano en los asuntos que tocaban a los indios” eran inexactos. En su descargo, argumentaba el virrey, estaban las diversas cédulas en las cuales a él se le ordenaba conocer en primera instancia de estos asuntos, lo cual hacía “con rectitud, limpieza y mucha brevedad”, situación que contrastaba con los que se turnaban a la Sala, en la cual había “muchos negocios y mal despachador”.

Uno más de los posibles conflictos que podían existir al interior de la Sala del Crimen era el referente a los alcaldes y oidores, si bien era cierto que

⁸² AGI, México, 22, N. 127, s/f.

desde 1568 se había establecido que estos últimos no podrían conocer de los asuntos de la Sala, las disputas prosiguieron.⁸³

Así lo explicaba en 1578, de nueva cuenta, el virrey Luis de Velasco. Narraba que los oidores frecuentemente hacían escritos en contra de las sentencias y los autos de los alcaldes del crimen, por lo que los presos quedaban libres “para continuar sus excesos”, pues les parecía que bastaba la presencia de los oidores en las visitas a la cárcel de corte para que fueran excusados de todo castigo.⁸⁴

Todo ello era perjudicial, concluía el virrey, pues ocasionaba un menoscabo en la autoridad y jurisdicción de los alcaldes. Conminaba entonces al rey para establecer definitivamente “si las determinaciones de revista de esta Sala vienen como fuerza de cosa juzgada para que por ninguna vía se altere por los oidores”.

En 1630, los alcaldes del crimen realizaron una consulta al rey respecto a las facultades de que gozaban los oidores para realizar visitas a los presos en la cárcel de corte.⁸⁵ Desde su perspectiva, violaban “leyes, cédulas y ordenanzas [que] perturbaban la jurisdicción de la Sala”, lo cual creaba desencuentros entre ellos. Su principal reclamo era que los oidores habían liberado a Nicolás de Montiel, quien había sido condenado en revista a trabajos en Filipinas “por haber estuprado y robado una doncella”. No sólo eso, además, los oidores habían disminuido de sobra su fianza de mil a trescientos pesos.

La resolución de esta consulta estableció que los oidores sí estaban autorizados para soltar a los presos en fiado, pero no podían cobrarla, quitarla o moderarla. Y en el caso de los presos sentenciados en revista a pena corporal, no podían ser liberados por ningún motivo.

También podían existir pugnas entre los alcaldes de corte y los alcaldes ordinarios, como un caso en el que la Real Audiencia ordenó al escribano del crimen que se presentara a seguir un proceso criminal, pero los alcaldes ordinarios se “agraviaron”, pues consideraban que el asunto pertenecía a su jurisdicción. Al final, el virrey Martín de Enríquez solicitó su presencia para calmar su enojo y los alcaldes atendieron su requerimiento y le dieron las

⁸³ Pilar ARREGUI ZAMORANO, *La Audiencia [...]*, p. 31.

⁸⁴ AGI, México, 22, N. 66, s/f.

⁸⁵ AGI, México, 30, N. 26, fs 1-2.

gracias “por haber atajado las cosas”. Para el virrey hubiera significado “una gran culpa si yo no les atajase que se allanasen”, pues, continuaba, “para castigar un mestizo y ahorcar un ladrón un alcalde ordinario bastaba”.⁸⁶

Otro conflicto que se reportaría años más tarde en 1662 ante el Consejo de Indias y al cual haría referencia el virrey Conde de Baños eran las faltas de los oidores y alcaldes del crimen, quienes:

[...] acudiendo tarde a la Audiencia y repartiéndose tarde a las salas de ella las hacen cerrar y que cuando las mandan abrir es por muy poco tiempo y que el que las tienen abiertas y se hace relación de los pleitos con tan poca inteligencia de sus hechos, que no quedan las partes con la satisfacción que deben de que sean entendido como ellos son. Resultando de esto que no dejan a los relatores hacer relación entera mayormente sino la hacen como ha menester la parte cuyo buen despacho desean algún o alguno de ellos y que lo mismo sucede cuando llegan a hablar los abogados que las defienden a quienes no dan lugar para que informen de su derecho, atajándolos con el pretexto del buen despacho.⁸⁷

El virrey establecía que quienes más sufrían estas funestas consecuencias eran los “pobres, desvalidos y miserables”, a quienes no bastaban los reclamos presentados por esta disposición. Además, la Sala del Crimen, advertía, cometía la grave omisión de mandar a ejecutar las sentencias sin permitir a las partes la suplicación correspondiente, y cuando ésta era realizada por los querellantes casi siempre les era negada.

Por lo anterior, el virrey se vio en la necesidad de reunir en la Sala del Real Acuerdo tanto a los oidores como a los alcaldes del crimen para reprenderlos, con base en las cédulas promulgadas por la autoridad real, y advertirles además que si continuaban por el mismo camino se procedería “a la demostración que se debe”. Así, el virrey se comprometía en lo subsiguiente a que las salas abrieran en los horarios mandados y a que los pleitos se despacharan con “la satisfacción de las partes”.

En muchos de los casos mencionados en este apartado, desconocemos la resolución final por parte del Rey o del Consejo de Indias, lo que sí es cierto es que la correspondencia de las autoridades virreinales nos permite observar las dificultades a las que se enfrentaron durante los primeros años de funcionamiento de la Sala del Crimen, pues la construcción de una nueva

⁸⁶ AGI, México, 19, N. 92, s/f.

⁸⁷ AGI, México, 38, N. 98, s/f.

jurisdicción conllevaba necesariamente a la confrontación entre sus miembros por la a veces poco clara o dispersa legislación.

El orden jurídico del Antiguo Régimen tenía como nota característica una amplia pluralidad de jurisdicciones que a veces entraban en tensiones por lo que podían existir colisiones entre ellas, como la que enfrentó a la Sala con el corregidor de la ciudad de México, don Gerónimo de Montealegre, por el conocimiento de un crimen de muerte en 1620 y el cual fue decidido por el virrey novohispano Diego Fernández de Córdova, marqués de Guadalcázar.⁸⁸

El 13 de agosto de ese año, Antonio López fue asesinado junto a la Catedral de la ciudad, inmediatamente después el corregidor se apersonó en el lugar de los hechos para realizar las indagaciones correspondientes. Posteriormente se presentó en el domicilio de quien se creía había cometido el delito para asegurar sus bienes.

Poco después, la Sala del Crimen, sin la apelación correspondiente por parte de alguno de los interesados, ordenó mediante un decreto que se le turnara el expediente en el estado procesal en el que estuviere, y aunque después la causa le fue devuelta al corregidor, nuevamente los alcaldes del crimen solicitaron al escribano la restitución del expediente, el cual retuvieron sin comunicarlo al virrey, y “como si fueren jueces han ido prosiguiendo y haciendo autos”. Por lo que el corregidor se sentía agraviado en su “jurisdicción” e “imperio mero y mixto” que tenía para conocer de todas las causas civiles y criminales, de las cuales la Sala sólo podría tratar los asuntos por “legítima apelación y provocación”.

El asunto fue turnado para tomar su parecer al licenciado Juan de Valderrama, fiscal de la Real Audiencia, quien determinó que no había lugar para la advocación y retención del asunto por parte de la Sala, en su escrito esgrimía las razones siguientes: “lo primero porque el corregidor previno la causa y es juez ordinario de la primera instancia y en esta no ha habido ocasión de apelación justa de auto interlocutorio para poderla retener, lo segundo no hay omisión justificada con el término después de requerido el corregidor [...] lo tercero los culpados no son tan poderosos que se pueda temer que el corregidor no sea bastante para proceder contra ellos [...]”. Así fue

⁸⁸ AGI, México, 29, 132, s/f.

como el virrey, en su resolución final ordenó que el litigio pertenecía “en primera instancia al dicho corregidor y mandaba y mandó que se le entreguen todos los dichos autos con el preso”.

También acontecía que se plantearan conflictos con la jurisdicción de la Santa Inquisición. Como sabemos, éste era un tribunal especialmente instaurado para dirimir controversias de la fe. En la Nueva España fue fundado en 1571, pero su competencia se circunscribía únicamente a españoles.⁸⁹

En 1572, apenas un año después de su instauración y cuando los límites de ambas jurisdicciones apenas comenzaban a delinearse, el virrey Martín de Enríquez narra en una carta que en la cárcel de corte se encontraba un preso condenado a galeras, quien había sido reclamado por el inquisidor, pues consideraba que había “cierta información” sobre él para que su caso fuera tratado por el Santo Oficio.⁹⁰

Los alcaldes habían esgrimido al virrey que tratándose del “tribunal supremo” (entiéndase Sala del Crimen) el inquisidor no debía decir “que el Papa era superior” y en consecuencia tampoco debía “entrar mandando”. Como se ve, el inquisidor había pretendido anteponer la superioridad del Papa sobre la justicia real. Por ende, el virrey solicitaba al rey que aclarase la situación para que no ocurrieran excomuniones en contra de los alcaldes.

También se presentaban conflictos con el Consulado de la ciudad de México, principalmente en lo referente a que los alcaldes y oidores no visitaran a sus presos en la cárcel.⁹¹ El conflicto había nacido por la aprehensión de un mercader por parte de los cónsules para que pagara una cierta cantidad a su acreedor. Pero en una visita de los alcaldes y oidores a la cárcel, éstos decidieron soltarlo en fiado.

Inmediatamente, los cónsules y el acreedor se quejaron ante el virrey porque consideraban que se trataba “de una jurisdicción exenta de audiencia y sin recurso alguno si no es a su juez de alzadas”. En su resolución, y después de haber consultado con personas de “ciencia y conciencia”, el virrey determinó que los alcaldes y oidores no podían visitar a los presos del prior y cónsules sin

⁸⁹ Véase Richard E. GREENLEAF, *La Inquisición en Nueva España. Siglo XVI*, México, FCE, 1981.

⁹⁰ AGI, México, 19, N. 77, s/f.

⁹¹ AGI, México, 24, N. 50, s/f.

alguna provisión real, ni él tampoco podría permitir esta acción “porque el comercio pone la mayor fuerza de esta jurisdicción”.

No obstante, el tribunal con el cual mantendría mayores controversias en torno a los límites de su jurisdicción sería con el Tribunal de la Acordada, establecido en 1719, tema que escapa a nuestra temporalidad, pero sobre el cual es asequible encontrar múltiples expedientes, principalmente de finales del siglo XVIII, conflictividad sobre la que ya se han esbozado algunas ideas.⁹²

1.3. El proceso criminal del Antiguo Régimen: generalidades

El proceso es la piedra angular sobre la que se estructura la tradición jurídica romano-canónica. A través de él dos o más partes antagónicas procuran demostrar sus pretensiones ante un tercero imparcial y encontrar la verdad.⁹³ Durante la Baja Edad Media, los métodos para resolver estos conflictos eran las ordalías (procesos más vinculados a elementos mágicos que racionales), es decir, su castigo era dejado a las venganzas privadas, cuya solución no llevaba necesariamente a la muerte del criminal, sino que a veces era posible una composición entre las partes.⁹⁴

En 1215 el Concilio de Letrán prohibió las ordalías, mientras que las Decretales de Gregorio IX prohibieron la *purgatio vulgaris* y en su lugar establecieron la *purgatio canonica*. Por su parte, el duelo judicial resistió más tiempo, pues tenía a su favor a la nobleza pero en su contra a las nacientes

⁹² Odette ROJAS SOSA, “Cada uno viva a su ley. Las controversias entre el Tribunal de la Acordada y la Real Sala del Crimen, 1785-1793”, en *Estudios de Historia Novohispana*, México, UNAM, No. 47, Julio-Diciembre de 2012, pp. 127-159.

⁹³ Para un balance historiográfico sobre la historia del proceso en el ámbito hispánico es de singular importancia: Jesús VALLEJO, “Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de historiografía procesal en España (1979-1988)”, en *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 21-56. Para entender su origen y posterior reordenamiento en el derecho moderno véase: Juan MONTERO AROCA, *La herencia procesal española*, México, UNAM, 1994. Sin embargo, no debemos olvidar que en el derecho visigótico existían ciertas reglas sobre los casos que se juzgaban, normatividad que aún era muy rudimentaria y no puede ser asimilada a las nuevas reglas surgidas del *ius commune*. Ver Javier ALVARADO PLANAS, “Ordalías y derecho consuetudinario en la España visigoda”, en *El problema del germanismo en el derecho español. Siglos V-XI*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 105-210.

⁹⁴ Sobre el tema de las ordalías véase Harold J., BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, FCE, 1996, capítulo 3. Junto a esta visión, existe otra que nos muestra cómo las ordalías no eran tan irracionales como aparentan ser, sino que esta creencia es tan sólo una construcción ideada por los antropólogos evolucionistas del siglo XIX. Cfr. R. C., VAN CAENEGEM, “Reflexions on rational and irrational modes of proof in medieval Europe”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, Vol. 58, 1990, pp. 263-279. En el mismo sentido y del mismo autor, pero con una visión más amplia: “The modernity of medieval law”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, Vol. 68, 2000, pp. 313-329.

corporaciones mercantiles. Para los juristas era una prueba bárbara y desconocida por el derecho romano y para los clérigos constituía un sacrilegio.

Nuevamente, fue desde el ámbito del Derecho Canónico en donde se dieron los primeros pasos para el establecimiento de un ordenamiento claro para dirimir las controversias.⁹⁵ Aunque no existe un momento preciso del nacimiento del proceso judicial, sí es cierto que fueron varias las fuentes que ayudaron a la maduración de un modelo, de extensión continental, como lo fueron el *Corpus Iuris Civilis*, pero recogido y glosado en textos canónicos bajomedievales, verbigracia: Decreto de Graciano, Decretales de Gregorio IX, etc.

Otras obras que contribuyeron al origen del procedimiento criminal fueron los *Speculum iudiciale*, breves tratados que daban los primeros atisbos de un proceso judicial. Una obra que tuvo una amplia difusión en Europa fue el *Liber Belial*, escrito a finales del siglo XIV.⁹⁶

Para los tratadistas de la época, la idea de un proceso judicial durante estos siglos era de tal manera relevante que incluso el mismísimo Satanás debía también gozar de este privilegio y tener un juicio con reglas claras y precisas que le permitieran defender su comportamiento en contra de Dios y de la humanidad.⁹⁷

Precisamente desde mediados del siglo XIII reapareció la antigua distinción romana entre procedimiento ordinario y extraordinario. La vía ordinaria era de tipo acusatorio, mientras que la extraordinaria estaba destinada a los crímenes graves y que alteraran el orden público. Las nuevas características de este orden se circunscribían *grosso modo*, y tal como afirma el profesor Carbasse, a dos principios: al actor incumbe la carga de la prueba y

⁹⁵ Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ, "El proceso canónico y la verdad", en Alejandro, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El ius commune y la formación de las instituciones de derecho público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 209-239.

⁹⁶ Stefano VINCI, "La diffusione del processo romano-canonico in Europa. Il *Liber Belial* tra fonti giuridiche canonistiche e romanistiche", en *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, Fráncfort, MPIELH, 2012, No. 3.

⁹⁷ Bártolo de SAXOFERRATO, *Processus Satanae contra genus humanum*, Toulouse, Henri Mayer, 1485. Un excelente análisis de este tratado lo realizó Carmen CARDELLE DE HATMANN, "Die 'Processus Satanae' und die Tradition der Satansprozesse", en *Mitellateinisches Jahrbuch*, No. 39, 2004, pp. 417-430; y Beatrice PASCIUTA, *Il diavolo in Paradiso. Diritto, teología e letteratura nel Processus Satanae (sec. XIV)*, Roma, Viella, 2016.

en materia criminal las pruebas deben ser más claras que la luz del medio día.⁹⁸

Aunque en sus orígenes el proceso fue eminentemente civil, conforme transcurría el tiempo comenzó a percibirse una diferenciación, con matices, respecto a la materia criminal. Y es que en los litigios prácticamente no existían diferencias entre las materias civiles y criminales, ya que todo procedimiento nacía como consecuencia de una demanda civil, así que los delitos generaban obligaciones que debían demandarse a instancia de parte.

En España, el camino inició en León con el decreto emanado del Concilio de 1020, mientras que en Castilla los fundamentos se presentaron con el Fuero Real y las Cortes de Zamora de 1274, en donde se enumeraron crímenes que podían ser seguidos de oficio o por el procedimiento inquisitivo como el homicidio o el camino quebrantado.⁹⁹

También es verdad que el conocimiento de este procedimiento, quedó reservado a una élite, los juristas, quienes a partir de un conocimiento adquirido en las universidades y en los tribunales, gozaban de un capital cultural muy diferenciado con respecto a los legos que les permitía comprender las “reglas del juego”.

No pocas veces los juristas fueron denunciados por lo enrevesado de su lenguaje y actitudes, aunque había legos que pretendían simplificar esta sofisticación. En *El alcalde de Zalamea* encontramos una buena definición de la que quizás era una definición del proceso entre los iletrados: “¿qué es el proceso? Unos pliegos de papel, que voy juntando, en razón de hacer la averiguación de la causa”.¹⁰⁰

En Castilla, las *Partidas* dedicaron por entero su tercera y séptima partes a la temática del procedimiento judicial y los tratadistas hispanos como Hevia Bolaños, Lorenzo Mateo y Sanz y Jerónimo Castillo de Bovadilla, por mencionar tan sólo a algunos, dejaron su impronta en este tema, ya fuera glosando la ley o contrastando a los autores del *ius commune*, mas en muchas ocasiones dejaban también asentada su opinión sobre el tema.

⁹⁸ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París, PUF, 2ª ed., 2006, p. 195.

⁹⁹ Remedios MORÁN MARTÍN *Historia del derecho privado, penal y procesal. Parte teórica*, Madrid, Universitas-UNED, Tomo I, 2002, pp. 473-476.

¹⁰⁰ Calderón de la BARCA, *El alcalde de Zalamea*, Consultado en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70023.pdf>.

Precisamente este derecho castellano es el que sería “traducido” a la realidad americana con muy diversas peculiaridades, acordes a las características de cada jurisdicción. La justicia indiana, y en consecuencia novohispana, reproduciría, como consecuencia de su herencia medieval y castellana, el modelo importado de Europa.¹⁰¹

Aquí debemos recordar que gran parte del proceso criminal en Indias era realizado por autoridades en algunos casos legas (como alcaldes ordinarios, alcaldes mayores y corregidores), quienes eran auxiliados por un perito, cuando lo tenían. Sin embargo, la mayor parte del derecho indiano se movía bajo unas pautas más cercanas a la “vulgarización” del sistema y que no seguían, de manera consistente, los términos y etapas procesales que la ley y los juristas dictaban.¹⁰² Incluso podía acontecer que en los confines de una jurisdicción, la justicia fuera impartida sin la participación de abogados.¹⁰³

Existía entonces una laxitud en lo que hoy llamaríamos “técnica procesal”, simplificación que no conllevaba a una disminución del *ius*, sino que antes bien era la mejor exposición de este sistema, es decir, de su sencillez. Luego ¿cómo era guiado el proceso criminal de la Sala del Crimen de la Nueva España? Recordemos que aunque la sentencia definitiva era dictada por la Sala, un tribunal compuesto por letrados, prácticamente todo el procedimiento penal previo pasaba a través de las manos de personas que carecían de formación jurídica.

¹⁰¹ Sobre la adopción del *ius commune* en tierras latinoamericanas véase: Javier BARRIENTOS GRANDÓN, *La cultura jurídica en la Nueva España (sobre la recepción de la tradición jurídica durante el virreinato)*, México, UNAM, 1993; Aldo Andrea CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milán, Giuffrè Editore, 2004; Javier MALAGÓN-BARCELO, *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España. Notas para su estudio*, México, UNAM, 1959; Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Acerca de la recepción del *Ius Commune* en el Derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Tomo XV, 2003, pp. 447-523; y Silvio ZAVALA, *Las Instituciones Jurídicas en la conquista de América*, México, Porrúa, 1971. En años recientes el derecho en general, y la historia del derecho en lo particular, se han beneficiado de conceptos tales como “transplantes jurídicos” o “traducciones” que buscan analizar, desde la óptica del derecho comparado, la recepción de las instituciones jurídicas en tierras ajenas a las que les dieron origen. En la circunscripción iushistórica resulta destacado el trabajo de Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, 2014. Para un acercamiento más general puede verse Peter BURKE, *Hibridismo cultural*, Madrid, Akal, 2010.

¹⁰² El tema de la “vulgarización” del derecho indiano ha sido ampliamente abordada por José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, “En torno al Derecho indiano vulgar”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 1, 1994, pp. 13-24.

¹⁰³ Joseph MKNIGHT, “Justicia sin abogados en la frontera hispano-mexicana del norte”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Vol. X, pp. 597-610.

Sobre este punto, Antonio Manuel Hespanha ha señalado que aunque existían sociedades que carecían de un cariz jurídico elaborado, podían resolver asuntos conforme al mismo. Así es como nos indica un conjunto de sus características: arraigo social de las instituciones; uso no técnico del lenguaje jurídico; simplificación del procedimiento; y un carácter omnicomprendido del discurso jurídico.¹⁰⁴

En el mismo sentido se ha manifestado Alejandro Agüero, quien analizó la justicia del Córdoba del Tucumán, región periférica de la Audiencia del Río de la Plata. Su marginalidad sin embargo, nos indica el autor, tampoco era síntoma de que el *ius commune* quedara petrificado, sino que existían cauces que permitían su acceso: los escribanos curtidos en la praxis; la presencia de la Iglesia como depósito del saber jurídico y la circulación de libros.¹⁰⁵

Para la Nueva España los profesores Charles Cutter¹⁰⁶, Susana García León¹⁰⁷ y el grupo de investigación del profesor José Sánchez-Arcilla¹⁰⁸ han suscrito que la mayoría de las actuaciones del foro judicial novohispano tenía un notable acercamiento con los prácticos criminales hispanos, antes que con los teóricos, ya que expresaban en castellano, y sin hacer cita de erudición en cuanto al manejo de autores del derecho común, los rudimentos del procedimiento civil y criminal.

En suma, lo que ellos daban a sus lectores eran manuales breves y simplificados para cuyo uso bastaba tan sólo el conocimiento de la lectura. Aunque en nuestros expedientes no podemos confirmar de manera fehaciente su utilización, muy seguramente varios de los asuntos fueron tramitados con base en esta experiencia práctica.

Nuevamente debemos advertir que este no es el caso de nuestra jurisdicción en lo que respecta a las decisiones, sólo baste como forma de

¹⁰⁴ Antonio Manuel HESPANHA, "Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica", en *Economía de la gracia*, Trad. Ana Cañellas Haurie, Madrid, CEC, 1993, pp. 24-26.

¹⁰⁵ Alejandro AGÜERO, "El testimonio procesal y la administración de justicia penal en la periferia de la Monarquía Católica", en *Acta Historiae*, No. 19, 2011, pp. 47-49.

¹⁰⁶ Charles CUTTER, *Libro de los principales rudimentos tocante a todos los juicios, criminal, civil y ejecutivo*, México, UNAM, 1994.

¹⁰⁷ Susana GARCÍA LEÓN, "Un formulario de causas criminales de la Nueva España", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 9, 1997, pp. 83-148.

¹⁰⁸ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, "Quaderno práctico en quatro libros (Cuaderno de prácticas judiciales). Una práctica procesal del siglo XVIII", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 21, 2014, pp. 243-401.

advertencia. Estudios posteriores podrán indicarnos cuál era el nivel de operatividad de estos jueces legos en la Nueva España.

Tampoco olvidemos al elemento indígena, el cual convirtió a los tribunales novohispanos en lugares muy asediados para demostrar ante la Corona los privilegios obtenidos por ella o con motivo de costumbres inmemoriales. Existía por parte de ellos un “acaparamiento” de ese saber jurídico.

En este punto, resultan esclarecedoras las palabras del profesor Borah, que si bien fueron aplicadas al Juzgado General de Indios, también pueden ser extendidas a otros foros judiciales: “Todo el sistema ofrecía a los naturales mucho espacio para maniobrar, del que no tardaron en tomar ventaja, pues si bien es cierto que los imperialistas suelen estudiar a sus colonizados, no menos cierto es que los colonizados estudian a sus amos, con gran sagacidad y capacidad ¿Quién podrá decir cuál de los dos entiende mejor al otro?”.¹⁰⁹

Con respecto a España son varias las obras que han abordado con prolijidad el tema del procedimiento penal en el Antiguo Régimen. Destaca el trabajo pionero de María Paz Alonso¹¹⁰, quien estudió de manera amplia el procedimiento penal castellano, pero recurriendo principalmente a la legislación visigótica y castellana. Otro autor que aportó bastantes luces en este punto fue el trabajo previo de Tomás y Valiente.¹¹¹ Para el caso de la Nueva España solamente una obra ha puesto atención en el tema¹¹², pero nos aventuramos a manifestar que el procedimiento guardaba muy pocas diferencias con respecto a otras jurisdicciones de la Monarquía porque, en líneas generales, se seguía el procedimiento romano-canónico establecido en las *Partidas*.

¹⁰⁹ Woodrow BORAH, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, FCE, 1985, p. 235. Tema también abordado por Andrés LIRA, “El indio como litigante en cincuenta años de audiencia (1531-1580)”, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM-ELD, 1995, pp. 765-782; y Guillermo Floris MARGADANT, “Los pobres indios ¡Cenicientos de la justicia novohispana! ¿Correcto o falso? Un interesante litigio sobre aguas del río Querétaro, de 1758 a 1763”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 8, 1996, pp. 283-308.

¹¹⁰ María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

¹¹¹ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 153-200.

¹¹² Susana GARCÍA LEÓN, *La justicia [...]*, pp. 55-158.

1.4. El proceso: sus etapas

Tanto los doctrinarios como los prácticos señalaban que los juicios criminales podían iniciarse de tres formas diversas, “uno es por querrela de parte ofendida, otro por acusador o denuncia, y otro de oficio de las justicias en las causas de la vindicta pública, o del Real Fisco”.¹¹³

La querrela era definida como el “profazamiento que un ome face a otro ante el judgador afrontándole de algunt yerro que dice que fiso el acusado, et pidiéndole quel faga venganza del”.¹¹⁴ Nuestros expedientes nos han mostrado que casi siempre estas querellas eran breves (dos o tres fojas) y los tres tipos de iniciación estaban presentes, aunque la mayoría de las querellas eran iniciadas por la partes ofendida y realizadas con inmediatez luego de consumado el crimen.

Después, el juez dictaba un auto de aceptación de la querrela en el que generalmente citaba al acusado y a los testigos que hubiera mencionado la querellante¹¹⁵ Todas estas declaraciones debían de hacerse ante un escribano, tal y como se ordenaba en cédulas y leyes.¹¹⁶ Aun con esta obligación, muchos de los juicios se realizaban sin la participación del escribano, como pudimos constatar en los expedientes. Recordemos también que aunque los jueces legos debían en teoría valerse de un asesor letrado, en la praxis, sus actuaciones eran convalidadas por vía de la costumbre o de estatuto particular.¹¹⁷

¹¹³ En un sentido contrario: “En una de dos maneras, principalmente se procede en los negocios criminales, o de oficio de Justicia, por vía de pesquisa o denunciación, o a pedimento de parte, por vía de acusación, en presencia o en ausencia, y rebeldía del reo acusado”. Alonso de VILLADIEGO, *Instrucción política, y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1747, III, proemio, p. 62. “Acusador es el que propone el delito del delincuente delante de el Juez, para tomar de él venganza, acusándole, y pidiendo que le condenen en las penas de él [...] Denunciador es el que manifiesta el delito del delincuente al Juez, no para tomar de él venganza, sino para apercibirle de él, sin pedir que le condene en las penas, ni obligarse a probar, porque pidiéndolo, u obligándose a ello, es acusador [...]”. Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, Imprenta de Ulloa, 1790, III, VIII, 1, p. 198.

¹¹⁴ *Partida 7*, 1, 1.

¹¹⁵ Entiéndase por juez en las siguientes líneas, y en aras de economizar palabras, a toda la gama de autoridades novohispanas que fungieron como tales en nuestros expedientes: alcaldes mayores, corregidores, tenientes o el justicia mayor.

¹¹⁶ *Novísima Recopilación*, XXII, 32, 2: “Mandamos que las audiencias y otros autos de justicia los hagan todos ante los escribanos del número de la ciudad o villa donde hubieren de conocer, si allí los hubiere [...]”

¹¹⁷ Alejandro AGÜERO, “El testimonio procesal [...]”, p. 46.

Se ordenaba además que todas las declaraciones, tanto de las partes como de los testigos, así como los memoriales presentados posteriormente, fueran firmadas.¹¹⁸ Como hemos podido constatar, la mayoría de los actores del proceso no sabían escribir, por lo cual lo hacía el alcalde, el escribano u otra persona a su ruego.

Antes de la querrela, o de su contestación, las partes (incluidos los testigos) realizaban un juramento el cual seguía, con leves variaciones, la siguiente fórmula: “Juro ante Dios Nuestro Señor haciendo la señal de la cruz”. Recordemos que en una sociedad como aquella el juramento religioso era pieza fundamental para demostrar que se pertenecía a la comunidad cristiana, era un vínculo con ella y romperlo acarrearía severas penalidades tanto en el foro interno como en el externo.¹¹⁹

La siguiente etapa era el período de instrucción, o sumaria, y consistía en que el juez se allegaba de la suficiente información para conocer al autor del crimen.¹²⁰ Esta incluía las testimoniales, la prisión preventiva, el embargo de bienes y la confesión del reo. Si bien la teoría establecía momentos procesales oportunos diferenciados para cada una de estas partes, en los expedientes hemos encontrado que prácticamente todos los litigios llevaban sus propios ritmos. Todos estos actos se realizaban en un mismo día y a veces en una misma audiencia, incluso en el mismo auto dictado por el juez.¹²¹ En muy pocas veces hemos encontrado diferenciación de estos momentos, sin embargo, para efectos sistemáticos desmenuzaremos todos ellos siguiendo lo dictado por la doctrina, aunque siempre atendiendo al nivel pragmático.

En ese momento, o en fecha posterior, rendían su declaración los testigos Las *Partidas* indicaban que debían ser “todo ome que fuere de buena fama”.¹²² Desde el Derecho Romano, esta prueba gozaba de gran tradición y reverencia, pues por medio de ella quedaba demostrada la fidelidad, la *fides*.

¹¹⁸ *Novísima Recopilación*, XXII, 33, 7.

¹¹⁹ Véase Paolo PRODI, *Il sacramento del potere: il giuramento político nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bolonia, Il Mulino, 1992.

¹²⁰ “Luego que conste el delito, y averiguado que sea, el juez proceda a la averiguación del delincuente, que le cometió, por sumaria información de testigos”, Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 8.

¹²¹ Un trabajo en el que hemos podido constatar estas mismas características en el desarrollo del procedimiento criminal ha sido en el trabajo de Belinda RODRÍGUEZ ARROCHA, *La justicia penal en Canarias en el Antiguo Régimen, siglo XVI a XVIII*, Tesis doctoral, Universidad de la Laguna, 2010.

¹²² *Partida* 3, 16, 8.

Pero al mismo tiempo, existían algunas reticencias para aceptarla completamente, pues se sabía de su falibilidad. Para que los testigos formaran prueba plena era requisito que fueran dos, tal y como nos advierte Hevia Bolaños: “Dos testigos mayores de toda excepción, deponiendo de cierta ciencia, hacen plena probanza, bastante para condenar, aunque sea en causa criminal. De que se sigue, que semiplena, o media probanza es uno de estos testigos”.¹²³

Así era como la mayoría de los doctores del derecho común establecían dos testigos para formar prueba plena. Sin embargo, existían casos en los que el testigo podía mentir en su declaración. En estos casos, las *Partidas* establecían una pena severa para ellos,¹²⁴ aunque como advertiría Jerónimo Feijoo: “No sé si en la prolija carrera de mi edad le he visto aplicar alguna vez. Lo que comúnmente sucede es que al tiempo de votar entra intempestivamente la piedad de la Sala y [...] en vez de vergüenza pública y galeras perpetuas, se decreta una multa pecuniaria”.¹²⁵

Cualquier persona podía comparecer a juicio, con excepción de los locos, furiosos, dementes, infantes, pupilos, sordos, mudos y pródigos, pero en estos casos eran defendidos por tutores y curadores.¹²⁶

Respecto a la edad de los testigos, el derecho común la ubicaba arriba de los veinticinco años para que pudieran otorgar su testimonio, pero cuando fueran menores de edad debían contar además con un curador que les era impuesto por el juez en cuestión. Pero en la praxis, hemos visto casos en los que los indios a pesar de su minoría de edad, no contaban con curador en sus deposiciones.

Las *Leyes de Indias* proponían ciertas peculiaridades con respecto a los indios, a quienes estimaban menores de edad, así se precisaba de tres de ellos para constituir un testimonio. Mas la práctica nos ha demostrado que la calidad de las personas no era muy importante, incluso hemos contemplado en las testimoniales de varios juicios que cabían todas las posibilidades de las

¹²³ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 11.

¹²⁴ *Partida* 3, 11, 26: “Pena muy grande merecen los testigos que a sabiendas dan falso testimonio contra otros o que encubren la verdad por mal querencia que han contra algunos”.

¹²⁵ Jerónimo Benito FEIJOO, *Teatro crítico universal o discurso varios en todo género de materias para desengaño de errores comunes*, Madrid, Real Compañía de Impresores, 1775, p. 265.

¹²⁶ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-EI Colegio de Michoacán, Vol. 4, Libro V, I, 4.

diversas castas novohispanas: zambos, mulatos, lobos, mestizos y por supuesto indios, negros y españoles.

En sus declaraciones, todas las partes del proceso indicaban sus generales: origen, calidad, edad (si no la sabían se calculaba en ese momento) y oficio. La mayoría de los testigos de nuestros expedientes rondaban la edad de veinticinco a treinta años, muy pocos eran los que sobrepasaban esa edad. La ley también ordenaba a los justicias tomar las testimoniales con el auxilio de los escribanos,¹²⁷ pero en varias ocasiones también se llegaba a omitir su participación.

En la tradición del *ius commune*, era norma general que en el juicio quedara plenamente demostrada la culpabilidad del delincuente: “en los crímenes, las pruebas deben ser más claras que la luz del medio día”. Es decir, se trataba de juzgar en todos los casos siempre con una *probatio plena*, tal y como lo había enunciado desde el siglo XIII Graciano: “el juez debe juzgar conforme a lo alegado en el juicio, no según su conciencia. Este era un estándar probatorio que hundía sus raíces en la exégesis bíblica, como lo indicaba el Deuteronomio:

No se levantará un solo testigo contra un hombre por cualquier iniquidad o por cualquier pecado que haya cometido; el caso será confirmado por el testimonio de dos o tres testigos. Si un testigo falso se levanta contra un hombre para acusarle de transgresión, los dos litigantes se presentarán delante del Señor, delante de los sacerdotes y de los jueces que haya en esos días. Y los jueces investigarán minuciosamente; y si el testigo es un testigo falso y ha acusado a su hermano falsamente, entonces le haréis a él lo que él intentaba hacer a su hermano. Así quitarás el mal de en medio de ti”.¹²⁸

Bajo esta misma línea dilucidó un alcalde de la Sala del Crimen en un caso de robo en el que se absolvió al reo “en atención a que de esta sumaria no consta justificado el cuerpo del delito que se le imputa [...] y a que toda la substancia de esta sumaria precisamente depende del aserto de dicho guarda vista”.¹²⁹

¹²⁷ *Novísima Recopilación*, XXII, 32, 16.

¹²⁸ Deuteronomio, 19:15-17. En el mismo sentido: Mateo, 18:16: “Mas si no te oyere, toma aún contigo a uno o dos, para que en boca de dos o tres testigos conste toda palabra”. 2 Corintios, 13:1: “Ésta será la tercera vez que los visito. Todo asunto se resolverá mediante el testimonio de dos o tres testigos”.

¹²⁹ AGN, Criminal, 679, 3, fs. 41-50.

Una de las características especiales de este ordenamiento, y que no estaba presente en el territorio castellano, era la asistencia de intérpretes pues muchos de los indios desconocían el castellano. Estos, debían “tener las partes, calidades y suficiencia, que tanto importan” pues eran “el instrumento por donde se ha de hazer justicia”.¹³⁰

Los casos que hemos conocido casi siempre recurrían a ellos ante la ignorancia de la lengua castellana por parte de los indios, incluso hemos constatado asuntos en los que tanto mulatos como españoles conocían las lenguas indígenas que regularmente eran el otomí y el náhuatl, idiomas comunes en los poblados pertenecientes a la jurisdicción de la Sala del Crimen.

Una vez establecida la identidad del reo, el juez procedía a dictar un auto de “mandamiento de prisión”. Regularmente este se dictaba, como ya aseveramos, el mismo día de la presentación de la querrela. En el caso del reo ausente, se ordenaba citarlo por edictos que eran dictados tanto en la iglesia, como en la cárcel de la población durante nueve días consecutivos.¹³¹ Y cuando la identidad del acusado fuera desconocida, se ordenaba a los alcaldes a recibir la denuncia y dirigirse al lugar de los hechos para realizar las diligencias debidas.¹³² En nuestros expedientes hemos observado que incluso en el caso de los salteadores de caminos, los querellantes conocían la identidad de sus agresores.

Posteriormente, el acusado, ya presentado ante el juez, rendía su confesión de los hechos, la que lógicamente casi siempre era contraria a la declarada por el querellante y hasta ahora no hemos encontrado algún allanamiento. Al respecto, la doctrina indicaba una declaración indagatoria previa, que buscaba, por la inmediatez de los hechos, que el reo no falseara su información. Tal y como advertía Castillo de Bovadilla: “Y para mejor averiguar verdad [...] advierta el Corregidor que, brevemente tras la sumaria información, y luego que el preso entra en la cárcel, se le tome la confesión, antes que tenga noticia de los indicios [...]”.¹³³

Sin embargo, en la praxis, hemos encontrado que todos los casos sólo tenían una confesión, en la que quizás también estaba presente la parte

¹³⁰ *Recopilación*, II, 29, 1.

¹³¹ AGN, Criminal, 238, 9, fs. 205-234.

¹³² *Novísima Recopilación*, XXII, 33, 4.

¹³³ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores [...]*, II, III, XV, 60.

acusadora por haberse realizado el mismo día o con pocas horas de diferencia. Aunado a ello, por tratarse de litigios realizados la mayoría de las veces en la misma población, o en vecinas, el reo había sido ya advertido, por el rumor o el chisme, sobre su posible detención y la identidad de su acusador.

En su declaración, el reo estaba obligado a “declarar y responder la verdad de lo que se le preguntaba”.¹³⁴ Sin embargo, los tratadistas no veían a la confesión como “prueba plena”. Sobre esta cuestión, Hevia Bolaños indicaba que “el reo, por su sola confesión no puede ser condenado, sino es que juntamente con ella ocurra otra prueba, o por lo menos conste por ella que el delito fue cometido”.¹³⁵

Al momento de tomar la declaración del reo, el juez ordenaba mediante un auto que se le nombrara un defensor o curador *ad litem*, cargo que casi siempre recaía en personas legas y vecinas del pueblo, quienes a pesar de su desconocimiento de las cuestiones técnico-jurídicas, al protestar el cargo declaraban que “se auxiliarían de letrado”. En el supuesto de que el crimen hubiera sido cometido por dos o más personas, la ley prohibía que a cada una de ellas se le siguiera un proceso distinto, de esta forma, todos debían acumularse en uno solo.¹³⁶

Una vez concluida la confesión del reo, el juez procedía a dictar un auto de secuestro de bienes, por el cual ordenaba al alguacil o al escribano que se apersonaran en el domicilio del reo para proceder a su secuestro.¹³⁷ Realizado el acto, se procedía a nombrar a alguna persona, preferentemente una autoridad del lugar, para que cuidara los bienes en tanto se dictaba sentencia. También acontecía que se procedía al secuestro sin la presencia del acusado.

De manera simultánea, el juez dictaba un auto de encarcelamiento.¹³⁸ Sólo recordemos que para ese momento, la cárcel no era vista como una pena,

¹³⁴ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 13, 3.

¹³⁵ *Ibidem*, III, 14.

¹³⁶ *Novísima Recopilación*, XXII, 33, 8. Así aconteció en un caso de robo y lesiones en un pueblo de Xochimilco, en el que fueron tres los partícipes de este crimen.

¹³⁷ *Partida 7*, 31, 5: “Otro sí dezimos que todo judgador que ha poder de juzgar a ome a morir por yerro que faga, o que aya fecho, que puede otrosi mandar a tomar los bienes de aquellos que ovieren fecho [...]”. En el mismo sentido Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 1.

¹³⁸ “Recibida la sumaria información, resultando de ella culpa contra los culpados, por cualquiera presunción, o prueba, aunque sea por un testigo menos idóneo, el Juez procede luego, a prisión suya, y secuestro de sus bienes, en caso que en el delito puede haber confiscación de ello, o pena pecuniaria, sin ser necesario para ello citación suya, por el riesgo

sino como una sanción momentánea que seguía la máxima del derecho romano: “Suelen los presidentes condenar a ser retenidos en la cárcel, o a tenerlos reclusos con grillos; pero no deben hacer esto; porque están prohibidas tales penas, pues la cárcel debe ser tenida para custodiar a los hombres, no para castigarlos”.¹³⁹ Las *Partidas* también recogieron con posterioridad este principio: “La cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean juzgados”.¹⁴⁰

Además, de acuerdo con la jurisprudencia, la estancia en prisión tenía efectos benéficos ante una eventual sentencia condenatoria, pues esa permanencia era considerada una causa de aminoración de la pena. Así, Antonio de la Peña, en el siglo XVI, decía sobre esta hipótesis: “es justa causa para disminuir la pena, si el delincuente hubiere estado mucho tiempo preso en la cárcel”.¹⁴¹

La doctrina asentaba que la cárcel no se le daba a todos los reos, pues dependía en gran medida de su calidad. En el caso de las mujeres, se les enviaba generalmente a recogimientos religiosos o se les dejaba en depósito en casa de alguna persona de buena fama.¹⁴² Sin embargo, de manera casi inmediata a su encarcelamiento, era común que los reos solicitaran *per se* o por medio de su defensor su inmediata libertad, argumentaban, casi siempre, motivos de pobreza o estado de salud.

Si el crimen no era “público y escandaloso” y no ameritaba pena pecuniaria, el juez podía permitir la salida del reo “en fiado”, tal y como lo indicaba Hevia Bolaños: “En los delitos en que no puede venir pena corporal,

de la fuga; mas cesante culpa no se puede hacer, ni prender, porque se infama al preso”, Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, IX, 1, p. 207.

¹³⁹ D.48.19.8.9.

¹⁴⁰ *Partida* 7, 31, 4. También se indicaba que: “La cárcel debe ser para guardar los presos et non para facerles otro mal nin para darles pena en ella”. *Partida* 7, 29, 11. Sobre el origen de esta pena véase: John H LANGBEIN, “The historical origins of the sanction of imprisonment for serious crimes”, en *The Journal of Legal Studies*, The University of Chicago Law School, Vol. V (1), enero de 1976, pp. 35-60.

¹⁴¹ Citado por Pedro ORTEGO GIL, “La estancia en prisión como causa de aminoración de la pena (siglos XVII-XVIII)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIV, 2001, p. 47.

¹⁴² “La cárcel se ha de dar al preso, según su calidad, porque no se ha de dar al noble, y honrado, como al vil, y al vil como al noble, sino diferente [...] Y asimismo se ha de dar a las mujeres diferente, y apartada de los hombres; y siendo honestas, si no es por negocio grave, no han de ser presas en la cárcel pública; y pudiendo asegurarse con fianza, o en alguna reclusión de Monasterio, se ha de hacer”. Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica.*, III, XI, 11, p. 209.

sino pecuniaria, debe el Juez dar en fiado al preso, aunque sea durante la litis de la causa; y si no lo hiciere, hace injuria, de la que es tenido en residencia”.¹⁴³ Y en algunas ocasiones, como en el caso de las heridas, los defensores apelaban a la “piedad” del juez para dejar salir en fiado de la cárcel al reo enfermo: “el enfermo, o herido gravemente, no ha de ser traído a la cárcel, sino tenerle en otra prisión con seguridad”.¹⁴⁴ Sobra decir que una vez pagada su fianza, el reo podía continuar con el juicio fuera de la prisión.

Cuando el crimen era un homicidio o lesiones, se ordenaba al escribano a que se dirigiera al lugar de los hechos para dar “fe del cuerpo”, o bien, constatar las lesiones del querellante. Casi siempre se acudía en compañía del cirujano para que certificara la muerte.¹⁴⁵

Recabadas la querrela, la confesión y las testimoniales de ambas partes, el juez procedía a dictar el cierre de la etapa sumaria o “el corte”, y se entraba en la etapa del “plenario”, la cual consistía básicamente en correr traslado de la confesión al querellante o al fiscal para que planteara nuevamente, y de manera pública, una acusación formal y con datos más precisos sobre el crimen. Por su parte, el reo debía proceder a contestar esta acusación con el auxilio de un defensor que le era nombrado en ese momento.

Sin embargo, los expedientes nos han mostrado que en la totalidad de nuestros casos se salvaba esta parte del procedimiento, pero cuando se presentaba eran tan sólo acusaciones breves que confirmaban en todo la querrela inicial, sin agregar más datos.

En realidad, el juez, después de la confesión del reo, ordenaba un auto para citar a los testigos que se hubieran omitido previamente. Con toda esta información reunida del proceso, el juez corría traslado a las partes de una copia de los autos reunidos hasta ese momento.¹⁴⁶

De manera simultánea, o a veces con algunos días de diferencia, se dictaba un auto de término probatorio de nueve días o seis (estos solamente fueron dos expedientes) para que se ratificaran los testigos y se tomara su declaración y en muchas ocasiones, una o ambas partes solicitaban la prórroga del término por otros nueve días, pero también observamos un caso en el que

¹⁴³ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, XI, 14.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ AGN, Criminal, 232, 38, fs. 327-370; y AGN, Criminal, 590, 20, fs. 25-91.

¹⁴⁶ *Novísima Recopilación*, XXII, 33, 8.

el curador *ad litem* solicitó veintiún días más. La querellante y el acusado debían además confirmar su declaración previa, la cual siempre coincidía.

Aunque nuestras fuentes sólo nos mostraron a las pruebas confesional y testimonial, se debe advertir que la doctrina y la legislación permitían la utilización de otras pruebas como la documental¹⁴⁷ y la indiciaria¹⁴⁸, pero no abundaremos en este tema por no haber estado presente en nuestras fuentes.

Otro tema interesante es el del tormento judicial. Los expedientes analizados no arrojaron luz sobre este tema, sólo en un asunto se procedió a los azotes de un sospechoso para que confesara su crimen. Al final, el hombre confesó el homicidio, pero en la apelación ante la Sala, por medio de su defensor, se declaró inocente e indicó que su confesión había sido arrancada por ese tormento.¹⁴⁹

Respecto a la temporalidad, los juicios no podían ser eternos, siguiendo a Murillo, podemos indicar que su duración, como máximo, era de dos años en materia penal y tres para la materia civil, contados a partir del momento de la contestación de la demanda.¹⁵⁰ En la praxis, los expedientes que hemos manejado reflejan una gran celeridad en el proceso, y eran muy pocos los casos que superaban los tres meses, causalidad entendible por el hecho de la cercanía con la Sala del Crimen. La mayor parte de ellos se tramitaban en menos de cuatro semanas.¹⁵¹

Sólo hemos encontrado un asunto cuya resolución demoró más de un año, pero en este caso los indios a quienes se seguía el proceso fueron exhortados hasta en tres ocasiones para que pagaran los servicios de la justicia real, cuestión que desatendieron en igual número de ocasiones.¹⁵²

¹⁴⁷ *Partida* 3, 18, 1: "Escritura de que nace averiguamento de prueba es toda carta que sea fecha por mano de escrivano [...]".

¹⁴⁸ *Partida* 3, 14, 12: "Pero cosas y a señaladas en el pleyto criminal se prueba por sospechas moguer non se averigue por otras pruebas".

¹⁴⁹ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 2: "El tormento se da para averiguación, y prueba, no habiendo plena probanza; porque habiéndola, no se puede dar [...]". Sobre el tema de la tortura *cfr.* Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial en España*, Barcelona, Grupo Planeta, 1994; y Susana GARCÍA LEÓN, "La aplicación del tormento judicial en la Nueva España: el ejemplo de tres pleitos sustanciados en la Mixteca Alta durante el siglo XVII", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. Extra 2, 2010, pp. 129-145.

¹⁵⁰ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, I, 16.

¹⁵¹ María Paz ALONSO ROMERO, "El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5, 2001, pp. 23-54.

¹⁵² AGN, Criminal, 27, 5, fs. 3-12.

Previo al dictado de la sentencia, era común que los defensores y procuradores esgrimieran sus argumentos finales. En ellos, expresaban de manera breve y concisa las razones por las que se les debía liberar o atemperar la pena. De nueva cuenta debemos remarcar que los argumentos vertidos por los defensores en muy pocas ocasiones eran sumamente estructurados, por lo que no citaban de manera directa a la doctrina y a las leyes de la época.

Resulta de singular interés una elaborada defensa en un caso de homicidio, en el cual se acusaba a Manuel Martínez de Alcázar de haber dado muerte a su mujer y a un tal Juan Joseph Pérez de Castro. Aunque desconocemos la fecha exacta del juicio, y el grado de apelación, es de intuir que en el caso es cuestión bien pudo haberse tratado de un marido que descubrió a su mujer en el lecho conyugal con otra persona.

Para Cristóbal de Villarreal, el abogado defensor, Manuel Martínez había realizado los homicidios “porque se juzgó ofendido, valiéndose de la ley que a todos en todas las esferas comprende”.¹⁵³ Como puede observarse el acusado se había sentido “ofendido”, es decir, había sido burlado en su fama pública, en su honra.

En su alegato jurídico, el abogado recurrió a intentar probar excepciones procesales para lograr la libertad de su defendido, auxiliándose siempre de una infinidad de autores del *ius commune* como: Gonzalo Suárez, Diego Pérez de Salamanca, Antonio Tesauro, Jacobo Menochio, Próspero Farinaccio, entre otros. Desgraciadamente desconocemos el contenido de la sentencia.

En otras ocasiones, cuando los alegatos no alcanzaban para demostrar la inocencia del defendido, la mayoría de los defensores apelaban a la “piedad” y “misericordia” del juez para que la pena fuera atenuada. Debemos entender la lógica de esta argumentación dentro del contexto de una cultura católica que veía al perdón y a la misericordia como los actos de mayor trascendencia dentro del cristianismo.¹⁵⁴

¹⁵³ *Alegato jurídico de Cristobal de Villarreal en defensa de Manuel Martínez de Alcázar*, México, 16¿?

¹⁵⁴ Este tema será abordado con mayor amplitud en el capítulo quinto.

Concluida la fase probatoria el juez dictaba un auto de remisión a la Sala del Crimen, en donde un alcalde, o un asesor letrado, se encargaban de dictar su sentencia, la cual no demoraba más de tres semanas.

Los juicios podían concluir por sentencia definitiva, sentencia interlocutoria, o bien por mutua voluntad de las partes. En algunos juicios, como en los de lesiones, la mayoría de los asuntos concluyeron tan sólo con la querrela y la probanza de testigos, sin la confesión del reo y, obviamente, sin sentencia.

Las resoluciones normalmente eran muy escuetas y contrario a las modernas, no se fundamentaban ni motivaban y debían ser escritas con “buenas palabras, e apuestas que lo puedan bien entender sin duda alguna, y señaladamente debe ser escrito en el de ella”.¹⁵⁵

Pero ¿por qué acontecía así? Para Pedro Ortego (quien no comparte la visión presentada por Carlos Garriga y Marta Lorente)¹⁵⁶ esta situación se presentaba porque:

Quien repase los escritos de abogados contenidos en las causas criminales custodiadas en los archivos, comprobará que en ellos no se menciona una ley concreta. A lo sumo encontrará menciones genéricas a la ley, a las leyes de *Partidas* o a las leyes recopiladas. Lo que se alegaba, y estos escritos de abogados lo demuestran, es una inmensa construcción jurídica, encerrada en prácticas y tratados difundidos por toda Europa. Los abogados se acogen en sus escritos a las tachas de los testigos, la buena fama y el comportamiento cristiano de sus defendidos, y los argumentos jurídicos (más que legales) que amparaban su defensa o, al contrario, su acusación. Si el juez debía de estar a lo alegado y probado, y los abogados no alegaban leyes concretas sino elaboraciones doctrinales, ¿por qué el juez debía motivar sus sentencias en leyes particulares que no habían sido alegadas?¹⁵⁷

Sobre este punto Hevia Bolaños decía que en ella bastaba “declarar el delincuente haber cometido el delito, aunque no se exprema la pena, por ser visto ser interpuesta por Ley determinada; mas no lo siendo, sino arbitraria, es necesario que se exprema en la sentencia, aunque ahora sea legal, o arbitraria;

¹⁵⁵ *Partida* 3, 22, 5.

¹⁵⁶ Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, “El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 1, 1997, pp. 97-144. Sobre la importancia de la motivación de las sentencias en el derecho del Antiguo Régimen y del moderno ver Michele TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, Trad. Lorenzo Córdova Vianello, México, TEPJF, 2006, pp. 302-394.

¹⁵⁷ Pedro ORTEGO GIL, “Sentencias criminales en Castilla: entre jueces y abogados”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 10, 2013, p. 363.

siempre se imponga, y declare en ella cierta, y determinante para mayor claridad, y evitar toda duda [...]”.¹⁵⁸

Un ejemplo lo constituye un asunto en el que fue juzgado el indio Julio Mateo acusado del crimen de “golpes” y el que se determinó lo siguiente: “Mando sea suelto el dicho Julio Mateo sin que se le lleven costas algunas y se le vuelvan las que se les vieran llevado el cual pida y siga su justicia [...]”.¹⁵⁹

En general, todas las decisiones analizadas contenían el mismo formato y extensión, y comparadas con algunas que nos presentó Tomás y Valiente para el caso de Castilla, es de suponer que ésta fue la norma en toda la Monarquía.¹⁶⁰

La materia de las sentencias podía ser de muy distinta índole desde el destierro, el trabajo en obrajes, el pago de dinero y, casi siempre, el pago de costas judiciales.

Además, las penas podían ser legales o arbitrarias. Legales eran todas aquellas en las que la ley establecía una pena exacta aplicable al caso concreto. Sin embargo, la mayoría de las penas de los jueces se desplazaban en el ámbito del arbitrio judicial, es decir, al no ser todos los casos iguales, los jueces gozaban de discrecionalidad para dictar la resolución que ellos consideraran más justa.¹⁶¹

Como veremos en las siguientes páginas, la legislación era rígida en los casos de los crímenes graves, los cuales eran acreedores a una pena incluso de muerte. Las sentencias en primera instancia, podían ser apeladas ante la Sala del Crimen y se realizaban ante el alcalde, quien conocía en vista y revista. Sólo cuando en ambas instancias se hubiera declarado la pena de muerte, el asunto se turnaba al Consejo de Indias como último recurso.

En oposición, los expedientes nos muestran que eran muy pocos los casos cuyas sentencias llegaban a la pena capital y cuando esto sucedía, se trataba de asuntos como el de Jacinto Manzano, quien fue así sentenciado en primera instancia por haber dado muerte a su mujer. Aunque apeló su

¹⁵⁸ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, III, 17, 2.

¹⁵⁹ AGN, Criminal, 235, 26-27, f. 312.

¹⁶⁰ Francisco TOMAS Y VALIENTE, “El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 31, 1961, pp. 94-114.

¹⁶¹ El tema será abordado con mayor cautela en el capítulo quinto.

sentencia ante la Sala, ésta decidió que fuera declarada “desierta, nula y de ningún valor y la tenga por consentida y pasada por cosa juzgada”.¹⁶²

Este caso, como se verá en el capítulo siguiente, constituía una excepción, pues el crimen en cuestión había sido “atroz”, por lo que no tenía subterfugio legal para evitar la pena capital. Diferente fue el caso de Juan de Ibarreta, a quien el Consejo de Indias perdonó la pena de muerte por el homicidio del mestizo Luis Tello.¹⁶³

Era norma general que los alcaldes ordinarios estuvieran facultados para condenar a pena de muerte, pero no podían ejecutarla “en ningún caso sin otorgar la apelación” a las partes. En caso de que éstas no apelaren, o que los presos fueren dados por libres, los jueces estaban obligados a enviar los procesos a la Sala del Crimen para su conocimiento.¹⁶⁴

Sin embargo, podía ocurrir que los alcaldes del crimen optaran por no sentenciar a la pena de muerte, tal y como narraba en 1586 el alcalde Santiago del Riego. Explicaba cómo aunque en la primera instancia había sentenciado a la pena capital a Luis Díaz de Medina y Gabriel de Baría (no indicaba el crimen), siempre estuvo “resoluto a otorgarles la apelación”, pero al mismo tiempo estuvo dispuesto a ejecutarla, pues ordenó que los susodichos fueran llevados a la horca con la intención de que mediante la simulación de su ejecución decidieran declarar sobre sus cómplices. Incluso con esta tremenda tortura psicológica, los apelantes no declararon en contra de persona alguna, por lo que el alcalde procedió a otorgarles la apelación.¹⁶⁵

Regularmente, las penas graves eran conmutadas por algunos años de destierro en zonas inhóspitas como el norte de México, en las galeras españolas o de plano eran desarraigados en las Filipinas. La medida parecía estar dentro de la lógica criminal de la Monarquía, pero hacia 1672 encontramos una queja por parte del virrey marqués de Mancera, para quien la mayoría de las veces esta pena constituía más un premio que un castigo. Su afirmación se basaba en que al ser enviados a lugares en donde escaseaba la gente, los condenados eran apreciados y, continuaba:

¹⁶² AGN, 590, 20, f. 90v.

¹⁶³ AGI, México, 1090, L. 7, F. 234V-236R.

¹⁶⁴ AGI, México, 46, N. 34, s/f.

¹⁶⁵ AGI, México, 70, R. 9, N. 134.

[...] aunque vayan con título de delincuente y forzados de más libertad y presunción de la que conviene al modo de vivir que han tenido y sucede a veces volverse a estas ciudades antes de cumplir el servicio y a otras partes donde fueron desterradas o con título que traen de inútiles o con que han tenido allá para alcanzar la licencia o cohechando a los maestros de los navíos que vienen para que sin ella los embarquen y de esta manera quedan mal castigados y ellos y otros sin escarmiento y más atrevidos. Los de las galeras de España también tienen muchos inconvenientes y menos cierta la ejecución, porque muy pocos de estos llegan a España, que en viaje tan largo de tierra y más hallan muchas ocasiones de huirse y particularmente en la Habana y apenas hay quien se ose encargar de ninguno de ellos aunque son apremiados.¹⁶⁶

Para el virrey, el desprendimiento de los hombres de sus lugares de origen a sitios tan remotos traía como consecuencia que sus hogares quedarán vacíos, por lo que muchas de las “mujeres de mal vivir resultan de casas que quedan perdidas por embarcaciones de los maridos”. Por ende, sus mujeres, “mozas y pobres”, terminaban por cometer “grandísimos daños, unos más públicos y otros menos”.

Una posible solución para evitar estos excesos consistía en mandar a los hombres a los ingenios de minas. Pero en esta hipótesis, el virrey igualmente encontraba inconvenientes, pues la mayoría de los españoles condenados, aun los de “ruin condición y graves delitos”, pretendían ser tratados como hidalgos y caballeros, por lo que los propietarios de las minas los tendrían en “público respeto”. Además, podrían acontecer graves motines de indios en las minas, siempre azuzados por los españoles. Ante este adverso panorama, el virrey concluía que esta pena se experimentaría primeramente con negros, mulatos y mestizos y el resultado mostraría “qué era más de utilidad que de inconveniente”.

Otra situación parecida aconteció en 1638, pero relativa a los indios. El virrey Lope Díez, marqués de Cadereyta, asentó en su correspondencia, con base en la legislación, que la pena de galeras les estaba prohibida “para que no se [sacaran] de las tierras de su naturaleza”, aunque la gravedad de sus delitos tuviera pena de muerte, pero estaba demostrado que a los indios las penas de azotes, destierro, servicio del desagüe general de la ciudad y las

¹⁶⁶ AGI, México, 24, No. 54. (AGI, México, 46, N. 34.)

minas, obraba en ellos “poco miedo y escarmiento”, pues de manera inmediata huían y de esta forma no podían satisfacer “a las partes interesadas”.¹⁶⁷

Además, continuaba el virrey, el tiempo que pasaban en los obrajes era innecesario ya que no aprendían oficio alguno. Lo mismo se podía decir de la pena de azotes, a la cual no temían “pues tenían por de más valor al que ha sido más veces castigado con ellos”.

La carta del virrey hacía referencia a que la pena de servicio en obrajes había ido desapareciendo poco a poco ante el temor de que conllevara a la esclavitud perpetua, sin embargo, las constantes visitas de los oficiales de la Real Audiencia, prevenían este hecho, por lo que solicitaba a la autoridad que de nueva cuenta fuera permitida esta pena. En su contestación, el rey prohibió que los indios fueran condenados a servicio y “que los delitos que cometieren se castigaren conforme a derecho”.

Mas el foro no era el único espacio en el que se perdonaba, pues paralelo a él existía una justicia que esquivaba al juzgado y se presentaba en forma de composición entre las partes, auxiliados por un escribano. Ésta era una justicia lograda sin la intervención oficial y en los que el perdón formaba parte de esa cotidianeidad, tal y como lo revelan documentos notariales en los que el perdón era otorgado aun en crímenes graves.¹⁶⁸

Así, en 1557 Diego de Aguiar le otorgaba el perdón a Diego Gutiérrez, quien lo había intentado matar de un espadazo durante una confrontación que habían tenido, pero finalmente había decidido eximirlo de toda “culpa tanto legal como moral”.¹⁶⁹

Incluso en un homicidio era factible el perdón, como aconteció con Ana de Rojas, quien dispensó a Pedro de Gorostola el asesinato de su marido por la suma de trescientos pesos de oro común.¹⁷⁰ En definitiva, tal y como apuntaba Julio Claro: “lo lícito es hacer la paz por cualquier crimen”.¹⁷¹

¹⁶⁷ AGI, México, 75, N. 36, s/f.

¹⁶⁸ La historiografía francesa, después de la obra de Benoit Garnot ha insistido mucho en estas formas alternativas de resolución de conflictos, idea que a veces se nos quiere hacer pensar es por entero moderna. Véase: Benoit GARNOT, “Justice, injustice, parajustice et extrajustice dans la France d’Ancien Régime”, en *Crime, History and Societies*, Vol. IV, No. 1, 2000, pp. 103-120. Para el caso de España: Tomás MANTECÓN, “El peso de la infraudicialidad en el control del crimen durante la Edad Moderna”, en *Revista de Historia Moderna*, No. 28, 2002, pp. 43-76.

¹⁶⁹ Archivo General de Notarías (en adelante AGdeN), Notaría 1, vol. 154, ficha 73.0.

¹⁷⁰ AGdeN, Notaría 1, vol. 179, ficha 320.

¹⁷¹ Citado por Alejandro AGÜERO, “El testimonio procesal [...]”, p. 52.

Hemos visto que en el lenguaje del derecho penal secular se buscaba siempre el restablecimiento de la paz, del orden roto, antes que su criminalización. El procedimiento criminal constituía así el cimiento sobre el cual descansaba este proyecto. Basado en la jurisdicción, servía como medio racional para dirimir las controversias, pero no siempre en términos coercitivos. En síntesis: se precisaba de la *correctio* no de la *sanctio*.

A modo de conclusión, hemos visto que derivado del proceso de construcción de la jurisdicción se presentó una dinámica de institucionalización del espacio que por el hecho de su novedad alojó en su seno conflictos en el nivel interno y en el externo. Además, pudo establecerse un nuevo modelo de resolución de conflictos y del cual los indígenas se hicieron partícipes de manera inmediata, pues comprendieron que en él se podía obtener justicia, siempre atendiendo a la imagen de un Dios, un rey y un juez justos.

CAPÍTULO 2

EL HOMICIDIO

Sumario: 2.1. Definiciones legales y doctrinales; 2.2. La mulata Melchora: ¿muerte no intencional?; 2.3. La ebriedad; 2.4. La pena del saco novohispana

2.1. Definiciones legales y doctrinales

Desde tiempos inmemoriales, y en todas las sociedades, el homicidio ha sido visto como uno de los delitos más graves y que más perjuicio ocasionan al tejido social, pues con él se priva al individuo de su mayor bien: la vida. La respuesta más utilizada para reprimir a los criminales que lo han cometido ha sido, casi siempre, la *lex talionis*, es decir, la reparación del daño por medio de la muerte del homicida.¹⁷²

La tradición jurídica medieval se mostró particularmente rígida en los castigos de estos crímenes, recordemos tan sólo algunas de las penas establecidas en el derecho castellano de más antigua data, el visigótico. En una sociedad como aquella, caracterizada por la violencia, era imperativo establecer castigos muy férreos para quienes infringieran esta normativa.

Sin embargo, recientemente la historiografía jurídica ha identificado que durante estos siglos el delito de homicidio fue castigado muy pocas veces con la pena de muerte. Los datos expuestos por otros autores de Francia, España, Italia y Alemania, nos indican que podríamos hablar de un fenómeno continental en el que se aprecia una constante aminoración, tanto de los delitos de sangre como de la pena de muerte, hasta finales del siglo XVIII. Así, aunque en la ley la pena fuera directamente proporcional al delito perpetrado, la praxis judicial, como lo hace ahora, operaba de una forma completamente diversa.

En Hispanoamérica igualmente, hasta hace poco, era común identificar a las instituciones procuradoras de justicia con una imagen coercitiva, en donde las penas para los delitos graves también eran inclementes. Para asegurar esta imagen, la historiografía recurrió frecuentemente a las leyes penales, que en este caso se circunscribían *grosso modo*, según el orden de prelación de la

¹⁷² Para un entendimiento del origen de la ley del talión, véase: Jann ROTHKAMM, *Talio esto. Recherches sur les origines de la formule 'oeil pour oeil, dent pour dent' dans les droit du proche-orient ancien et sur son devenir dans le monde gréco-romain*, Berlín, De Gruyter, 2011.

época, al *Ordenamiento de Alcalá*, los fueros y las *Siete Partidas*, aunque para el caso indiano éstas se veían robustecidas por cédulas y ordenanzas adecuadas a su realidad. Cuando alguna persona consulta estas leyes es común que aflore en su pensamiento una idea negativa como la anteriormente descrita, pero la realidad difería del discurso normativo.

Así, en el caso del continente americano, Alejandro Agüero nos indica que sólo el cinco por ciento de los homicidios eran castigados con la pena de muerte en Córdoba del Tucumán, Argentina.¹⁷³ Para la Nueva España, el profesor Sánchez-Arcilla, con base en documentación del siglo XVIII, y después de analizar 569 casos de homicidio extraídos de las cuerdas de reos, ha concluido que los homicidas eran condenados en promedio a penas de cinco a seis años en presidios o arsenales, por lo que asevera que la Real Audiencia fijó la pena de homicidio simple en cuatro años y en casos de homicidio doloso se incrementaba de uno a dos años más.¹⁷⁴

En nuestra tradición jurídica, fue al crimen de homicidio al que más páginas dedicaron los tratadistas, mientras que la cultura cristiana identificó a este crimen como el más atroz de todos los que existían, tan así que le dedicaba un mandamiento expreso en el Decálogo: “No matarás”,¹⁷⁵ y expresaba: “El que derrame sangre de hombre, por el hombre su sangre será derramada, porque a imagen de Dios hizo él al hombre”.¹⁷⁶

La doctrina jurídica romana también dedicó amplias páginas al análisis y posibilidades de este delito, aunque, como bien indicaba Theodor Mommsen, el origen de la palabra *homicidium* es posterior, pues anteriormente eran utilizadas palabras auxiliares como sicario (*sicarius*) y envenenador (*veneficus*) y en tiempos más antiguos sólo se utilizaba el vocablo *parricidium* para

¹⁷³ Alejandro AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII Y XVIII*, Madrid, CEPC, 2008, p. 173.

¹⁷⁴ José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, “El arbitrio judicial en la Nueva España. Los delitos contra la vida en las cuerdas de reos”, en José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, (coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 461-471. El profesor Sánchez-Arcilla narra el caso de un parricida que asesinó a sus padres y a dos personas más, pero sólo fue sentenciado a diez años de presidio.

¹⁷⁵ Éxodo 20:13 y Deuteronomio 5:17.

¹⁷⁶ Génesis 9:6.

designar cualquier tipo de muerte violenta.¹⁷⁷ La palabra sólo adquirió presencia hasta las constituciones imperiales.¹⁷⁸

Las *Partidas* definían al homicidio como “cosa que facen los homes a las vegadas et a tuerto et a las veces a derecho”.¹⁷⁹ Y proseguían: “Homicidium en latin tanto quiere decir como matamiento de home, et deste nombre fue tomado homecillo”.¹⁸⁰

Agregaban que no existía un único tipo de homicidio, sino tres: “la primera quando mata un ome a otro torticeramente; la segunda quando lo faze con derecho tornando sobre si; la tercera quando acaese por ocasion”.¹⁸¹ En el caso del homicidio “simple” se sentenciaba a la pena de muerte, tratándose de hipótesis con agravantes como el parricidio o el aborto, las penas eran muy diversas pero igualmente trascendentales.

Desde el siglo XIII la doctrina del *ius commune* inició una clasificación sobre las diversas hipótesis de este crimen, y de manera general, se decantó por seguir la siguiente taxonomía:

1. *Homicidium obiective illicitum (homicidium simplex, homicidium qualificatum, homicidium casuale, homicidium voluntarium).*
2. *Homicidium obiective licitum (defensio necessaria).*¹⁸²

Para los canonistas y teólogos podían existir otras clasificaciones, así lo exponía el Hostiense, para quien existían dos tipos de homicidio: el espiritual y el corporal. El primero consistía en ocho tipos, mientras que el segundo en sólo dos: voluntario y casual.¹⁸³

La tradición del *ius commune* lo definía en líneas generales como “el asesinato de un hombre [...] un pecado contra el quinto mandamiento; sin embargo, el homicidio sólo significa un acto externo consumado, por el cual un hombre es privado de la vida misma”.¹⁸⁴

¹⁷⁷ Theodor MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, Analecta Editorial, 1999, pp. 388-389.

¹⁷⁸ Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953, p. 487.

¹⁷⁹ *Partida* 7, 8, proemio.

¹⁸⁰ *Partida* 7, 8, 1.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² Sibylle SCHNYDER, *Tötung und Diebstahl. Delikt und Strafe in der gelehrten Strafrechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2010, pp. 63-81.

¹⁸³ HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Venetiis, Vol. V, 1574, p. 1158.

¹⁸⁴ “*Homicidii actum, non aliud est, quam ominis occisio. Licet autem voluntas iniusta occidendi, peccatum sit intentum homicidii contra quintum decalogi praeceptum; homicidium tamen solum*

Esta definición de Luis de Molina nos permite observar algunos elementos de este crimen como lo eran la “injusta voluntad” de matar y la exteriorización de un “acto externo consumado”. Además, agregaba el autor, se trataba de un crimen que atacaba directamente al quinto mandamiento y en el que debía existir un *dolus* o un *animus occidendi*. Este era el principal criterio para diferenciar las diversas clases de homicidio que existían entre los autores.¹⁸⁵

Desde Gregorio IX, en su *Decretalium Compilatio*, los juristas habían comenzado a diferenciar entre homicidio voluntario y casual, tomando como base la distinción romana entre homicidio doloso¹⁸⁶, preterdoloso¹⁸⁷ y causal.¹⁸⁸ Hacia el siglo XV, la jurisprudencia realizaría una distinción más sutil, al diferenciar entre la intención maligna (*dolus*), la simple negligencia (*culpa*) y el caso fortuito (*per infortunium*).

Por lo que respecta al dolo existían dos tipos: el *animus occidendi* (intención de matar) y el *animus vulnerandi* (intención de lastimar). Debemos recordar que en el derecho medieval no existían lo que actualmente son conocidas por la doctrina como agravantes y atenuantes. Sobre este tema, en el derecho penal medieval castellano, la profesora Emma Montanos se ha manifestado porque éstas no eran en realidad tales, sino que constituían delitos

significat actum externum consummatum, quo homo re ipsa vita privatur”. Citado por Sibylle SCHNYDER, *Tötung und [...]*, p. 65.

¹⁸⁵ Sobre el tema del surgimiento del *dolus* en el derecho penal europeo ver: Woldemar ENGELMANN, *Die schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895.

¹⁸⁶ D. 48.8.1.pr: “Esta sujeto a la ley Cornelia sobre los sicarios y envenenadores el que hubiere matado a un hombre, o aquel por cuyo dolo malo se hubiere producido un incendio; o el que para matar a un hombre o cometer un hurto llevare consigo dardo, o el que siendo magistrado, o presidiendo juicio público, hubiese procurado que alguno diera falso indicio, para que fuese demandado y condenado algún inocente”.

¹⁸⁷ D. 48.8.1.3: “El divino Adriano respondió por rescripto, que el que mató a un hombre puede ser absuelto, si esto lo hizo no con ánimo de matarlo; y que el que no mató a un hombre, sino que lo hirió para matarlo, ha de ser condenado como homicida, y que esto se ha de determinar según el caso; porque si desenvainó la espada, y le hirió con ella, indudablemente que esto lo hizo él con ánimo de matarlo; pero si en riña lo hirió con una llave, o con una sartén, aunque lo haya herido con hierro, pero no con ánimo de matarlo, se ha de suavizar la pena del que en riña cometió un homicidio, más bien por casualidad, que con voluntad”.

¹⁸⁸ D. 48.8.4.1: “Habiendo uno dado por lascivia ocasión para la muerte de alguien, se aprobó por el Divino Adriano el acto de Ignacio Taurino, Procónsul de la Bética, quien lo relegó por un quinquenio”.

diferentes.¹⁸⁹ Se trataba más de “tipos penales” fragmentados destinados a identificar conductas criminales similares.¹⁹⁰

Compartimos el punto de vista de la profesora Montanos, pues en la práctica judicial se prescindía de la abstracción. Así, el derecho penal de este momento era eminentemente casuístico, se encargaba de juzgar *casum per casum*, siguiendo siempre la máxima romana consagrada en el Digesto: “El Derecho aplicado al caso singular no se toma de la regla, sino que del Derecho aplicado al caso se ha inferido la regla”. Cada caso que se resolvía en el foro (como veremos a continuación) era distinto y constituía una nueva regla que podía servir como precedente, aunque no forzosamente, para resolver nuevas y futuras causas.¹⁹¹

En la práctica, el derecho consuetudinario castellano no seguía esta distinción doctrinal. Ahí, el elemento objetivo, es decir, el daño ocasionado a la persona, jugaba un papel importante para determinar la pena, no así el elemento subjetivo, o la voluntad del sujeto. José Orlandis detectó bien como a mediados de los siglos XIII y XIV, apareció el elemento de la voluntad en algunos fueros y en delitos como el de *traycion*. Igualmente, la ausencia de intención era un elemento que englobaba a homicidios que violaban treguas, fianza de salvo, la paz especial y la muerte del *inimicus* por la parte ofendida cuando hubieran ya pactado una reconciliación.¹⁹²

Desde el plano teórico, tampoco podemos olvidar a la teología moral, pues durante el siglo XVI tuvo un fuerte impacto en el pensamiento occidental y, recordemos nuevamente, en ese momento existía un diálogo continuo entre la teología y el derecho, así que su estudio resulta imprescindible para un cabal entendimiento del diagrama jurídico de este período. Para el teólogo Enrique de Villalobos, el homicidio consistía de varias hipótesis: precepto, consejo,

¹⁸⁹ Emma MONTANOS FERRÍN, “La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 74, 1988, pp. 399-441.

¹⁹⁰ Enrique ÁLVAREZ CORA, “Tipicidad y fragmentariedad criminal en la España moderna”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 20, 2013, pp. 207-233.

¹⁹¹ D.50.17.1. Para el casuismo indiano véase Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

¹⁹² José ORLANDIS, “Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, No. 16, 1945, pp. 112-192; y “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, No. 18, 1947, pp. 61-165.

permisión, cooperación, animación y auxilio. Además, agregaba, existía el voluntario y el causal.¹⁹³

En principio, como ya advertimos, el homicidio estaba prohibido en atención al quinto mandamiento, sin embargo, la mayoría de autores (tanto teólogos, civilistas y canonistas) creían que era posible justificar la muerte de una persona en situaciones tales como la legítima defensa, o bien en el caso del adulterio de la mujer.

Domingo de Soto iniciaba su disertación sobre el tema aludiendo al derecho a matar a los “animales brutos”, la cual estaba justificada por dos motivos: por derecho natural y concesión divina, pues era permitida para la alimentación de los hombres. Sin embargo, la muerte de un hombre, en principio, estaba prohibida por el derecho natural, ya que atentaba en contra del quinto mandamiento. Mas al cuestionarse sobre la posibilidad de matar a un malhechor, Soto contestaba afirmativamente, pues los hombres malos habían descendido mediante sus actos a la condición de bestias salvajes por lo que se habían corrompido, de tal forma que era “tanto peor y más dañino que una fiera, cuanto que por su ingenio y voluntad dispone de más medios para hacer daño”.¹⁹⁴

Sobre la mujer adúltera discernía de la misma forma con respecto al caso anterior, es decir, había existido una “degeneración de su naturaleza”, por lo que la mujer sí podía ser condenada a muerte, mas no como forma de vindicta privada, sino mediante un juicio. Y si bien existían autores que mencionaban que Jesús había perdonado a la mujer adúltera, de esto no se seguía que él hubiera revocado la ley, sino que solamente había ejecutado un acto de misericordia con ella. Concluía entonces que la muerte de algún malhechor sólo debía intentarse “a juicio de aquél a quien pertenece esta función”.¹⁹⁵

Enrique de Villalobos, en cambio, no concordaba respecto a la licitud de matar a los malhechores y a la mujer adúltera. Respecto a los primeros

¹⁹³ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de la Theologia moral y canonica. Segunda parte*, Barcelona, Sebastián de Cormellas, 1636, p. 223.

¹⁹⁴ Domingo de SOTO, *Tratado de la justicia y el Derecho*, Madrid, Reus, 1922, V, I, 2-3. Las hipótesis que Soto maneja en su obra son varias: *Si los cécigos pueden dar también muerte a los malhechores, Si es lícito darse uno la muerte a sí mismo, Si en algún caso es lícito dar muerte a un inocente*, etc.

¹⁹⁵ *Ibidem*, V, I, 3.

indicaba, bajo la autoridad de San Agustín y Santo Tomás, que era imposible su asesinato, pues “si a cada uno le dejaran matar al delincuente, fuera cosa de brutos, y más si fuera parte, y sin audiencia, y testigos”.¹⁹⁶

Respecto a la muerte de la mujer adúltera tampoco la apoyaba, ya que “era contra razón” que uno sea juez, testigo y acusador. Además, al matar a su mujer, el marido no le permitía escuchar sus posibles excusas, como el haber sido forzada, por miedo o por engaño.¹⁹⁷

Julio Claro exponía en su obra que había dos tipos de homicidio: simple y deliberado. Era simple cuando el acto se realizaba sin la calidad de “ánimo deliberado” y podía ser realizado de cuatro modos: necesidad, caso, culpa y dolo. El deliberado también era clasificado en cuatro especies:¹⁹⁸

Finalmente encontramos la opinión de Pedro Murillo, quien decía sobre este crimen que era “la muerte violenta del hombre perpetrada por el hombre”. Indicaba que existían dos tipos: voluntario o doloso y casual. Respecto al doloso, éste podía ser cometido directa o indirectamente. Sin embargo cabían otras clasificaciones: justo y lícito (necesario) e ilícito e injusto. Por su parte, el casual podía ser clasificado en meramente casual y casual culpable.¹⁹⁹

De nueva cuenta, nos advertía Murillo Velarde, era necesario “que juntamente con la muerte, también se una el ánimo de matar y, por lo mismo, si fuera de toda intención que se siga la muerte, porque alguno solamente pretendía golpear, o herir, pero faltara la intención de matar, no es homicidio directa y perfectamente voluntario”.²⁰⁰

Respecto a la restitución que surgía después de haber privado de la vida a alguien, la teología moral era la que más páginas dedicaba a este asunto. Así, para Villalobos, si alguien mataba a un siervo, el homicida debía restituirle su “valor legítimo” al señor. Si el fallecido era un oficial que sustentaba a su familia, debía serle restituida una cierta cantidad de dinero a ésta, aun cuando el reo ya hubiere sido condenado a una pena corporal, ya que este castigo era

¹⁹⁶ Enrique de VILLALOBOS, *Summa [...]*, p. 224.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 225.

¹⁹⁸ Julio CLARO, *Opera Omnia sive practica civilis atque criminalis*, Lugduni, Ioannem Pavihe, 1661, p. 345.

¹⁹⁹ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-EI Colegio de Michoacán, Vol. 4, 2005, p. 118.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 119.

solamente una recompensa a la injuria causada a la República, la cual no lo eximía de un pago.²⁰¹

Sin embargo, si se mataba al reo a instancia de parte se presumía que previamente había sido ofrecida una determinada cantidad a la familia para su satisfacción y que pudiera ser perdonado el reo. En este caso, si la familia del occiso deseaba solamente la muerte del reo, no había lugar a la restitución.

Tampoco había duda respecto a que el reo pagaba enteramente las costas del juicio, e incluso se debía auxiliar económicamente a la familia por un tiempo que quedaba al arbitrio del juez.

Por lo que hace a nuestros expedientes, regularmente en los casos de homicidio, no encontramos referencia a esta palabra, más bien se mencionaba en la cabeza del proceso “dar muerte”, cuando se trataba del homicidio simple, palabra que según Joaquín de Escriche, continuaba siendo utilizada como sinónimo de homicidio aún a principios del siglo XIX.²⁰²

En las líneas siguientes, abordaremos a través de la casuística algunos de los diversos casos de homicidio que se litigaron ante la jurisdicción de la Sala del Crimen. Con ellos esperamos desentrañar la lógica que guiaba a la administración de justicia novohispana. Las palabras del ilustre romanista Fritz Schultz, aplicadas al derecho romano, siguen siendo válidas para el derecho indiano: “en el principio estaba el caso”.²⁰³

2.2. La mulata Melchora: ¿muerte no intencional?

Hemos visto en el apartado precedente que el *animus occidendi* era el criterio preponderante que tomaba en cuenta el juez para juzgar un homicidio. Sin embargo, no siempre sucedía así y podía acontecer que el homicida hubiera realizado la acción de manera fortuita o no intencional. Demostrar que el dolo no había existido en el crimen era la diferencia entre el castigo, la aminoración de la pena o el perdón. Las *Partidas* hablaban del homicidio cometido “por ocasión”, situación en la cual el agente no se hacía acreedor a pena alguna.²⁰⁴

²⁰¹ Enrique de VILLALOBOS, *Summa [...]*, p. 202.

²⁰² “Muerte: El homicidio o delito que uno comete privando de la vida con hierro, veneno u otra cosa”. Joaquín de ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, Imprenta de Valentín Espinal, 1840, p. 422.

²⁰³ Fritz SCHULTZ, *Principios del derecho romano*, Trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, Civitas, 1990, p. 61.

²⁰⁴ *Partida* 7, 8, 4.

Mas existía el caso del homicidio “por ocasión por culpa que nace del mismo”.²⁰⁵ ¿Qué nos indicaba la doctrina sobre estos casos?

Desde la teología medieval, éste había sido un gran problema, pues el acto del pensamiento no se encontraba en un nivel exterior, sino en el *forum internum*, así que resultaba sumamente difícil conocer en qué casos se había actuado con voluntad o sin ella. Pero era casi una regla general que todos los autores se manifestaran en una aminoración o exención de la pena en el caso de que el crimen hubiera sido cometido sin intención.

Un autor que se mostraba partidario de ello en estos casos era Andrés Tiraquellus, para quien “los crímenes que son realizados bajo el efecto de la cólera o del dolor, no deben ser castigados con mucha severidad [...] porque es extremadamente difícil de atemperar un justo dolor”.²⁰⁶

En el caso del homicidio voluntario, éste ameritaba la muerte, no así el que lo había realizado por accidente, imprudencia o ignorancia del hecho. En estas hipótesis se debía exentar de la pena o imponer una pena atenuada, mas cuando la pena le fuere impuesta al homicida involuntario, ésta debía de seguir a la ley mosaica, es decir el exilio temporal,²⁰⁷ precisiones que tomaban como base a la exégesis bíblica:

Y este será el caso del que mató y que huye allí para vivir: cuando mate a su enemigo sin querer, sin haberlo odiado anteriormente (como cuando un hombre va al bosque con su amigo para cortar leña, y su mano blande el hacha para cortar el árbol, y el hierro salta del mango y golpea a su amigo, y éste muere), él puede huir a una de estas ciudades y vivir. No sea que el vengador de la sangre en el furor de su ira persiga al que lo mató, y lo alcance porque el camino es largo, y le quite la vida aunque él no merecía la muerte, porque no lo había odiado anteriormente [...] Pero si hay un hombre que odia a su prójimo, y acechándolo, se levanta contra él, lo hiere y éste muere, y después él huye a una de estas ciudades, entonces los ancianos de su ciudad enviarán a sacarlo de allí, y lo entregarán en mano del vengador de la sangre para que muera. No tendrás piedad de él; sino que limpiarás de Israel la sangre del inocente, para que te vaya bien.²⁰⁸

Diego de Covarrubias, por su parte, distinguía entre homicidio voluntario y homicidio casual. El primero era el que se cometía con mal ánimo de matar.

²⁰⁵ Partida 7, 8, 5.

²⁰⁶ André TIRAQUELLUS, *De poenis temperandis (1559)*, André Laingui (Introducción, traducción y notas), París, Economica, 1986, causa 1, 22.

²⁰⁷ *Ibidem*, causas 13-15.

²⁰⁸ Deuteronomio 19:1-16. Éxodo 21:12-13: “El que hiera de muerte a otro, ciertamente morirá. Pero si no estaba al acecho, sino que Dios permitió que cayera en sus manos, entonces yo te señalaré un lugar donde pueda refugiarse”.

Siguiendo a San Agustín, señalaba que los pecados se agravaban por los resultados que vienen después y no sólo por los pensados antes.²⁰⁹ Indicaba que sin voluntad:

[...] no puede cometerse pecado ni delito alguno [...] en cuanto lo voluntario constituye el delito, mientras lo involuntario libra de él. Así, el juez no debería aplicar la pena ordinaria cuando ha faltado el ánimo y voluntad directa de matar y según esta imperfección y calibrando la falta de voluntad, podía ponderar la pena si tuvo voluntad directa y perfecta de herir, pero no de matar, aunque por la percusión se haya seguido la muerte, muy por fuera de su querer.²¹⁰

Finalmente, otro teólogo español que también cuestionaría esta posibilidad era Domingo de Soto, para quien la culpabilidad en este tipo de crímenes dependía del elemento volitivo, así “el pecado no existe sino en cuanto es voluntario”; por lo tanto, la persona que matara sin ánimo, no podía ser considerada culpable. Mas cuando ella hubiera ocasionado la muerte como causa de una intención dañina de ocasionar lesiones, sí era culpable de homicidio aunque atenuado.²¹¹

Entre los juristas hispanos, Francisco de la Pradilla, al tratar sobre el homicidio, explicaba que todos los crímenes requerían de “malicia y dolo” para la imposición de la pena ordinaria. Sin embargo, agregaba, la no existencia del dolo en la voluntad del sujeto activo se podía probar mediante conjeturas “como si alguno hirió con la mano y puño, o con palo, o con otro instrumento menos apto para matar, y de tal golpe y herida resultase muerte, tal hombre no debe ser castigado con la pena ordinaria de homicidio; porque se presume, no tuvo ánimo de matar”.²¹²

Casos como el señalado por Pradilla podían acontecer en la praxis judicial, en los que fuera difícil distinguir si el reo había o no tenido la intención de matar, como le sucedió en 1647 a una mulata de Xochimilco llamada Melchora de los Reyes.²¹³

En esta querrela, Miguel de la Cruz, indio natural y principal de la villa, señalaba que el 8 de julio de ese año su esposa Magdalena, su hijo y él se encontraban en su casa “quietos y pacíficos sin dar ocasión ni pesadumbre”,

²⁰⁹ Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona, Bosch, 1959, p. 32.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 33.

²¹¹ Domingo de SOTO, *Tratado [...]*, V, I, 9.

²¹² Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma de las leyes penales*, Madrid, Imprenta Real, 1644, Tomo I, XV, 1-2.

²¹³ AGN, Criminal, 232, 38, fs. 327-370.

cuando su hijo salió en busca de una mula suya pero en el camino fue sorprendido por la mulata Melchora, el indio Juan y el mestizo Luis, quienes lo siguieron hasta la casa de una india llamada Martina, en donde le dieron “muchas cosas”. Ante este acto, la mencionada Martina decidió llevar al niño con sus padres y después de haber explicado los hechos, Miguel Cruz ordenó a su esposa que se dirigiera a la casa de Melchora para solicitarle una explicación.

Pero al llegar a su morada, la mulata, auxiliada por el indio y el mestizo, la comenzaron a golpear. Además, el indio Juan llevó piedras con las cuales la apedrearon, tanto a ella como a Martina, quien la había acompañado. Miguel Cruz agregaría a su denuncia que ésta no era la primera vez que los susodichos actuaban de manera violenta, pues era “público y notorio” que “muy de ordinario maltrataban y aporreaban a los indios del pueblo”. Con esta información, el teniente del corregidor ordenó admitir la querella.

Durante los siguientes días, el querellante presentó las testimoniales de los indios María Martina, Julio Miguel, Miguel Jiménez y Melchora María, quienes aseveraron haberles constado los hechos. De todas estas testimoniales, la de María Martina era la más valiosa, ya que había sido testigo “de vista”. En su declaración aseveró que ese día, como a las cinco de la tarde, se encontraba en su casa cuando arribó a ella un “indiezuelo”, quien le mencionó que era perseguido por tres personas. Apenas terminadas de decir estas palabras entraron en su morada los tres culpables, quienes lo aporrearon y abofetearon.

Luego de este acto llevó al niño a la casa de sus padres, en donde el querellante ordenó a su esposa que fuera a pedir una explicación a la mulata. La testigo acompañó a Magdalena, quien una vez en casa de Melchora “y sin ocasión ninguna [...] la cogió de los cabellos y la aporreó y maltrató [...] y dijo muy malas palabras de injuria y otras malsonantes”.

La testigo afirmó que hacía un año ella también había sido maltratada por Melchora. Además, agregaba, era notorio en el pueblo que tanto ésta como el indio Juan y el mestizo Luis aporreaban frecuentemente a los vecinos del pueblo.

Una vez reunidas las testimoniales, el teniente del corregidor dictó el auto de prisión para los tres involucrados y otro auto en el que ordenaba

realizaran sus confesiones. También se tomó la confesión al médico cirujano, quien certificó que había visto a una india llamada Magdalena “muy enferma y con sudores”.

Con los tres inculpados encerrados en la cárcel pública, se procedió a tomar la confesión a Luis Sánchez, la cual fue pospuesta y se procedió a nombrarle un curador *ad litem*, pues por sus características físicas parecía ser menor de dieciocho años. Una vez nombrado su curador, confesó que el día de los hechos sí había estado presente en la casa de Martina, mas no con el ánimo de lastimarla sino con la intención de “meter paz”. Después, en la casa de Melchora, tampoco había participado en la agresión, sino sólo intentó calmar la situación. Al ser cuestionado sobre su violento comportamiento en contra de los indios de la jurisdicción, negó la acusación diciendo que “los trataba bien”.

El mismo día de la confesión de Luis, el quince de julio, se notificó a la autoridad que Magdalena había muerto, por lo que el teniente ordenó al escribano que se dirigiera a la casa de la difunta para dar fe de su muerte. Una vez apersonado en su casa, el escribano indicó que el cirujano le hizo constar que había ido al pueblo días antes y que la había hallado “con un sudor muy grande [...] y que había estado cinco días sin comer [...] y que no sabe de qué le procedió la muerte”.

Pero no bastaban las preguntas hechas al cirujano, por lo que el escribano interrogó a tres testigos más, quienes le comunicaron que Magdalena había muerto “por el aporreamiento de la mulata Melchora” y que esto lo sabían porque la misma difunta les había dicho que ella se le había subido al estómago y le había clavado las rodillas. Además, remarcaban, hasta antes de ese día, Magdalena no había padecido enfermedad alguna. Después de dictar el auto de muerte de Magdalena, el escribano procedió al embargo de los bienes de los inculpados.

Al día siguiente, se procedió a nombrarle nuevo curador al indio Luis, pues el que había sido llamado previamente estaba muy ocupado en otras labores. Una vez nombrado su curador, rindió otra declaración en la que señalaba que poco después de los hechos había visitado a Magdalena con el ánimo de conocer su estado de salud y establecer la paz.

También se procedió a tomar la confesión a Melchora y a Juan, aunque previamente el teniente de corregidor ya les había nombrado defensa, la cual recayó en Juan Gutiérrez, vecino del pueblo, y quien había fungido en el pasado como defensor de otras causas.

Melchora negaría todos los actos que se le imputaban e indicó que el fatídico día “había estado en una chinampa derramando un poco de lodo” en compañía del indio Juan. Cuestionada sobre los golpes ocasionados al pequeño Miguel en casa de Martina, la mulata confirmó que fueron sólo dos bofetadas, pero se las había asestado porque la había insultado diciéndole que era “puta probada”. También se limitó a negar el aporreamiento dado a Magdalena y a aseverar que ni Luis ni Juan habían participado en el crimen.

La siguiente confesión sería la de Juan, quien indicó tener quince años de edad. Al percatarse de ello, el teniente le nombró curador, cargo que recayó en quien hasta ese momento había sido su defensor. Concedió la misma versión de los hechos, pero agregó que jamás aporreó a alguien y que estuvo “todo el día en la chinampa”.

Realizadas las confesiones de los inculpados, el teniente dictó el auto de término probatorio de nueve días, el cual fue notificado tanto al querellante como a los inculpados y sus defensores. Días después, el querellante acudió ante el corregidor acompañado de sus testigos, quienes ratificaron su declaración inicial.

Ese mismo día, Diego de Orozco, defensor de Luis, solicitó al corregidor que obligara a su defendido para que nombrara testigos en su descargo. Asimismo, solicitaba se pusiera en almoneda el caballo que había sido embargado, pues también precisaba de cierto dinero para poder continuar el proceso. El teniente aceptó la petición y dictó un auto para que así se procediera.

Con las deudas de su petición previa ya saldadas, el defensor presentó un alegato para que Luis Sánchez fuera liberado, pues constaba en los autos que “procuró meterlas en paz y no hizo otra acción y en orden a apaciguar la pendencia [...] cogió una piedra y la tiró a Juan Miguel indio para que se apartase y no consintiese más la pendencia y no porque mi menor tuviera pesadumbre ni pendencia alguna con los susodichos”.

Agregaba que otra prueba de su inocencia era su presentación voluntaria en la casa de Magdalena para hacer “las amistades” y conocer de su salud. Concluía su alegato solicitando la ampliación del término probatorio por seis días más, el cual le fue concedido.

Así, el defensor de Luis presentó a cuatro indios como testigos, quienes narraron que el día de los hechos regresaban de Chalco cuando vieron que Luis detenía una confrontación entre Melchora y Magdalena. Añadieron que nunca vieron a Luis tomar unas piedras, sino que en todo momento buscó poner a las personas en paz.

Por su parte, Juan Gutiérrez, defensor de Melchora, también pidió que el teniente obligara a su defendida para que le otorgara dinero para la defensa y fueran puestos en almoneda pública algunos de sus bienes “para pagar al letrado”. Además, pedía la ampliación del término por otros seis días. La medida fue aceptada por el teniente y notificada a las partes.

El ocho de agosto, el teniente dictó un auto en el que ordenaba cambiar a los reos de prisión, porque en días pasados algunos “hombres a caballo” se habían presentado en la cárcel, quizás con el ánimo de ayudar a huir a algunos presos.

Ese mismo día, Juan Gutiérrez elaboró su alegato en defensa de sus representados. En su escrito modificaba la versión de los hechos e indicaba que Magdalena había ido a la casa de Melchora (en donde ésta se encontraba “quieta y pacífica”) muy “colérica e irritada”, por lo que procedió a golpearla y maltratarla “así de obra como de palabra”.

Añadía el defensor que la muerte de Magdalena se había debido no a los golpes provocados durante la riña, pues, argüía (con base en lo declarado por el cirujano), que le había sobrevenido “un mal de madre y le dieron a beber unos brebajes muy cálidos de donde le resultó la dicha muerte”.

Sobre los testigos presentados por el querellante Miguel Cruz, decía que eran “sus parientes y compadres” y a él lo descalificaba como un “indio caviloso y pleitista y que tiene dineros con lo que se colige que los testigos de la sumaria fueron inducidos”.

Con respecto a Juan Nicolás, y pese a que las declaraciones iniciales no lo favorecían, continuaba arguyendo que ese día había estado ocupado

sacando lodo para una sementera distante media legua de los hechos del crimen.

Tres días después que el teniente ordenara el cambio de presidio para los presos, sucedió lo previsto por las autoridades, Melchora escapó de la cárcel. Resulta factible suponer que lo hizo con la ayuda de algún guardia, ya que había salido por la puerta y sin forzar ni romper cerradura o ventana alguna. Además, los guardias no pudieron decir nada sobre eso, pues los tres indicaron que “habían estado durmiendo”. El teniente procedió a dictar un nuevo auto de prisión en su contra y a acumular esta nueva causa con la principal.

Quien proseguía lamentándose con el teniente era el defensor Juan Gutiérrez, porque decía que su defendido, el joven Juan, no le daba testigos que pudieran declarar a su favor y mostraba su temor de que el pequeño indio quedara indefenso ante la justicia.

Finalmente, el catorce de agosto se dictó el auto de conclusión del proceso y se ordenó que los autos fueran enviados a la Sala del Crimen, por lo que se solicitaron cuatro pesos al querellante para continuar con el trámite.

En su decisión, el letrado condenó a todos los procesados. Melchora, aunque estaba ausente, fue castigada con un año de destierro y al pago de treinta y un pesos, de los cuales la mitad serían utilizados para pagar misas por el ánima de la difunta y la otra mitad sería entregada a la “Cámara de su Majestad”. Los otros dos partícipes, Juan Nicolás y Luis Sánchez, serían sentenciados a penas similares: seis meses de destierro voluntario y al pago de diez pesos.

Para el pago de las costas procesales, el teniente ordenó que fueran dados durante treinta días pregones por el pueblo para que si alguna persona estuviera interesada en los bienes embargados, que en su mayoría eran tierras, pudiera acudir a la autoridad para la almoneda.

Un mes después, al concluir los pregones, se presentó ante la autoridad el padre de Melchora, quien solicitó le fueran devueltas las tierras, las cuales eran de su propiedad y no de su hija. El caso fue adquiriendo otro matiz y Miguel de la Cruz presentó una nueva querrela al verse amenazado por los progenitores de la homicida de su esposa.

¿Qué elementos de valoración pueden aportarnos estos datos? Que la justicia de la época, en oposición a la moderna, no se encontraba vertebrada sobre una base legislativa. Apelar a ella era insuficiente para los operadores jurídicos de un juicio: juez, acusado y fiscal. Si esto hubiera sido así, la mulata Melchora habría sido condenada no a uno, sino a cinco años de destierro por tratarse de un homicidio por culpa o imprudencia.

En consecuencia, cuando la voluntad de matar era sólo indirecta porque había ausencia de voluntad (como en la hipótesis de Melchora y como lo mostraba la doctrina), la culpa disminuía y por tanto también la pena.

2.3. La ebriedad

Mencionábamos en líneas anteriores que el derecho penal del Antiguo Régimen era eminentemente casuístico, es decir, no existía una teoría general del delito que aglutinara la diversidad de casos que se presentaban en la realidad cotidiana de los tribunales. De esta forma, cada asunto era resuelto siempre atendiendo a las circunstancias que en él concurrían, era un derecho circunstancial en el que cada caso era único, por lo que resulta anacrónico trasladar las modernas categorías que configuran al derecho penal moderno.

Al respecto, nos dice Jean-Marie Carbasse: “se buscaría en vano entre los criminalistas del Antiguo Régimen una teoría general de la responsabilidad. La intención del delincuente, la calidad de sus móviles, sus discernimientos, los hechos que él podía hacer valer para justificarse, como su sexo, su edad y su condición social, no eran más que circunstancias diversas que les permitían a los jueces, por medio de un examen global, fijar el nivel de la pena”.²¹⁴

Las causas estudiadas entre los doctrinarios de esta época y que podían eximir de la responsabilidad penal eran varias, pero de entre todas ellas cabe destacar sobretodo la del *furiosus* (loco) en la que el reo era mitigado o perdonado en su pena, por haber cometido el crimen bajo un estado de ausencia de la razón.

Resulta importante abordar el tema del furioso, pues la conducta del ebrio, que analizamos a continuación, era frecuentemente equiparada en la doctrina con aquella. Los romanos habían tratado el asunto bajo el tema del

²¹⁴ Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, París, PUF, 1998, p. 272.

impetus. En el caso de la embriaguez se trataba de una conducta a mitad de camino entre la *culpa*, el *casus* y el *dolus*.²¹⁵

Siglos más tarde, Santo Tomás se cuestionó en su obra si la embriaguez constituía un pecado. Para él, ésta podía ser considerada bajo dos aspectos. Primeramente, en cuanto equivalía a la “falta de control sobre la razón” por haber bebido en exceso. En este caso no había más culpa que la que se seguía de un pecado culposo.²¹⁶

En segundo lugar, podía designar “el acto por el que el hombre llegaba a ese estado”. En esta situación existían otras dos posibilidades: la primera derivaba de la fuerza del vino, poder al cual era ajeno el que bebía; la segunda se sintetizaba en el “excesivo deseo y uso del vino”. Sólo esta última hipótesis constituía un pecado, porque se trataba de una especie de la gula, aunque su gravedad era prácticamente nula porque no iba en contra de un bien divino.

Concluía Santo Tomás preguntándose si la embriaguez podía eximir de un pecado y respondía que se debían de valorar dos factores: una deficiencia posterior y un acto anterior. En el caso de la deficiencia posterior, ésta eximía del pecado en cuanto se obraba sin el uso de la razón. No obstante, en el acto anterior, si la embriaguez se había cometido sin pecado no existía culpa. Pero si la embriaguez había sido culpable, es decir, había existido “dolo”, el pecado se tornaba en voluntario, aunque debía ser atenuado.

Entre los juristas medievales de los siglos XIII y XIV, la ebriedad era considerada una acción libre en su causa (*actio liberae in causa*) que conllevaba una aminoración de la pena. Como ejemplificaba Baldo: “la ebriedad alivia del delito, pero no lo excusa todo”.²¹⁷

Andrés Tiraquellus también destacaba en su obra un apartado dedicado a la ebriedad. Y aunque en los capítulos anteriores de su obra concluía que la locura podía ser considerada una causa de atemperación de la pena, pues este individuo estaba “muerto en vida”, se cuestionaba si con la ebriedad acontecía lo mismo.

En primer lugar, decía que su situación no era diferente al alienado, al demente y al furioso, tomaba como base para esta aseveración algunas partes

²¹⁵ Adolf BERGER, *Encyclopedic [...]*, p. 494.

²¹⁶ Santo Tomás de AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1994, Vol. 4, pp. 449-452.

²¹⁷ Citado por Woldemar ENGELMANN, *Die schuldlehre [...]*, pp. 30-32.

del Digesto.²¹⁸ De esta forma, la ebriedad “era inseparable de la ausencia de razón”.²¹⁹ Incluso, argumentaba, en el caso de que una ley estipulara que el ebrio no podía beneficiarse de alguna “gracia” por su comportamiento, ésta era contraria a la *communis opinio doctorum*, pues el ebrio “pecaba más por enfermedad que por voluntad y aplicación”.²²⁰ Aunque existían detractores de este punto, los civilistas también respaldaban de alguna forma esta opinión pues “el contrato pasado por un hombre ebrio no tenía valor alguno, no más que su testamento”.²²¹

El autor con quien más difería en este punto era con Baldo, pues para este último quien ha cometido un delito en estado de ebriedad es doblemente culpable, por su ebriedad y por su crimen. Además, indicaba Baldo, la atenuación de la pena se debía restringir por el grado de ebriedad del criminal (algo sin duda difícilmente de saber en aquella época). Así, quien tenía una ebriedad ligera, sería penado de esa forma, no así quien se hubiera embrutecido en demasía bajo los brazos de Baco, en estos casos no cabía ninguna atenuación.

Juan de Hevia Bolaños dedicaba un apartado de su obra a describir las causales de exclusión del crimen. Con respecto al furioso, agregaba que no podía ser castigado por el crimen que cometiere, mientras le duraba la furia o la locura, pues la razón estaba ausente en él, aunque la culpa podía serle exigida a quien lo tuviera a su cargo.²²² Respecto al ebrio, decía que “no ha de ser castigado con la pena ordinaria de él, sino con otra menor arbitraria”.²²³

Otro autor hispano, Juan Plaza, distinguía en el homicidio por embriaguez tres actos del crimen: beber, embriagarse y matar. En su opinión, la voluntad nos lleva directamente al beber, la bebida nos pone indirectamente en el segundo acto, pero ésta no nos lleva al acto de homicidio. Concluía así

²¹⁸ D. 49.16.6.7.

²¹⁹ André TIRAQUELLUS, *De poenis [...]*, causa 6, 1.

²²⁰ *Ibidem*, causa 6. 2. Y agregaba: “La mayoría piensa de esta forma: el hombre ebrio comete un pecado menos grave que el hombre que actúa sin estar ebrio”.

²²¹ *Ibidem*, causa 6. 8.

²²² Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, Imprenta de Ulloa, 1790, III, IX, 5.

²²³ *Ibidem*, III, IX, 6.

que el ebrio no era castigado por el crimen cometido al estar bebido, sino por el estado de embriaguez en el que se encontraba.²²⁴

Finalmente, en la teología moral, el padre Villalobos colocaba a la embriaguez dentro de los vicios capitales. Decía que quien bebía vino pero aún distinguía entre el bien y el mal no estaba del todo ebrio, y su conducta sólo acarrearía culpa; mas cuando hiciera cosas que usualmente no realizaba como blasfemar o jurar era indicio de que había perdido el juicio y su embriaguez podía atenuar su comportamiento.²²⁵

Sin embargo, advertía que no había lugar a culpa cuando uno se embriagaba por el consejo de un médico o ante el peligro de muerte por no haber más medicina. Por el otro lado, sí era culpable quien daba de beber a otro con el fin de emborracharlo, aunque advertía que no se incurría en culpa cuando se le daba de beber a alguien con el fin de que cometiera un crimen, o bien cuando uno estuviera preso por unos salteadores y uno los embriagara con la finalidad de huir de ellos.

El caso que presentamos en las líneas siguientes trata sobre una muerte por descalabramiento provocada por un ebrio, crimen que finalmente no fue castigado por haberse valorado la circunstancia de la ebriedad, o bien, por el perdón otorgado al criminal por parte de la víctima días antes de su muerte.

El dos de junio de 1626, Juan de Barrios, a la sazón escribano del pueblo de Malinalco, narraba que después de oír misa llegó don Nicolás de San Miguel, gobernador del pueblo, a comunicar a don Julio Osorio, alguacil mayor, cómo un día antes por la noche había sido herido en la cabeza el indio Juan Agustín, quien estaba muy grave.²²⁶

Inmediatamente, tanto el escribano como el alguacil, se dirigieron a la casa de Juan Agustín, quien estaba lastimado de gravedad en su aposento. En su postración narró que un día antes, entre las ocho o nueve de la noche, iba por la calle con rumbo a su casa cuando encontró a otro indio borracho, quien le preguntó quién era. Juan Agustín le respondió: “yo soy hermano, ¿no me conoces? [...] y sin ocasión ninguna, ni más palabras que las referidas ni enojos

²²⁴ Citado por Hellmuth VON WEBER, “Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 23, 1953, p. 730.

²²⁵ Enrique de VILLALOBOS, *Suma [...]*, pp. 755-756.

²²⁶ AGN, Criminal, 140, 4, fs. 116-142.

que hubiesen tenido los dos allí ni antes” le tiró una piedra que le dio en la sien, por lo que cayó en el suelo aturdido y al volver en sí se dirigió a su casa lleno de sangre y “a punto de muerte”.

Ante el alcalde y el escribano reconoció que lo había herido su amigo Juan Clemente a quien conocía de tiempo atrás. Después de haber escuchado sus palabras, el escribano le cuestionó si deseaba querellarse en contra de su agresor, pero la víctima respondió que no, “sino que le perdonaba de su voluntad porque si Dios nuestro señor fuere servido de llevarle de esta presente vida de la dicha herida le perdone sus pecados y haya mérito de su alma y no porque entienda que el dicho alcalde mayor le dejaría de hacer justicia”.

Ese mismo día llegó el cirujano al pueblo para realizar su dictamen de las heridas. Acompañado por el alcalde y el alguacil, dejó asentado en autos que la víctima se encontraba “muy mal y a riesgo de morir porque tenía quebrado el casco”.

Poco después fue dictado un auto de prisión en contra del reo, quien fue puesto en prisión. Seis días después de analizar los autos y ver que el indio había rehusado querellarse en contra de su agresor y además lo perdonaba, el alcalde mayor, Luis de Libares, decidió que la causa fuera seguida de oficio.

En ese momento, y por tratarse de una causa entre indios, el alcalde procedió a nombrar a dos traductores de la lengua náhuatl, un español y un mulato. Asimismo, le nombró defensor al reo, cargo que recaería en el español Domingo de Ávila, quien indicó que haría todo lo posible en los alegatos de su defendido y “si su buen decir y razonar no bastaré, tomaría consejo y parecer de letrado”.

Con la asistencia de su defensor, Juan Clemente procedió a rendir su declaración seis días después de los hechos. En ella mencionó tener poco más o menos treinta años y ser labrador de sementeras. Agregó que él y el herido eran grandes amigos. Al ser preguntado sobre los hechos acaecidos ese día dijo que no “sabía la cosa de lo que le había sido preguntado”. Quizás el indio no recordaba nada sobre los hechos, por su embrutecimiento, o bien, su defensor le había pedido negar los hechos.

Al día siguiente de la confesión, el alcalde procedió a dictar auto de cargo y prueba de nueve días. Cuatro días después, el escribano notificó al

defensor de Juan Clemente el mencionado auto. El trece de junio, el alcalde fue avisado que la víctima había muerto el día anterior a las nueve de la noche, por lo que mediante un auto ordenó que la justicia se siguiera de oficio y el escribano fuera al sepelio a dar fe de su muerte.

Juan Agustín fue enterrado ese mismo día en la iglesia y ahí se dirigió el escribano para dejar asentado que “vio difunto naturalmente y pasado de esta presente vida a Juan Agustín”. También procedió a tomar el testimonio de tres testigos, quienes declararon, en líneas generales, que eran vecinos del difunto y que le habían ayudado “a buen morir”.

Sin embargo, existía una testimonial que aportaba más información sobre el día de los hechos. Un testigo, el indio Baltasar Agustín, señaló que ese día el difunto había ido a su casa a invitarlo a coger hormigas voladoras en el campo para que comieran. Al dirigirse al paraje encontraron en el camino a Juan Clemente quien les preguntó quiénes eran y a dónde iban. El difunto le dijo que era “su hermano”, pero Juan Clemente, fuera de sus cabales, les respondió “porqué vienen a mi barrio, no deben de venir”, y con una piedra que portaba en la mano, y que no habían visto, descabrió a Juan Agustín. El testigo huyó a su casa ante el temor de ser también lesionado, pero en la mañana fue a la vivienda de Juan Agustín en donde lo halló muy enfermo. Remató su testimonio diciendo que el día de los hechos Juan Clemente se hallaba “muy borracho”, pues sus “palabras eran disparatadas”.

Así, el alcalde dictó un auto de agravamiento de prisiones para el preso. Una vez informado de este auto, el defensor de Juan Clemente solicitó una prórroga al auto de término probatorio que fue aceptada por el alcalde.

El veinte de junio se presentaron ante el alcalde las indias María Jerónima y María Magdalena, madre y esposa del difunto, para querellarse en contra de Juan Clemente, aunque le indicaron “que por ser indias y no saber de pleitos” dejaban la causa en sus manos “para que la acabe y fenezca de oficio”.

Sin embargo, dos días después, regresaron con él para decirle que no contaban con más testigos que el mencionado Juan Baltasar y quien ya había declarado. Pero, añadían, que “por servicio de Dios nuestro señor y por respeto asimismo de personas honradas que se lo han pedido, de sus voluntades, sin fuerza ni apremio alguno, perdonaban y perdonaron al dicho Juan Clemente”.

No obstante el desistimiento de la querrela por parte de sus familiares, el alcalde promulgó un auto para que la querrela siguiera de oficio, tal y como había decretado con anterioridad. Ulteriormente, el defensor de Juan Clemente presentó un alegato en el que indicaba que la querrela “no era puesta por parte ni contra parte”, con lo que quería decir que no existía parte denunciante en el juicio. Además, como se desprendía de los autos, su defendido en ningún momento “vio ni supo cosa alguna”.

Indicaba en su narración que ese día Juan Clemente, junto con otras personas, estuvo trabajando en la milpa de Julio Miguel hasta las nueve de la noche. De ahí se dirigieron a cenar a su casa. Con respecto a los hechos posteriores, sólo sabía que al día siguiente fue el alguacil por él a su casa, sin conocer el motivo.

Agregaba en la defensa que la deposición de Baltasar Agustín, único testigo de los hechos, carecía de validez porque en ningún momento le vio tomar una piedra a Juan Clemente. Tampoco resultaba correcto su dicho, pues el difunto nunca mencionó ir acompañado por alguien ese día.

En esta misma audiencia, los testigos de la defensa fueron interrogados sobre si efectivamente Juan Clemente se había dirigido a las diez de la mañana a la milpa de Julio Miguel y si habían estado ahí hasta después de la oración. Además, se les cuestionó sobre si habían visto al testigo de la contraparte en el camino y si conocían que Julio Clemente era buen cristiano.

El primero en declarar fue Julio Miguel, quien afirmó ser primo del acusado. Señaló que ese día Juan Clemente estuvo con él desde las diez de la mañana ayudándole en su sementera. Además, indicaba, no habían estado solos, pues también se encontraban Agustina María, mujer de Juan Clemente, María Jerónima, india viuda, y Mónica, esposa del deponente.

Todos ellos departieron hasta las diez de la noche cuando Juan Clemente decidió irse a su casa. El testigo indicaba que lo vio irse “vía recta”, pues vivían cerca y además estuvo parado un tiempo más afuera de su casa, período durante el cual no vio pasar por la calle a nadie más. Finalmente indicó que tenía a Juan Clemente como “buen cristiano, temeroso de Dios nuestro señor y de su conciencia y por quieto y pacífico y que nunca le ha visto cometer delito ninguno como el que se le imputa ni otro alguno ni estado preso por ellos”.

Las otras dos testigos Agustina María, esposa de Julio Miguel, y María Jerónima declararon lo mismo, sólo esta última agregó que Juan Clemente la acompañó un tramo llevando de la mano a uno de sus hijos, mientras cargaba al otro sobre sus hombros.

En el interrogatorio, el médico cirujano, Julio de Argos, declaró que el día del sepelio de Juan Agustín, venían caminando la mujer del difunto y otros parientes, quienes se dirigían a la casa de otro testigo. Durante el trayecto observó que Nicolás de San Miguel, indio gobernador del pueblo, le increpó algo a una india en lengua náhuatl, ante su desconocimiento de la lengua, el cirujano le preguntó al mencionado gobernador lo que le había dicho, éste le indicó que le había ordenado callar, pues se encontraba “adoctrinando” a un tal Baltasar Agustín sobre lo que habría de testificar en el juicio.

La deposición del mencionado gobernador confirmaría la versión del cirujano, pues indicó que al salir del sepelio escuchó a varios indios decirle a Baltasar Agustín “que dijese su dicho en favor del dicho difunto y en contra del dicho Juan Clemente”. Así fue como al oírlos, los increpó “por qué causa venían persuadiendo e insistiéndole para que dijese lo que no era verdad [...] porque era gran pecado levantar semejantes testimonios y que lo dejasen que el diría ante la justicia libremente lo que sabía”.

Después del descargo de las testimoniales, los testigos Baltasar Agustín, Julio Nicolás y Mónica Agustina ratificaron ante el alcalde sus anteriores testimonios. Asimismo, el defensor del acusado solicitó al alcalde que diera por concluido el término probatorio de diecinueve días, el cual fue aceptado. Una semana después, el cuatro de junio, se dictó el auto de remisión a la Real Audiencia.

La sentencia del letrado de la Sala del Crimen indicó que se absolvía al acusado, aunque “por causas justas que se mueven” se le condenó tan sólo al pago de costas. La lectura de la decisión la realizó el alcalde mayor hasta el diez de julio, y un día después fue notificada al reo, quien además fue puesto en libertad.

Unas semanas después, un tal Melchor López de Cano volvería a solicitar a la autoridad, a nombre de la madre y esposa de la víctima, que se pusiera en la cárcel al mencionado Juan Clemente. Sin embargo, el expediente no nos aporta más elementos para saber qué aconteció después.

Hasta aquí hemos podido observar un caso de homicidio por ebriedad en el que el homicida fue absuelto de toda pena. Las razones para ello se sostenían desde todos los ángulos, pues como vimos en la primera parte de este apartado, los tratadistas apuntaban a una mitigación cuando no a una exoneración de la culpabilidad y, por ende, de la pena.

En segundo lugar, estaba el perdón por parte de la víctima en su lecho de muerte, quien manifestó que lo otorgaba ante la posibilidad de “ser llamado por Dios”. Además, tanto la madre como la esposa del difunto habían decidido perdonar al homicida por instigación de otras personas, lenguaje con el cual manifestaban que la experiencia católica había impreso en ellas la cotidianidad de estas prácticas.²²⁷

Lo más interesante del caso en cuestión es que aun con todas las condiciones dadas para que Juan Clemente hubiera sido perdonado en las instancias previas sin llegar a la sentencia final y así evitar varias semanas en la cárcel, la justicia, ante la gravedad del crimen, decidió seguir el caso de oficio. Dejaba constancia así de que ningún crimen atroz podía ser dejado a las composiciones, sino que precisaba de la intervención de un representante del rey aun en la lejanía: la justicia no era negociable.

2.4. La pena del saco novohispana

Aun cuando hemos testificado en los casos anteriores la forma en que la justicia novohispana se manifestaba flexible al juzgar a los criminales, no siempre acontecía de la misma manera. Debemos recalcarlo de nuevo, la justicia criminal era rígida en sus penas cuando se ejecutaban homicidios dolosos, especialmente cuando en ellos concurrían varias “agravantes” que impedían el perdón del criminal, tal y como veremos a continuación.

Una de las penas más graves dentro del derecho del Antiguo Régimen era la pena del *culleum* (o pena del saco),²²⁸ la cual estaba destinada a castigar

²²⁷ Al respecto, Estela Roselló nos dice que hubo una “difusión del miedo” para enraizar en el indio la nueva moral católica. Estela ROSELLÓ, *Así en la tierra como en el cielo: manifestaciones cotidianas de la culpa y el perdón en los siglos XVI y XVII en la Nueva España*, México, Colmex, 2006.

²²⁸ La literatura en castellano sobre este tema es breve, por ende remitimos a la consulta de las siguientes obras: Luis M. DÍEZ SALAZAR FERNÁNDEZ, “La ‘poena cullei’, una pena romana en Fuenterrabia (Guipúzcoa) en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 59, 1989, pp. 581-595; Theodor MOMMSEN, *Derecho penal [...]*, pp. 405-406; Emma MONTANOS FERRÍN, “La atroz pena del saco en el sistema del derecho común”, en *Rivista*

a los perpetradores del crimen de parricidio, el cual era definido genéricamente como “el homicidio cometido impiamente contra los propios familiares”.²²⁹ El parricidio era la muerte perpetrada en contra de los ascendientes o descendientes en línea recta, medida que también implicaba el homicidio cometido en contra del cónyuge. Dicho parricidio también podía ser irregular, en el caso de la muerte de parientes por afinidad.²³⁰

Desde Roma, el *culleum* fue reservado para todos aquellos que cometían el parricidio. Su instauración se dio de manera definitiva en el último siglo de la República en la *Lege Pompeia de parricidiis*, la cual establecía lo siguiente:

Según costumbre de los antepasados se estableció esta pena para el parricidio, que azotado el parricida con vaquetas de sangre fuese después cosido en un saco de cuero con un perro, un gallo de gallina, una víbora y una mona; y que después fuese echado el saco de cuero a lo profundo del mar; y esto así, si el mar estuviera cerca, pues de otra suerte, es echado a las fieras, según una Constitución del Divino Adriano.²³¹

Las *Partidas* recogerían esta pena de manera íntegra en sus páginas:

Si el padre matare al fijo, o el fijo al padre, o el abuelo al nieto, o el nieto al abuelo, o a su bisabuelo, o alguno dellos a el; o el hermano al hermano, o el tío a su sobrino, o el sobrino al tío, o el marido a su mujer, o la mujer a su marido; o el suegro, o la suegra, a su yerno, o a su nuera, o el yerno o la nuera, a su suegro; o a su suegra; o el padrastro, o la madrastra, a su entenado, o el entenado al padrastro, o a la madrastra, o el aforrado al que lo aforro. Qualquier dellos que mate a otro a tuerto, con armas, o con yerbas, paladinamente, o encubierto, mandaron los Emperadores et los sabios antiguos que este atal que fizo esta nemiga, sea azotado ante todos públicamente, et desi que lo metan en un saco de cuero, et que encierren con él un can, et un gallo et una coluebra et un ximio: et después que él fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan o aten la boca del saco, et échenlo en la mar o en el río que fuere más cerca de aquel lugar do esto acaesciere”.²³²

Internazionale di diritto commune, No. 19, 2008, pp. 153-162; Emma MONTANOS FERRÍN y José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Madrid, Dykinson, 1990, pp. 180-196; y Pedro ORTEGO GIL, “El parricidio en la práctica de la Real Audiencia de Galicia”, en *Dereito*, Vol. 5, No. 1, 1996, pp. 245-273. En literatura extranjera hemos podido consultar: J. D. CLOUD, “*Parricidium*: from the *lex Numae* to the *lex Pompeia de parricidiis*”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Vol. 88-1, 1971, pp. 1-66; y Yan THOMAS, “*Parricidium*. Le père, la famille et la cité (La *lex pompeia* et le système des poursuites publiques, en *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, Roma, 1981, pp. 643-715.

²²⁹ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...] V, X*, 139, p. 115.

²³⁰ *Id.*

²³¹ D. 48.9.9.

²³² *Partida* 7, 8, 12.

Para los romanos la sola mención de este crimen era algo inimaginable, así lo exponía Cicerón en su defensa de Sexto Roscio a quienes sus enemigos le habían inventado el homicidio de su padre: “tratándose de un hecho tan grave, tan horrendo, tan excepcional, tan pocas veces cometido que, si alguna vez oímos que se ha producido, lo consideramos algo así como una portentosa monstruosidad”.²³³

Como puede observarse, en los elementos de la pena existía todo un simbolismo en el rito de ejecución. El mismo Cicerón nos lo explica:

No quisieron arrojar su cuerpo a las fieras para que las bestias, con el contacto de un hombre tan abominable, no se nos volvieran más feroces; tampoco los lanzaron desnudos al río por temor a que, una vez arrastrados al mar, corrompieran al mismo a quien los hombres consideran purificador de todo cuanto ha sido profanado; finalmente no dejaron nada de lo suyo (ni la más mínima parte) aunque fuera de poco valor y de lo más ordinario.

Ahora bien, ¿hay algo tan común como el aire para los que viven, la tierra para los muertos, el mar para los que flotan sobre las aguas y la costa para los que el mar arrojó? Ésos, mientras les es posible, viven de tal forma que no pueden respirar el aire del cielo; mueren sin que la tierra llegue a rozar sus huesos; las olas los zarandean, pero nunca los mojan y, por fin, son lanzados por ellas de forma que ni muertos pueden descansar al pie de los peñascos.²³⁴

Sin embargo, a principios del siglo XVIII, aunque la pena seguía siendo practicada, como recordaba Murillo Velarde, ésta era “suavizada [...] por la inmensa piedad de nuestra nación, porque el reo es muerto primeramente y encerrado en el saco de cuero, donde son dibujados los dichos animales”.²³⁵

Un siglo después, Joaquín de Escriche dedicó una voz en su famoso diccionario para explicar el crimen de parricidio y la pena del *culleum*, aunque como él mismo adicionaba, al igual que Murillo Velarde:

[...] el rigor de las Partidas se ha mitigado en la práctica; y lo que se acostumbra es llevar al reo al patíbulo arrastrando, esto es, sostenido por personas caritativas en un seron de esparto con asas al rededor, quitarle la vida, meter luego el cadáver en un cubo donde están pintados los referidos animales, hacer la ceremonia de arrojarle al río y, concluida, darle sepultura eclesiástica.²³⁶

²³³ CICERÓN, “En defensa de Sexto Roscio Amerino”, en *Discursos*, Trad. Jesús Aspa Cereza, Madrid, Gredos, 1995, p. 41.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 58-59.

²³⁵ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, X, 140, p. 116.

²³⁶ Joaquín de ESCRICHE, *Diccionario [...]*, p. 471.

En la Nueva España, también podían acontecer casos con pena de encubamiento, pero resultaban muy extraños. El 13 de abril de 1657, se apersonó en el pueblo de Lopa, el teniente de ausencias, en representación del general Diego de Villegas, quien había sido avisado de cómo el indio Jacinto Manzano había asesinado a su mujer, la también india María de Vargas.²³⁷

Durante su estancia en el pueblo se enteró por las autoridades que el día anterior había comparecido ante el alcalde Magdalena de Vargas, madre de María de Vargas, quien le mencionó su intención de querellarse criminalmente en contra de su yerno Jacinto Manzano, pues un día antes había abandonado el pueblo con su hija durante la noche y había regresado solo. Su afirmación estaba sustentada con el testimonio de María de Santiago, amiga de su hija, quien creía que Jacinto la había matado.

Con este testimonio, el gobernador y los alcaldes aprehendieron a Jacinto y le cuestionaron en dónde estaba su mujer. Jacinto sólo pudo responder “que se había huido” y ese día había avisado al alguacil para que la buscara en los demás pueblos de este partido.

Las autoridades decidieron mantenerlo preso al no creer totalmente en sus palabras. Al día siguiente, para que dijera la verdad, lo amarraron a la picota y le dieron doce azotes. Ante la severidad del castigo terminó por aceptar que la “había muerto y desbarrancado”.

Después de la confesión de Jacinto se avisó al alcalde mayor, quien mandó que nadie quitara el cuerpo de la difunta del barranco hasta que no fuera visto por la justicia. También ordenó mediante un auto que se nombraran dos testigos de la declaración, todo en virtud de no haber escribano público en la jurisdicción “en veinte leguas en su contorno”.

El teniente procedió entonces a realizar la certificación del cuerpo muerto, en donde describía que había sido hallado en el barranco de un camino a las afueras del pueblo, “recostado boca arriba [...] muy hinchado y moreteado y la lengua sacada que parecía haber sido ahogada. En la mano derecha un cordel y todo el cuerpo lleno de arañazos y rasgadas las carnes en los brazos y piernas”. Posteriormente procedió a dictar un auto de sepultura del cadáver.

²³⁷ AGN, Criminal, 590, 20, fs. 25-91.

El dieciséis de abril, una vez sepultada la víctima, su madre se querelló ante la justicia para indicar que desde hacía cuatro años era “voz pública” en el pueblo que su yerno le daba mala vida a su hija “por causa de tratar y comunicar de amores con María Sánchez”, por lo que continuamente era aporreada y maltratada por los consejos de la manceba de su yerno.

La madre también declaró que el día anterior al homicidio, la esposa del gobernador, la india María de Chávez, le había hablado sobre su hija María, la cual le había dicho que su esposo Jacinto Manzano había tenido un sueño en donde veía su embarazo y le pedía que en los días cercanos al parto acudieran a una ermita cercana al pueblo por unas veladoras y una novena a la virgen, pero este viaje a la ermita debería ser con la mayor discreción posible.

Agregaba la querellante que la esposa del gobernador le había aconsejado a la occisa no acudir a la cita, ante la posibilidad de ser engañada por su marido para ocasionarle un daño. Sin embargo, la obstinada María le respondió a su amiga que su esposo “ya estaba de otro parecer”.

Junto a la madre de la víctima declararon el matrimonio compuesto por los indios María de Chávez y Julio de Chávez, alcalde del pueblo. La india manifestó que conocía a la víctima desde hacía cuatro años y con quien guardaba una relación muy cercana de “mucha amistad y familiaridad”. Asimismo, le constaba que la víctima llevaba mala vida con su marido, quien se encontraba amancebado con otra india, y además “la hería y aporreaba mucho”, pero remarcaba que “nunca vio ocularmente aporrearla por estar muy distante su casa”.

La testigo decía que el comportamiento violento de Jacinto tenía el beneplácito de sus padres, los cuales “le aplaudían y consentían”. El día de los hechos, la víctima se dirigió a la casa de la testigo para comprar unas veladoras. Ahí le dijo que ella y su marido ya estaban “en mucha paz” y las veladoras eran para ofrecerlas a la virgen de la ermita “para que Dios la alumbrase con bien”, por lo que esa noche iría con su marido a la ermita, a la cual la testigo le sugirió que no fuera, pero la occisa no hizo caso. Julio de Chávez, esposo de la testigo, hizo una declaración prácticamente similar a la de su esposa.

Las testimoniales obligaron al teniente de alcalde mayor a proceder a dictar el embargo de bienes no sólo de Jacinto, sino también los de sus padres

y su amasia. Dos días después, los otros involucrados fueron aprehendidos y sus bienes embargados. Durante la requisa, el teniente procedió a depositar los bienes muebles con los alcaldes del pueblo, mientras que sus tierras serían depositadas con el regidor. Ese mismo día fueron entregados los presos al gobernador y alcaldes para que fueran llevados ante la justicia y se procedió a la notificación de las partes.

El dieciocho de abril, el alférez Julio Manzano fue nombrado defensor de Juan Manzano, aceptó el cargo y prometió dirigirse con cuidado. De manera simultánea, la querellante se presentó de nuevo ante el alcalde mayor para solicitar “entero cumplimiento de justicia contra los culpados”. Y aunque se le cuestionó si presentaría más testigos, declaró que no.

El alcalde mayor también dictó un auto para que el alcalde y el gobernador pasaran a ser examinados, so pena de prisión. El primero en ser examinado fue el gobernador Juan de la Cruz. Decía en su declaración que el día de los hechos, la madre de la occisa se presentó en su casa diciéndole que su hija no aparecía y creía que la había matado su marido. El declarante fue a la casa de Jacinto para preguntarle sobre el paradero de su esposa, pero sólo se limitó a responder que “había huido” y que deseaba ir ante el alcalde por el temor de que los azotaran.

Mas las autoridades dudaron de esta versión y decidieron aprehenderlo y llevarlo a la cárcel. Mientras tanto, enviaron personas a buscarla por el rumbo en el que supuestamente había huido, pero al no encontrarla decidieron poner a Juan en audiencia y lo apercibieron que dijese su ubicación. Ante su negativa fue puesto a primera hora del día catorce de abril en la picota, en donde el gobernador lo azotó.

Durante el castigo, continuaba el gobernador, Jacinto le dijo “déjame y no me azotes que yo maté a mi mujer y la desbarranqué”. Una vez desatado los llevó hasta la barranca en donde estaban y cuando lo cuestionó por los motivos para matarla, sólo dijo que “no había tenido más causa ni fundamento que tentación del demonio y que había más de cuatro años que lo tentaba” y alcanzó a decir que su amante, María Sánchez, llevaba obsequios a sus padres. Por su parte el alcalde Juan Hernández narró en idéntica forma los hechos, pero agregó que hacía un mes había azotado públicamente a María Sánchez por haber aporreado a la occisa.

También rindieron su confesional los padres y la amante del reo. María de Santiago, su madre, declaró que el fatídico día se percató de que no se encontraba su nuera y preguntó a su hijo sobre su paradero y le respondió que quizás había ido a tener a su hijo con su madre. Agregaba que un día antes los había visto “con mucha conformidad cenar y tender los petates” para dormir.

Al ser cuestionada sobre el amancebamiento de su hijo con María de Sánchez y de porqué habían sido “consentidores y encubridores [...] y porqué aceptaba tamales y gallinas” de ella, sólo negó los hechos y dijo que jamás los había visto juntos. Respecto a los golpes que le daba a su nuera, admitió que “a veces le daba de bofetadas y reñía con ella porque no le servía y también porque se había huido y estado ausente dos años”.

El padrastro de Jacinto, Miguel de Santiago, mencionó que sí habían aceptado regalos de María de Sánchez debido a la situación de amistad y comadrazgo que la unían con su esposa, pero sólo les había obsequiado comida en dos ocasiones cuando ellos estaban enfermos.

La amancebada María de Sánchez no rindió ninguna declaración pues se hizo pasar por loca y sólo mencionó al inicio del interrogatorio (y después): “Santa María Iglesia mi madre” y no fue posible obtener más información de su parte. El alcalde mayor tomó la decisión de enviarla a las “casas reales”, custodiada por dos topiles que la cuidarían para no hablar con nadie más.

Jacinto Manzano declarararía hasta el veinte de abril. De manera general repitió los hechos anteriormente expuestos, pero indicó cómo al dirigirse hacia la ermita “el demonio le engañó y se acordó que hacía siete u ocho meses se había huido a otro pueblo [...] y el demonio le persuadió de que no estaba preñada”. Además, indicó cómo había realizado el homicidio: “llegaron a un paraje, la ahogó con las manos. Después le retorció el huipil en la garganta y la desbarrancó [...] y volvió a casa a dormir”.

Aunque lo cuestionaron sobre qué otras personas lo habían instigado a cometer el crimen, sólo dijo que nadie. No obstante, recordaba que su mujer se había ido a quejar anteriormente con el gobernador, motivo por el que se “le revolvió la sangre”. Sobre el amancebamiento, no negó el hecho, pero si acotaba que lo había realizado hacía dos años y que María de Sánchez sólo le había regalado “una camisa, unos calzones y dos paños”.

Un día después, los cinco testigos de la querellante fueron a ratificar sus declaraciones, pero al mismo tiempo ella se presentó ante el alcalde para solicitar la libertad de Miguel de Santiago, su consuegro, quien “nunca había sido parte en la mala vida que pasó su hija”. Esta ayuda inesperada permitió que el defensor solicitara la liberación del reo.

El promotor fiscal en la causa, Francisco de Orozco elaboró un alegato en el que argumentaba que “por reo y grave homicida de dicha su mujer debe ser condenado a muerte así por ser el delito tan atroz como es sacar con engaño, dolo y malicia, con fingida amistad a dicha María de Vargas en el silencio de la noche”. Agregaba que también se había perfeccionado el crimen de “filicidio gravísimo dando muerte al mismo hijo que engendró legítimamente”. Por ende, concluía, Jacinto debía ser condenado a la pena capital, sin la posibilidad de apelar, porque estaba llanamente confeso.

Sobre los otros culpables decía que también debían ser castigados los padres por consentir el amancebamiento y María de Sánchez por realizarlo, aunque se hubiere “fingido loca hablando como perro”. Ese mismo día se corrió el traslado de este alegato al defensor de los reos.

El veinticinco de abril, el defensor presentaría su alegato en el cual subrayaba la prontitud de la occisa para “ausentarse” de la casa, incluso por dos años y la última vez que se había escapado, había regresado preñada. Este argumento del defensor sería el principal y en él articularía su alegato, pues así pretendía hacer pasar a la occisa por adúltera y a Jacinto como uxoricida, supuesto en el cual la legislación²³⁸ y la doctrina²³⁹ le otorgaban al que lo cometiere una disminución o exención de la pena.

²³⁸ *Partida 7, 17, 14*: “[...] si el marido matare a su mujer hallándola con otro [...] aunque no guardase todas las cosas que dijimos en las leyes anteriores a ésta [...] con todo no es conveniente que reciba tan gran pena, como los otros que hacen homicidio sin razón”.

²³⁹ Diego de Covarrubias se cuestionaba si el uxoricida pecaba gravemente, a lo que contestaba lo siguiente: “las leyes civiles obligan también en el foro interior de la conciencia [...] porque la ley civil si prohíbe obliga en conciencia y arrastra al pecado al que la vicia con tal de que sea justa [...] Luego el que mata a la adúltera, permitiéndolo la ley, aun la civil, queda libre de todo pecado en el foro de la conciencia”. Julián PEREDA, *Covarrubias [...]*, p. 382. También André Tiraquellus se manifestaba en el mismo sentido e indicaba que “aun cuando el marido no tiene el derecho de matar a su mujer, sin embargo, la esposa que sufre la conversación criminal de otros, inflige una injuria de las más graves a su marido y a su casa, el marido, digo yo, concibe sin ninguna duda más dolor que nadie, más incluso que el padre de la misma esposa sorprendida en adulterio, de suerte tal que un hombre sufre más el adulterio de una esposa que la muerte de una hija”. André TIRAQUELLUS, *De poenis [...]*, causa 1, 3.

También argumentó que la occisa “nunca paraba y lo dejaba sin comer”. Además, la confesión de culpabilidad de Jacinto había sido arrancada no por su propia voluntad sino por los azotes que le habían dado.

Posteriormente, el veintisiete de abril, el defensor presentó a cuatro testigos, incluidos el gobernador y un alcalde, quienes recalcaron tener conocimiento de que María de Vargas había sido embarazada por otro hombre. Y aseveraban también que la occisa se ausentaba regularmente de su casa.

Con todas estas testimoniales, el caso fue cerrado y enviado a la Sala del Crimen para su resolución. En la sentencia, el tribunal fue rígido y por la importancia de sus enunciados la transcribimos a continuación:

Fallo atento a lo que de ellos resulta y culpa que hay contra Jacinto Manzano que le debo condenar y condeno en pena de muerte, que se ejecute en esta forma: que sea sacado de la cárcel donde está preso, caballero con una bestia de albarda, con una soga de esparto al pescuezo, atado de pies y manos, con voz de pregonero que manifieste su delito, y sea así llevado por las calles públicas de esta villa hasta la picota u horca de ella y de allí sea colgado por el pescuezo y ahorcado hasta que muera naturalmente, y estando muerto se eche en un serón u odre y con el vivos un perro, una víbora, una mona, un gallo castrado y cosida la boca sea arrojado, sea arrojado en el río más profundo y próximo que estuviere en esta villa o al dicho pueblo de la Lopa donde cometió el delito. Por la culpa que resulta contra la dicha María Sánchez por el amancebamiento que está probado con el dicho Jacinto Manzano la condeno en doscientos azotes que se le den en la picota de esta villa, de la cintura para arriba en la forma acostumbrada, sacándola de la cárcel donde está presa [...] con voz de pregonero y manifieste su delito. Y más la condeno en destierro por tiempo de un año preciso del dicho pueblo de la Lopa. Y por la culpa que resulta contra dichos Miguel y María de Santiago por el lenocinio de que les está hecho cargo, los condeno a vergüenza pública con corazas en las cabezas [...]

Días después, el defensor apeló la sentencia en un intento por salvar la vida de su defendido, pero la Sala declaró la apelación como “nula y de ningún valor y la sentencia por consentida y pasada en cosa juzgada”. La sentencia fue notificada al alguacil de la villa, pues en ella no había escribano público. Tan sólo diez días después, el mencionado alguacil ejecutó la sentencia “y el cadáver se llevó y se arrojó en el río más próximo”.

Como puede verse, la pena fue bastante severa para el indio Jacinto Manzano. Las razones del letrado pudieron haber sido varias. Primeramente, el homicidio había sido especialmente grave y atroz, ya que había asesinado a su

mujer, quien estaba preñada, por ende era menester aplicarle la pena del *culleum*, la cual tenía una fuerte carga simbólica, pues representaba el triunfo del bien sobre el mal, mientras que la publicidad de la ejecución tenía una labor ejemplarizante en la comunidad.

Por lo que respecta a los padres de Jacinto Manzano, estos fueron condenados a “vergüenza pública” por el crimen de lenocinio, mientras que su amasia fue castigada con doscientos azotes en la plaza pública, penas en las que es posible constatar que el letrado se había basado en la doctrina y en la legislación. Murillo Velarde decía que existían tres tipos de penas: las que afligían el alma, otras el cuerpo y las que iban contra los bienes. La infamia pertenecía a las del alma y su función era la privación “de la buena fama”. En este caso fue correcto aplicarles esta pena, pues, como aseveraba Murillo Velarde, era aplicada a los acusados de lenocinio.²⁴⁰

Debemos advertir que éste es, dentro de los expedientes por nosotros consultados, un caso excepcional, el único en el que se condenó a pena de muerte. Sólo recordemos que aun cuando el juez estaba investido de grandes facultades para sentenciar, estos tenían límites que no podían ser transgredidos y Jacinto Manzano había estresado hasta sus últimos límites al sistema jurídico.

²⁴⁰ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, XXXVII, 329, p. 242.

CAPITULO 3

LAS LESIONES

Sumario: 3.1. Definiciones legales y doctrinales; 3.2. Los peligrosos caminos de la ciudad; 3.3. Sobre golpes y hurtos; 3.4. Cuando la justicia lastimaba

3.1. Definiciones legales y doctrinales

De los crímenes examinados en los expedientes, las lesiones eran las que se presentaban con mayor frecuencia en la cotidianidad de los tribunales.²⁴¹ Asimismo era el que destacaba por la mayor pluralidad de nombres: aporreamiento, azotes, dar de palos, golpes, heridas, injurias de hecho, cortaduras, descalabramiento, apuñalamiento, etc.

Aunque todas estas conductas utilizaban medios diversos para su comisión, tenían un mismo objetivo: dañar “físicamente” a alguien sin provocarle la muerte. En consecuencia, bajo el título de lesiones de este apartado, he englobado comportamientos muy diversos que literalmente herían la integridad corporal de las personas.²⁴² También se presentaba el caso de algunas querellas que inicialmente habían sido incoadas como lesiones, a la postre culminaban con la muerte del ofendido, como observamos en el caso de la mulata Melchora o en el descalabramiento, pero en estas ocasiones el crimen era finalmente juzgado como homicidio.

Las lesiones, en el derecho romano, aparecían consideradas dentro del crimen de las injurias. De este modo, nos indica Theodor Mommsen, la *iniuria* era en sentido lato todo acto contrario al *ius*. En un sentido más restringido eran las ofensas ocasionadas en el cuerpo o los bienes de un tercero. Pero la jurisprudencia clásica romana de los siglos posteriores diferenciaría entre la *iniuria* (daño ocasionado a la persona) y el *damnum iniuria* (daño ocasionado a sus bienes).²⁴³

²⁴¹ Parece ser que en España acontecía el mismo fenómeno. Véase Susana GARCÍA LEÓN, *La justicia en la Nueva España. Criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos XVII y XVIII)*, Madrid, Dykinson, 2012, nota 701, p. 219.

²⁴² Un primer intento por agrupar bajo el concepto más genérico de lesiones a estas conductas lo hizo Miguel Ángel MORALES PAYÁN, *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho Histórico Español*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1997.

²⁴³ Theodor MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Trad. Pedro Dorado Montero, Pamplona, Analecta Editorial, 1999, p. 484.

Al respecto, el Digesto indicaba lo siguiente:

Se dijo injuria por esto, porque no se hace con derecho; porque todo lo que no se hace con derecho, se dice que se hace con injuria. Esto en general; pero en especial, la injuria se llama contumelia. A veces con la denominación de injuria se significa el daño causado con culpa, como lo solemos decir en la ley Aquilia. Otras veces llamaremos injuria a la injusticia; porque cuando alguno pronunció sentencia inicua o injustamente, se le llama injuria, porque carece de derecho y de justicia, como si fuera *no-iuria* (no conforme a derecho); pero contumelia, de *contemnere* (despreciar).

Mas dice Labeón, que se hace injuria o mediante una cosa, o con palabras; mediante una cosa, siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos, y se hace afrenta.²⁴⁴

Adolph Berger definía a la *iniuria* en el mismo sentido que Mommsen, pero indicaba las situaciones en que se podía presentar una *iniuria atrox*: “cuando la víctima era azotada o herida, cuando lo incorrecto era realizado en un lugar público (teatro, foro), cuando la persona ofendida era un magistrado, o cuando un senador era insultado por una persona de una clase social más baja”. La *iniuria atrox* podía ser clasificada conforme al hecho mismo (*ex facto*), la persona (*ex persona*) o el lugar (*ex loco*).²⁴⁵

Las *Partidas* se referirían a ellas como las “deshonras”, pues “*iniuria* en latín tanto quiere decir en romance como deshonra que es fecha o dicha a otra a tuerto o a despreciamiento del”.²⁴⁶ Encontramos aquí la clasificación que será natural hasta bien entrado el proceso codificador decimonónico.

Deshonra de palabra, indicaban las *Partidas*, se presentaba cuando “un home denostase a otro o le diese voces ante muchos [...] La otra manera es quando dixiese mal del ante muchos”.²⁴⁷ Estas podían ser de muy distintos tipos: por cantiga o rimas²⁴⁸, remedando²⁴⁹, siguiendo a vírgenes, casadas o viudas y enviándoles obsequios o alcahuetes.²⁵⁰

²⁴⁴ D. 47.10.1.

²⁴⁵ Adolph BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1980, p. 502. Asimilaba el término *atrox* a la figura del *percutere*. *Ibidem*, p. 626. Para un mayor tratamiento de esta temática véase: Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, USA, Oxford University Press, 1996, pp. 998-1100.

²⁴⁶ *Partida* 7, 9, 1.

²⁴⁷ *Partida* 7, 9, 1.

²⁴⁸ *Partida* 7, 9, 3.

²⁴⁹ *Partida* 7, 9, 4.

²⁵⁰ *Partida* 7, 9, 5.

Por lo que respecta a las “deshonras de hecho”, estas se actualizaban de la siguiente manera:

Firiendo algunt home a otro con la mano, o con pie, o con palo, o con piedra, o con arma, o con otra cosa cualquier, decimos quel face tuerto o deshonra: et por ende el que recibiere tal deshonra o tuerto, quier salga sangre de la ferida quier non, puede demandar quel sea fecha enmienda dello et el juzgador debe apremiar a aquel que lo firio que gelo emiende. Et aun decimos que en otras maneras muchas facen los homes tuerto o deshonra unos a otros asi como quando un home seguda a otro o corre en pos del con entencion de ferirle, o de prenderle, o le encierra en algunt lugar, o le entra por fuerza en la casa, o quando lo prende o toma alguna cosa de las suyas por fuerza o contra su voluntad [...] Otrosi decimos que que rompiendo un home a otro a sañas los paños que vistiese, o despojandogelos por fuerza, o escupiendole en la cara a sabiendas, o alzando la mano con palo, o con piedra o con otra cosa para ferirle, maguer non lo fiera, facel muy grant deshonra de aquel [...].²⁵¹

También se adherían en este crimen la mutilación y la castración: “Et por ende defendemos que ninguno de aquí adelante non sea osado de castrar home libre nin siervo: et si alguno contra esto hiciere [...] mandamos que hay pena por ello tambien el que lo mandare facer como el que lo hiciere, bien asi como lo matasen”.²⁵²

Respecto a la edad a partir de la cual alguien podía ser juzgado por injurias, la normatividad establecía los diez años y medio, porque a partir de esa edad, indicaba la misma ley, se tenía ya conocimiento del acto. Sin embargo, los “locos et desmemoriados” no podían ser autores y quedaban eximidos de cualquier responsabilidad, pero no sus parientes, quienes respondían por ellos.

Ambas deshonras, tanto las de palabra como las de hecho, de acuerdo a su gravedad, podían ser catalogas como “atroces” y “lieves”. Las primeras eran clasificadas en cuatro tipos y todas ellas implicaban una violencia desmedida en contra de la víctima:

[...] la primera es quando la deshonra es mala et fuerte en sí por razón del fecho tan solamente, asi como quando aquel que recibio la deshonra, es ferido de cuchiello o de otra arma cualquier de manera que de la ferida salga sangre o finque lisiado de algunt miembro; o si es apaleado o ferido de mano o de pie en su cuerpo aviltadamente. La segunda manera porque puede ser reconocida la deshonra por grave, es por razón del lugar del cuerpo, así como si lo firiesen en el ojo, o en la cara, o por razón del lugar do

²⁵¹ Partida 7, 9, 20.

²⁵² Partida 7, 8, 13.

es fecha la deshonra, así como cuando alguno deshonra de palabra o de fecho a otro ante el rey o ante alguno de aquellos que han poder de judgar por él o en concejo o en iglesia o en otro lugar publicamente ante muchos. La tercera manera es por razon de la persona que recibe la deshonra, asi como si el padre recibe deshonra de su fijo, o el abuelo de su nieto, o el señor de su vasallo, o de si rapaz o de aquel que aforro o crio, o el judgador de alguno de aquellos que el ha poder de apremiar porque son de su jurisdicción. La quarta es por cantigas o por rimas o por famoso libelo que home face por deshonra de otro. Et todas las otras deshonras que los homes facen unos a otros de fecho o de palabra, que no son tan graves por razon del fecho tan solamente como desuso diximos, o por razon del lugar, o por razon de aquellos que las reciben, son contadas por livianas.²⁵³

Al ser tan “variadas” estas deshonras en cuanto a las personas, lugares e instrumentos que intervenían en su comisión, las *Partidas* no se atrevían a establecer una pena única para ellas, porque tantos los “fechos” como las “personas” de este crimen “non son contados por eguales”.²⁵⁴ Sobre el tiempo que tenían los injuriados para denunciar la deshonra, la ley sólo les otorgaba un año.²⁵⁵

Desde la teología moral, Domingo de Soto, decía que las injurias de obra estaban prohibidas por el quinto mandamiento, pues estos comportamientos se asimilaban a una tentativa de homicidio.²⁵⁶ Opinión contraria le merecía al teólogo Francisco de Toledo, para quien no era “tan grave irregularidad en la que cae el que mutila, como el que mata”.²⁵⁷

Continuaba el jesuita indicando que para la existencia de esta irregularidad se precisaba que hubiera mutilación y que ésta fuera hecha a un miembro del cuerpo, pues si sólo se realizaba el debilitamiento del miembro, no había lugar a la irregularidad. Sin embargo, este pecado se asemejaba un poco al homicidio en tanto que se daba muerte a una parte del cuerpo, por lo que “se apartaba el alma de aquella parte cortada”.²⁵⁸

Respecto a lo que se debía entender por miembro, para él existían dos tipos: principales y menos principales. Los primeros correspondían a las partes

²⁵³ *Partida* 7, 9, 20.

²⁵⁴ *Partida* 7, 9, 21.

²⁵⁵ *Partida* 7, 9, 22.

²⁵⁶ Domingo de SOTO, *Summa de la doctrina christiana: Compilada y declarada por Fray Domingo de Soto de la Orden de Sancto Domingo*, Salamanca, Salamanca, Andrea Portonaris, 1552, f. 19v.

²⁵⁷ Francisco de TOLEDO, *Instrucción de sacerdotes y suma de casos de conciencia*, Valladolid, Francisco de Córdoba, 1627, p. 72.

²⁵⁸ *Id.*

del cuerpo que tenían funciones independientes como la mano, el pie o el ojo; los menos principales, en cambio, eran aquellos miembros que quedaban subordinados a una parte principal, como el dedo. La mutilación de éstos no acarrearía irregularidad.

Tampoco constituían irregularidad los siguientes actos: herir a una persona con mucha efusión de sangre; acuchillar a una persona en la cara “con que le dejó muy feo” o se dejó a alguien cojo; dejar ciego a alguien sin sacarle los ojos; esterilizar a una mujer con veneno; el aborto ocasionado en los primeros cuarenta días de gestación, ya que el feto aún no tenía alma; y, la mutilación de un cadáver.²⁵⁹

Francisco de la Pradilla, en su mencionada *Suma*, reconocía tres tipos de injurias: por escrito, por palabra y por obras. En el caso de esta última, se actualizaba cuando “alguno hiere a otro, y le da golpe con la mano, o palo, o con otro instrumento”.²⁶⁰ Con ella, continuaba Pradilla, la injuria más leve se penalizaba como “grave y atroz”, aunque el juez debía de ponderar siempre las calidades tanto del injuriante como del injuriado, así como el lugar en donde se había realizado.²⁶¹

Quizás fue Pedro Murillo quien nos otorgó la mejor definición para este crimen: “Es un delito privado cometido con dolo malo en contumelia de otro, por el cual se rebaja la honra de alguno delante de los demás”.²⁶² Al igual que los demás doctrinarios reconocía tres tipos de injuria, pero recalca, con base en las *Instituciones* de Justiniano, que se trataba de un crimen atroz:

Se reputa atroz la injuria, o por el hecho, como si uno hubiere sido herido o golpeado con palos por alguien; o por el lugar, como si se hubiese hecho injuria a alguno en el teatro, o en el foro, o en presencia del pretor; o por la persona, como si un magistrado hubiere sufrido la injuria, o si se hubiere inferido ésta a un senador le fuera por persona de humilde condición, o se causare a un ascendiente, o al patrono por sus hijos o por sus libertos (pues de alguna manera se estima la injuria de un ascendiente y de un patrono, y de otra distinta la de un extraño y de una persona de humilde clase) y a veces también, el sitio de la herida hace atroz la injuria, por ejemplo, si alguno hubiere

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 73.

²⁶⁰ Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma de las leyes penales*, Madrid, Imprenta Real, 1644, Tomo I, p. 4. Castillo de Bovadilla también incluía en este crimen a “los palos y el bofetón”, los cuales los tenía por “gravísimas injurias”. CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos*, p. 410.

²⁶¹ *Ibidem*, 5.

²⁶² Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico, hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-EI Colegio de Michoacán, Vol. IV, p. 229.

sido herido en un ojo. Pero poco importa que tal injuria ha sido hecha a un padre de familia, o a un hijo de familia; pues también ésta será estimada como atroz.²⁶³

Con respecto a la pena, consideraba que se dictaba con base en el arbitrio del juez, pero “conforme a la variedad de las circunstancias”.²⁶⁴

Un siglo después, Joaquín de Escriche realizaba la misma clasificación de las injurias: verbal, real y literal o escrita, pero adhería una cuarta: la pintada. Acotaba que dentro de esta clasificación, cualquiera de ellas podía ser atroz o liviana, por lo que al ser muy variadas resultaba “muy difícil, sino imposible, fijar aun para cada especie una pena proporcionada”. La mejor solución para dictarla continuaba siendo, desde su perspectiva, el arbitrio del juez.²⁶⁵

3.2. Los peligrosos caminos de la ciudad

Es posible imaginar los peligros a los que se enfrentaba una persona, durante el siglo XVII, al deambular por los caminos de los pueblos cercanos a la ciudad de México. La movilidad de las personas era frecuente en esa época para mercar sus productos en los tianguis que se instalaban, cortar leña, trabajar en sus sementeras o emplearse en las haciendas.

De esta manera, muchos individuos tenían que sortear durante sus traslados las “ocurrencias” de algunos pillos que merodeaban por los caminos y veredas, quienes en la soledad, o incluso con presencia de testigos, se animaban a lastimar a algunos indios.

Sobre este punto, la literatura de la época puso el dedo en la llaga al criticar el comportamiento de los españoles, quienes regularmente ocasionaban vejaciones a los indios. Por ello, fueron varios los autores que se preocuparon porque la normatividad emitida por la Corona los protegiera de las injurias ocasionadas. Uno de estos escritores fue Diego de Avendaño, quien en su *Thesaurus*, veía con temor que algunos reos de “crímenes infames” fueran

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 260.

²⁶⁵ Joaquín de ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, Imprenta de Valentín Espinal, 1840, pp. 871-872.

liberados atendiendo a situaciones económicas o de realeza y clamaba que aquellos que injuriaran a los indios no quedaran sin castigo.²⁶⁶

Otro autor que mostró preocupación por ellos fue Juan de Solórzano y Pereyra, para quien “cuanto más se frecuenta el injuriarlos y maltratarlos, tanta mayor necesidad hubo de que la ley se pusiese de su parte y mandase castigar con mayor rigor a los que en esto excediesen”.²⁶⁷

En la praxis judicial no todos los injuriantes eran españoles, entre ellos había mulatos y mestizos. Así fue como le aconteció al indio Domingo Miguel. El veintisiete de julio de 1633, Joseph de Ceni, a la sazón su representante se presentó ante el alcalde a denunciar a los mestizos Joseph de Díaz y Francisco, quienes un día antes habían golpeado a su representado.²⁶⁸

Narraba en su querella que el día anterior había dejado Tacubaya y se dirigía con dirección a la ciudad de México a dejar unas flores que le habían sido encargadas por el vicario de su pueblo, pero en el trayecto encontró a los mencionados mestizos, los cuales intentaron privarlo de sus flores por lo que Domingo Miguel se defendió.

Mas su defensa fue vana, pues Joseph de Díaz iba armado con un garrote con el que le golpeó su boca y “le tumbó un diente y le dejó los demás tan atormentados que se le están cayendo y le abrió los dos labios, alto y bajo, dejándolo medio muerto y caído en el suelo y está muy malo y con mucho riesgo de la vida”.

El querellante presentó a dos indios como testigos, quienes narraron que ese día también iban con rumbo al tianguis de Tacubaya y en el trayecto observaron que el mestizo Francisco se acercó a Domingo Miguel y le quitó su sombrero y el ramillete de flores. El injuriado corrió tras él, pero le salió al paso Joseph de Díaz, quien había salido de una canoa, y le dijo “perro indio ha de haber burla de ti”, tras lo cual lo comenzó a golpear con el palo hasta dejarlo tumbado en el piso.

Domingo Miguel no era el único que sufría en la soledad de los caminos de la ciudad el mezquino comportamiento de algunos truhanes, pues en otras

²⁶⁶ Francisco CUENA BOY, “El castigo de las injurias causadas a los indios. Una página característica de Diego de Avendaño”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 19, 2012, pp. 12-15.

²⁶⁷ Citado por CUENA BOY, Francisco, “El castigo [...]”, nota 4, p. 11.

²⁶⁸ AGN, Criminal, 232, 18, fs. 396-399.

ocasiones las personas se adentraban en los terrenos de cultivo para gozar de las frutas que éstos daban.

El treinta de mayo de 1672 fue presentada ante el corregidor de la villa de Coyoacán una querrela por parte de Isidro López, vecino de la villa, quien narró que el día anterior se dirigió junto a sus hijos, su mujer, una española de nombre Juana Rodríguez, y otras mujeres que los acompañaron al pueblo de Axotla a comer capulines. Una vez ahí, les salió un indio, quien le tiró pedradas a su mujer “la hirió en la frente y otra le dio sobre los pulmones, de que está a pique de muerte”. Por ello demandaba a la justicia que se juzgara al indio, quien ya estaba preso, por tan “grave y atroz delito” y pedía al escribano que diera fe de las heridas de su mujer y mandara a un cirujano a revisarla.²⁶⁹

Dos días después, el querellante presentó por testigo al español Felipe de Vargas, quien laboraba en los obrajes de Melchor Díaz. Indicó que en esa fecha, al ir al baño atrás de los obrajes, se percató de que unas mujeres, entre las que estaba la mujer de Isidro, estaban comiendo capulines. También observó que querían darles un real a unas indias para que las dejaran comer los frutos, pero se negaron, aun así decidieron hacerlo contra su parecer.

De repente llegó un grupo de indios que comenzó a aventar piedras a las mujeres. Uno de ellos, a quien reconocía como el reo, le aventó dos pedradas a la mujer de Isidro que la hirieron en su frente y sus pulmones. Después tomó otra piedra con la que descalabró a otra persona que se encontraba en el árbol de capulines y al caer al suelo lo volvió a lastimar. Las mujeres injuriadas corrieron hacia el indio “y con una faja lo amarraron por los brazos [...] y unos muchachos que estaban con las dichas mujeres le tiraron y dieron en la boca”. Posteriormente se lo entregaron al corregidor.

Otro testimonio a favor del denunciante, por parte del mestizo Lucas de la Serna, indicó que ese día salió del obraje de Melchor Díaz, en donde se desempeñaba como aprendiz de tejedor de paños, junto con otras mujeres. Al llegar a Axotla las mujeres lo mandaron subir a un árbol para bajar capulines. En eso llegó una india a reclamarles porque dijo ser la dueña del árbol. Mientras discutían, salió un indio de una casa cercana y le dijo que se bajara del árbol, obedeció, pero en ese momento recibió una pedrada que lo

²⁶⁹ AGN, Criminal, 235, 26, 301-307.

descalabró y lo dejó aturdido. Al reaccionar vio que la esposa de Isidro se encontraba herida y que el ofensor estaba ya amarrado.

Finalmente, rindió su declaración la esposa de Isidro, pero tuvieron que realizarla en su casa, pues se encontraba muy herida. En su confesión dijo llamarse Juana Rodríguez y ser española. Refirió que ese día ella y otras cuatro mujeres fueron al poblado de Axotla a comer capulines. Estaban bajando los frutos cuando llegó una india que les pidió un real a cambio de comer sus capulines y ordenó al mestizo Lucas que “cortase unos pocos”.

Mientras comían los capulines les empezaron a tirar pedradas, por lo que se puso de pie y vio bajar a Lucas descalabrado. Al mirar hacia atrás vio a varios indios lanzando piedras. Uno de ellos le dio en la cabeza y cuando iba cayendo le asestó otra pedrada en la espalda. Cayó al suelo sin sentido, pero al recobrarlo se dio cuenta de que su agresor había sido amarrado con una faja. Aunque se juntaron varios indios para liberarlo no pudieron y lo llevaron ante el corregidor. Añadía que desde esa fecha estaba “muy mala”.

Una vez realizada la declaración, el escribano procedió a elaborar el certificado de heridas en el que se daba razón de una lesión en el lado izquierdo de su cabeza, con tamaño de tres dedos de largo y uno de ancho. También certificó una herida en el pulmón. Por su parte, el cirujano Joseph Carrillo, indicó que la herida de la cabeza “era de muy grande peligro”.

Reunidas estas pruebas, el corregidor ordenó se le notificará a Juan Mateo la querrela en su contra y se le procedió a nombrar como defensor de su causa al español Mateo Manuel, quien después de haber sido notificado aceptó el cargo “según su leal saber y entender y lo que no alcanzare tomar a parecer de personas que se lo sepan dar y ciencia y conciencia y letrados”.

El siete de junio rindió su confesión el reo en la cual indicó que una semana antes, cerca de las cinco de la tarde, salió de su casa y observó a un hombre sacudiendo su árbol de capulines, a quien dijo que ya no recogiera más, pero el hombre le respondió “calla cabrón cornudo y anda y vete”. En ese momento tomó una piedra, pero en ningún momento se la aventó a Lucas. Acto seguido las mujeres lo aprehendieron y derribaron en el suelo y con un malacate le pegaron en su hombro derecho y le lastimaron la boca. Aunque intentó huir, las mujeres lo amarraron y lo presentaron ante la justicia. Cuestionado sobre si había descalabrado a la española Juana Rodríguez, Juan

Mateo lo negó y añadió que en ese momento no había en el sitio persona alguna.

Un día después de la confesional, el corregidor encontró que había indicios sobre la culpabilidad de Juan Mateo y procedió a dictarle auto de cargos y pruebas con término de nueve días. Ordenaba también correr traslado a su defensor para que aportara la información necesaria.

El diez de junio, Isidro López, esposo de la descalabrada, presentó una petición ante el corregidor. Decía que en ese pueblo de Axotla los indios estaban “acostumbrados a semejantes atrevimientos sin que hayan tenido castigo”. Señalaba que su mujer era una española “de muy buenas y loables costumbres”. Por lo anterior se atrevía a entablar “acusación en forma” para que “se le agravaran las prisiones” a Juan Mateo y pagara costas judiciales. Al día siguiente los testigos del querellante ratificaron su testimonio inicial.

Sin embargo, la esposa del indio Juan Mateo también había presentado una querrela en contra de las personas que habían golpeado a su marido. Extraña que el corregidor de Coyoacán no hubiera acumulado las causas, sino que fueron llevadas por cuerda separada.²⁷⁰

Un día después que el querellante Isidro López presentara su denuncia, Juana Domínguez, esposa de Juan Mateo, hizo lo mismo y declaró que el domingo pasado se encontraba con su marido en su casa cuando vieron que un mozo español, que no conocían, estaba sacudiendo los árboles de capulines. Ella, junto con las indias Francisca María y Sebastiana Francisca, se acercaron al árbol y se percataron que había un nutrido grupo de más de treinta personas, muy variado en cuanto a sus calidades, pues estaba compuesto de españoles, mulatos, chinos y mestizos, hombres y mujeres.

Al mozo sólo le preguntaron por qué bajaba los capulines, pero la multitud le respondió que “Dios los había criado allí para que los comiesen”. Igualmente alcanzó a escuchar que le decían a su marido “perro indio cabrón” y a ellas les dijeron que “eran unas putas y que se fueran”.

Fue entonces cuando su marido se acercó al árbol y recibió una pedrada que lo tumbó en suelo. Ahí recibió “muchos golpes con piedras y con un malacate y lo amarraron y le echaron una faja al pescuezo” y de no haber sido

²⁷⁰ AGN, Criminal, 235, 27, 308-312.

auxiliado por la india María Pascuala lo habrían ahogado. Todavía fue rematado por un mulato que se acercó a él y con una piedra lo golpeó en la boca, ocasionándole la ruptura de su labio y la caída de dos dientes.

Respecto a quiénes habían golpeado a su marido, sólo sabía que eran sirvientes de la casa de Posadas, pero que tenían por costumbre asistir todos los años a causar agravios para destruir sus frutas y milpas. Por ello solicitaba al corregidor que soltara a su marido, pues no había ido “a buscar ruido sino que lo vinieron a buscar a su casa”.

Ese mismo día fue admitida la querrela de la denunciante y aprovechó para presentar a dos testigos. La primera de ellas, la india Francisca María, indicó que ese día llegaron personas muy diversas entre españolas, mulatas y una india a un árbol de capulines y que los vio “aprovecharse de los frutos”. Por esta razón salió Juana Domínguez junto con la deponente y la india Sebastiana Francisca a cuestionarlos sobre su proceder, pero las personas les respondieron que “no era su fruta, que Dios la había criado en el campo para que todos la gozasen”.

En ese momento salió Juan Mateo a defender su fruta, pero lo comenzaron a insultar diciéndole “quien te mete a ti perro cabrón no es tuyo es de Dios” y sin haberles respondido nada que los enojase arremetieron en su contra y recibió una pedrada que lo descalabró y tumbó en el suelo. Al ver esto, algunos muchachos que iban con la multitud corrieron al obraje de Posadas para dar aviso de la riña. De ahí salió “otra mucha cantidad de gente, mulatos, negros y españoles con espadas, piedras, malacates y cuchillos” y llegaron con Juan Mateo, quien ya estaba asido por las mujeres, y lo golpearon y amarraron.

Sebastiana Francisca, la otra testigo, declaró que se encontraba laborando en su milpa y a lo lejos vio llegar a un grupo como de veinte mujeres de distintas calidades a sentarse y comer. Juan Mateo les dijo que no comieran de la fruta, pero las mujeres sólo se rieron de él. Cuando se acercó fue recibido por las pedradas de un mestizo que iba con ellas y fue él quien lo descalabró. Tumbado en el suelo, fue sujetado por las mujeres mientras llegaban más personas del obraje de Posadas de donde salió “herido, maltratado y aporreado”. De ahí lo llevaron amarrado hasta el obraje para después entregarlo a la justicia.

La confesión de Juan Mateo básicamente era la misma que rendiría días después en la otra querrela entablada en su contra. Difería respecto al número de personas que estaban bajando los capulines del árbol y decía que eran dos, un mulato y un mestizo. Cuando les recriminó su proceder, empezaron a aventarle piedras “y corriendo tras de él lo cogieron del algodón y un mulato le echó un mecate al cuello y lo derribaron en el suelo y le dieron con una piedra en la cara y con la otra en la boca”, por lo que le lastimaron el labio y quebraron dos dientes.

No contentos, lo continuaron aporreando y pisoteando y otro mulato lo golpeó con un malacate en el hombro derecho. Mientras que a su mujer y a su hermana María Pascuala las “cogieron y mecieron de los cabellos y aunque les pedían les dejasen por Dios antes lo hacían peor”. Concluía indicando que no conocía a ninguno de sus agresores, sólo sabía que trabajaban en el obraje de Posadas, porque todos los años iban a sus tierras a ocasionarles “daños y perjuicios”.

Luego de haber rendido su declaración, el escribano elaboró la fe de heridas en donde indicaba que tenía una hendidura en la ceja derecha “y con sangre seca en cuero y carne”. Asimismo, tenía el labio de abajo roto y dos dientes quebrados, presentaba también una herida angosta en el hombro derecho. Fue sometido igualmente al dictamen del barbero, quien dio cuenta de las heridas así como de su gravedad, ya que le habían ocasionado calenturas y dolor de estómago.

Después de haberse tramitado la otra querrela, el corregidor no encontró elementos que justificaran la prisión de Juan Mateo y emitió un decreto para que se le liberara sin el pago de costas. Y lo instó para que “continuara su justicia por razón de las heridas”.

Al parecer, los dueños o los subalternos de las haciendas que circundaban a la ciudad de México eran especialmente proclives a abusar de los indios y salían a atajarlos en los caminos, o en sus mismos pueblos, para golpearlos y forzarlos a trabajar en las haciendas.

En Coyoacán existía un tal Juan de Campos, dueño de una hacienda, quien de “mucho tiempo a esta parte, tenía por costumbre el salir al camino y a

todos los indios que vienen de la dicha villa y de otras partes con sus cargas de fruta, los ataja y quita y les da de palos”.²⁷¹

Mateo Hernández, el querellante en este asunto, narró que el mencionado Juan le había quitado su carga de frutas y lo había golpeado hasta que “lo dejó por muerto, de que me siento muy mal de ellos [de los golpes]”. Además, le había robado su manta y su sombrero, los cuales pudo recuperar gracias a que después de la golpiza unos alguaciles lograron la aprehensión de Juan por otros crímenes que no son explicados en el documento. Suponemos que Juan tenía bastante “experiencia” en estos poco honorables menesteres, pues el mismo querellante lo mencionaba en el expediente. Quizás Mateo se atrevió a denunciarlo porque estaba ya en la cárcel.

En 1643, el indio cacique Diego de la Cruz se querelló en contra del español Javier Pérez Padrón, vecino de una hacienda del poblado de San Juan de las Manzanas, a quien acusaba de “malos tratamientos” y de “quererlo matar”.²⁷²

Señalaba que estando en una estanzuela cercana al pueblo junto con otros indios, arribó a ella el mencionado español, quien “sin ocasión ni causa” comenzó a maltratarlo de palabra diciéndole que era un “perro borracho” y que tenía muchos deseos de matarlo a palos. Ante esta situación de apuro, un sobrino del denunciante le indicó que tratase bien a su tío, a lo que el español respondió que los indios debían ir a laborar a su hacienda.

Otro indio aprovechó para manifestarle que “su obligación era procurar que los pobres indios cuidasen de sus pobres sementeras, pues con ellas se sustentaban y pagaban sus tributos, pero en caso de servirle sólo recibían malos tratamientos y no les pagaba su trabajo como tenía de costumbre encerrarlos y llevarlos por la fuerza”.

El abusivo español montó en cólera y embistió a Diego con una lanza que llevaba, lo derribó y lo dio por muerto. Con el cacique en el suelo, el español insistió en decirle que era un “perro borracho” y que a las demás autoridades (alcaldes y mandones) los llevaría amarrados a la cola de su caballo para que la justicia “besara su culo”.

²⁷¹ AGN, Criminal, 46, 11, fs. 243-246.

²⁷² AGN, Criminal, 93, 25, fs. 385-394.

El poblado de San Pedro Cuajimalpa también fue testigo del comportamiento abusivo de otros hacendados. El veintiuno de abril de 1655 los indios Jerónimo Rafael y Diego Marín se presentaron ante el alcalde a denunciar al español Luis Ramón de Abengosa, quien tenía arrendada una hacienda a las afueras del pueblo, y a una mulata llamada Dominga, a quien tenía “en su servicio y compañía”.²⁷³

Mencionaron en su querrela que el dicho español llegaba a su pueblo “con mano poderosa” y los obligaba a ir a su rancho a servirlo “como si fueran sus esclavos”. Además, les daba de palos, los azotaba y les quitaba sus cabalgaduras sin paga alguna. Aprovechaban, él y la mulata, para llevarse su maíz y sus gallinas y cuando algún indio se negaba a prestarle su servicio, el español lo golpeaba con un arcabuz que portaba siempre y le soltaba unos perros bravos para que lo mordieran.

Jerónimo Rafael declaró que el viernes pasado, al querer defenderse de don Luis, quien deseaba llevarlo a su casa, fue aporreado y como consecuencia había quedado con un brazo roto y desde ese día se encontraba muy malo. Diego Marín, por su parte, declaró que había sido mordido en la pierna derecha por esos perros el domingo anterior. Por ende, solicitaban a la justicia que se les castigara para que los indios ya no huyeran de sus casas ante el temor de ser azotados.

La querrela fue aceptada por el alcalde y se ordenó que los querellantes aportaran la información necesaria para corroborar su dicho. Ese mismo día fueron presentados los testimonios de los indios Matías Luis, Baltazar Nicolás, Pedro Miguel y Juan Nicolás, todos vecinos del mismo poblado que los querellantes.

El indio Matías Luis confirmó que el viernes dieciséis de abril, a las cinco de la tarde, don Luis fue a su pueblo y vio que se llevó a cuatro mulas que eran propiedad de Jerónimo. Su propietario le dio alcance para cuestionarlo a dónde las llevaba. Don Luis le dijo que “las había menester” y sin más que decir “le dio de palos con un palo que llevaba en las manos y sacó un arcabuz”, y les dijo a los demás indios que se habían acercado que se regresaran “porque de no hacerlo les habría de tirar con el arcabuz”.

²⁷³ AGN, Criminal, 235, 33, 268-275.

Al día siguiente, el testigo se percató que don Luis envió a las mulas cargadas de leña a la ciudad de México, las cuales eran conducidas por Diego Marín. Ese mismo día, Diego regresó al poblado, pero como era muy tarde decidió no ir a la hacienda sino hasta la mañana siguiente. El domingo muy temprano fue a dar cuenta al hacendado quien le recriminó no haber llegado el día anterior con las mulas, pero Diego Marín se excusó diciendo que su llegada había sido muy de noche. Estas palabras le bastaron a don Luis para que “sin más ocasión” le diera con el arcabuz, y cayera herido. Aturdido, quiso huir, pero en ese momento salió la mulata y envió a los perros para que lo atacaran, quienes lo mordieron en la pierna derecha. Mientras era atacado por los canes, llegaron la mulata y don Luis, quienes lo comenzaron a golpear tan fuerte que le “desconcertaron” un brazo. Otro testigo, el indio Pedro Miguel, también confirmaría el testimonio.

Baltazar Nicolás señaló en su deposición que el día dieciocho se encontraba en la hacienda de don Luis, esperaba le pagara por su trabajo realizado, cuando vio llegar a Diego Martín y observó como don Luis le dio con el cabo del arcabuz en el cerebro, cayó en el suelo y logró huir. Juan Nicolás también agregó que el día domingo había ido a la hacienda por su hijo, porque don Luis lo había llevado para trabajar en su hacienda cuando se percató de los hechos narrados, pero no pudo hacer nada para detener los azotes.

Contamos con otros dos casos criminales de similares características, pero en ellos los indios optaron por querellarse directamente ante el Juzgado General de Indios, el cual tenía jurisdicción sobre las disputas entre indios y españoles.²⁷⁴ No obstante, en estas denuncias encontramos los mismos conflictos descritos con anterioridad: un mulato que entraba a los pueblos de los indios para golpearlos y forzarlos a trabajar en su hacienda²⁷⁵ o amarrarlos a la cola de un caballo para lastimarlos.²⁷⁶ Estos, como los anteriores, tampoco culminaron con sentencia.

Los ejemplos aquí presentados han sido múltiples y nos revelan la posibilidad de ser sometidos y golpeados en los caminos o en los campos. Pero también son sintomáticos del conjunto de relaciones étnicas que se

²⁷⁴ Woodrow BORAH, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, FCE, 1985.

²⁷⁵ AGN, Criminal, 154, 13, fs. 382-403.

²⁷⁶ AGN, Criminal, 93, 15, fs. 251-259.

desarrollaban en la Nueva España y en los que parece haber una constante por parte de los agresores: se trataba de españoles, mestizos o mulatos.²⁷⁷

Los argumentos esgrimidos por las partes en los procesos también reflejaban la imagen que tenían respecto al otro. Los indios mencionaban en sus denuncias que sus ofensores tenían “por costumbre” lastimarlos y obligarlos a trabajar sin pago alguno. Además, casi siempre los vituperaban llamándolos “perro indio” o “borracho”. Españoles, mestizos y mulatos no sólo los injuriaban de esta manera, sino que en sus alegatos los volvían a llamar, “flojos”, “borrachos” y “mentirosos”. Estos conflictos judiciales nos permiten observar que cuando la convivencia apacible se rompía, salían a relucir las auténticas percepciones que se tenían sobre los otros.

Desgraciadamente, en estos procesos no contamos en ninguno de ellos con las sentencias respectivas, pero intuimos que regularmente existían varias posibilidades al respecto para no culminar el juicio: los bandidos llevaban una vida errante que imposibilitaba su aprehensión; los indios dejaban el asunto por la paz y no proseguían la querrela; y finalmente los culpables, quizás por el temor de ser sentenciados, aceptaban restituir a los indios el daño causado.

3.3. Sobre golpes y hurtos

Solía acontecer que en ocasiones se presentara la concurrencia de dos o más crímenes en una misma conducta. En este caso, como es natural, las penas se agravaban. Al respecto la doctrina de la época se cuestionaba cómo eran castigados estos delitos, encontraba la respuesta en el tiempo que mediaba entre cada uno de ellos. Sobre este tópico, Diego de Covarrubias diría que “si un siervo roba y mata, sin duda que comete dos delitos; por robar responderá del robo; por matar, quedará sujeto a la ley Aquilia. Si uno hurta y hiere con azotes y, por fin, con percusión distinta o no con azotes, mata, comete tres delitos: hurto, injuria y homicidio”.²⁷⁸

²⁷⁷ Sobre los conflictos de carácter étnico en la Nueva España véase a modo de ejemplo: Norma Angélica CASTILLO PALMA, *Cholula: sociedad mestiza en ciudad india. Un análisis de las consecuencias demográficas, económicas y sociales del mestizaje en una sociedad novohispana (1649-1796)*, México, UAM-Plaza y Valdés, 2001; Juan Manuel DE LA SERNA HERRERA (coord.), *Pautas de convivencia étnica en la América colonial*, México, UNAM-CCYDEL, 2005; y Magnus MÖRNER, *Estado, razas y cambio social en la Hispanoamérica colonial*, México, SEP, 1974.

²⁷⁸ Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona. Bosch, 1959, p. 247.

El crimen de lesiones en el que hemos englobado aquí a varios comportamientos, regularmente iba relacionado con otro crimen grave como el hurto, pues en muchas ocasiones los asaltantes utilizaban la violencia para despojar a sus víctimas de sus pertenencias.

Las *Partidas* hacían una sutil distinción entre hurto y robo, pero en la práctica tal diferencia era sólo doctrinaria.²⁷⁹ El hurto era definido como la “malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin plazer de su señor con intencion de ganar el señorío, o la posesión, o el uso de ella”.²⁸⁰ Por su parte, el robo era descrito como “una manera de malfetria que cae entre furto, e fuerça”. Distinguían tres tipos de robos, pero la que aquí nos interesa es la segunda acepción: “quando alguno roba a otro lo suyo, o lo que levase ageno, en poblado o en yermo, non habiendo razon derecha porque lo debe facer”.²⁸¹

La penalidad del robo variaba siempre atendiendo a la cantidad y calidad de lo robado, por ello era muy difícil que fuera calificado como delito atroz por la doctrina, por ende hemos prescindido aquí de su estudio, más la bibliografía sobre el tema es vasta.²⁸²

En la Nueva España podían acontecer robos cargados de violencia, como le sucedió al indio Sebastián de Avellaneda en 1643.²⁸³ Indicaba el querellante en su denuncia que unos días antes, alrededor de las diez de la mañana, caminaba tranquilamente por las calles de San Francisco acompañado por los indios Pedro y Juan, cuando de improviso se acercó a él un “chino carretonero”, cuyo nombre desconocía, quien le solicitó le ayudase a “sacar una poca de basura”.

Aunque en un principio Sebastián se negó a prestarle auxilio, el chino le arrebató su sombrero, por lo que se vio forzado a entrar con él a una casa, en

²⁷⁹ Para el profesor Sánchez-Arcilla “en el lenguaje cotidiano e, incluso, en el nivel oficial de producción del derecho se utilizan indistintamente los términos de hurtar y robar”. “Robo y hurto en la ciudad de México a fines del siglo XVIII”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 8, 2001, p. 61. Para Castilla véase Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, “La distinción hurto-robo en el derecho histórico español”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, No. 32, 1962, pp. 25-111.

²⁸⁰ *Partida 7*, 14, 1.

²⁸¹ *Partida 7*, 13, 1.

²⁸² Para un acercamiento bibliográfico sobre el tema véase: Ricardo M. MATA Y MARTÍN, “Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas”, en *Ius Fugit*, Universidad de Zaragoza, Nos. 5-6, 1996-1997, pp. 277-310.

²⁸³ AGN, Criminal, 187, 19, fs. 289-303.

la cual, lejos de tirar la basura, forcejeó con él y lo golpeó para ver si traía consigo algo de dinero. Descubrió entre sus ropas un paño con diez pesos y seis tomines, que portaba Sebastián para comprar vino. El chino lo amenazó y le dijo que si no se lo daba “lo había de matar” y lo despojó de su dinero.

Los acompañantes de Sebastián dudaron en ayudarlo pues observaron que estaba armado, por lo que echaron a correr a su casa ante el temor de que “les diera puñaladas”. De esta forma, Sebastián denunciaba a la autoridad este “grave y atroz delito digno de ejemplar castigo”.

Además, indicaba el testigo Pedro, el chino “ha tenido por costumbre el hacer lo mismo con otros naturales forasteros”. Con estos datos, la autoridad ordenó ponerlo preso. En su confesión, dijo llamarse Gonzalo de la Cruz e indicó que no conocía a Sebastián. Asimismo negó que el día de los hechos estuviera en ese lugar, pues en ese mismo instante se encontraba “trabajando en otra parte”.

El día siguiente de la confesión y ante la posibilidad de que el proceso siguiera su curso, Sebastián decidió “perdonar” al ladrón:

[...] por servicio de dios nuestro señor y por ruego de personas honradas que me lo han pedido y por estar satisfecho pagado de los dichos diez pesos y seis tomines que así me quito de las costas y gastos que me causó [...] para no proseguir en la querrela ahora ni en ningún tiempo le remito y perdono cualquier culpa y agravio que me ha causado [...] no le hago por temor de no alcanzar justicia sino por lo que tengo dicho y porque Dios nuestro señor perdone mis pecados.

Como lo indicó el agraviado, mediante el acto del perdón buscaba que Dios pudiera también perdonar sus pecados. Recordemos que según una *Summa* de la doctrina cristiana de la época, las obligaciones de los cristianos consistían en cumplir obras de misericordia y una de ellas era “perdonar a los que nos injurian”.²⁸⁴

Si en este caso Sebastián había mostrado su misericordia y otorgado el perdón por el hurto y los golpes, está no era la regla, especialmente cuando el crimen era cometido de noche y por varios criminales. Baste recordar que en la doctrina de la época, la comisión de un delito durante la noche implicaba una mayor severidad de la pena, como lo ilustraban las *Partidas*: “et aun decimos que [los jueces] deben catar el tiempo en otra manera; ca mayor pena debe

²⁸⁴ Domingo de SOTO, *Suma [...]*, f. 16v. Sin embargo, Domingo de Soto agregaba que estas obras no eran de “justicia necesaria”.

hacer aquel que face el yerro de noche que non el que lo face de dia, porque de noche pueden nacer muchos peligros et muchos males”.²⁸⁵ En idéntico sentido, y apoyado en el derecho común, Lorenzo Mateo y Sanz aseguraba que “los crímenes nocturnos son castigados más severamente”.²⁸⁶

Así ocurrió en un caso tramitado en el pueblo de San Agustín de las Cuevas, Tlalpan, perteneciente a la jurisdicción de Xochimilco. El tres de febrero de 1644, a las once de la noche aproximadamente, el indio Juan de la Cruz y su esposa fueron asaltados en su casa mientras dormían. Los hurtadores ingresaron a su morada y les dijeron que “callaran y no gritaran porque los habían de matar”. Al querellante, a pesar de haber seguido sus órdenes, le asestaron dos puñaladas en la pierna derecha, junto a su rodilla y otra más en el brazo derecho. Por lo que hace al hurto lo despojaron de algunos objetos como calzones, mantas y cobijas.

Al día siguiente se dirigió a presentar su querrela ante el corregidor y de manera casi inmediata fueron apresados los ladrones, quienes respondían a los nombres de Andrés Baltasar, Juan Baltasar y Gabriel Pablo.

Con su detención, el corregidor procedió a dictar auto de aprehensión y a solicitar que se resguardaran los bienes que se les hallaron. Después ordenó realizar un inventario de las cosas hurtadas.

A los dos días, comparecieron dos testigos del querellante, las indias Francisca María y Magdalena María, quienes a grandes rasgos testificaron que sabían que el querellante y su esposa, por ser sus vecinos, habían sido “dejados en carnes” y robados. Aunque afirmaban no saber quién lo hizo.

Luego de haber escuchado a los testigos, el corregidor ordenó que se les tomara sus confesiones a los inculpados y les nombró defensor en la persona de Tomás Hernández, quien aceptó y juró el cargo.

Durante la confesión, Andrés Baltasar aceptó haber entrado a la casa del querellante a las once de la noche y haberle hurtado algunos enseres. Además, agregó, era cierto que habían amenazado de muerte a la pareja y

²⁸⁵ *Partida 7*, 31, 8.

²⁸⁶ Lorenzo MATEO Y SANZ, *Tractatus de Re Criminali sive Controversiarum*, Lugdundi, Sumptibus Petri Bruyset et Sociorum, 1738, p. 261. Para un mayor acercamiento sobre los crímenes nocturnos en el derecho común véase: Emma MONTANOS FERRÍN, “An de die vel de nocte”, en *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, No. 9, 1998, pp. 48-80.

herido al querellante. Por otra parte, dijo que en el pasado había estado preso, pero se había fugado junto con un negro.

Los otros dos presos, Gabriel Pablo y Juan Baltasar, tampoco negaron los hechos y afirmaron que lo habían hecho “por estar borrachos”. Con estas confesiones, el corregidor procedió a dictar el auto de término de nueve días para la presentación de las pruebas. Posteriormente el escribano les notificó *in situ* a los culpables y al querellante.

El mismo día, el querellante presentó de nuevo a sus testigos para que ratificaran su declaración inicial, todos estuvieron de acuerdo con su testimonio inicial y ninguno aportó información extraordinaria. Asimismo, procedió a solicitar al corregidor que le fueran regresados sus bienes hurtados, porque tanto él como su esposa se hallaban “desnudos”. El corregidor autorizó la entrega y el escribano se los dio.

Al parecer ese día fue de mucho movimiento, pues el defensor de los inculpados también aprovechó para realizar un pedimento al corregidor en el que expresaba que “para alegar de su justicia con parecer de asesor tengo necesidad que los susodichos me den dineros y para su descargo me señalen sus testigos que estoy puesto de acudir a ello”. Su pedimento fue aceptado y notificado a sus defendidos.

Sin embargo, los indios encarcelados no contaban con dinero suficiente para costear su defensa, pues en los días sucesivos su defensor volvió a solicitar dos veces más al corregidor que los apremiara para que le dieran dinero y aportaran los testigos, pero en ambas ocasiones volvieron a negarlo.

En esa misma fecha, el corregidor dictó un auto para que los presos fueran reubicados, ya que consideraba que al ser forasteros pasaban hambre. Además, creía que la cárcel era demasiado frágil y los presos “de ordinario hacían fuga y quedaban sin castigo”. También existía el peligro de que al ser tan pequeña la cárcel los presos se contagiaban de alguna peste. Fue así como se procedió a trasladarlos a un obraje en las afueras de la ciudad por ser “fuerte y poder darles de comer”.

Finalmente, ante la ausencia de dinero y de testigos por parte de los reos, el corregidor decidió correr traslado del expediente, cuatro meses después, a la Sala del Crimen, y se le pidió al querellante que pagara tres pesos por la asesoría letrada.

En su decisión, la Sala del Crimen condenó a los indios a rematar y vender su servicio en almoneda por tiempo de dos años, y si lo quebrantaren se les impondría una pena de doscientos azotes. Además los sentenció al pago de quince pesos por los bienes hurtados al querellante y lo restante se aplicaría a los pagos de la real justicia. La Sala concluía indicando que no admitiría apelación.

La decisión fue notificada al corregidor hasta el veintiuno de septiembre, dos meses después de haber sido pronunciada, lo que resulta interesante por la cercanía del pueblo con la Sala del Crimen, pero si reparamos en la ausencia de los pagos de asesoría al defensor podremos entender la lentitud.

En estos casos vemos nuevamente el contraste de la justicia novohispana. En la primera situación, por no haber sido realizado con excesiva violencia, la justicia permitió que el querellante otorgara su perdón al ofensor una vez que vio satisfecha la restitución de su dinero, el cual tampoco era un monto demasiado alto.

Mas en el segundo caso, observamos que no hubo perdón por parte de las víctimas. Además, la hora del crimen, su comisión en grupo y el allanamiento de los ofensores agravaron la pena, de tal suerte que incluso quedó prohibida la apelación de la sentencia.

3.4. Cuando la justicia lastimaba

La literatura del siglo de oro español es un fiel reflejo de las costumbres, creencias y cultura de la época. Prácticamente ningún tema escapó de sus audaces páginas. Autores como Góngora, Cervantes y otros más, expresaron en sus obras un paisaje crítico e irónico de la cotidianidad española de los siglos XVI y XVII.

Quizás uno de los temas que con más ahínco recibió la crítica mordaz por parte de estos autores fue el de la justicia y sus funcionarios, asunto nada menor, pues la justicia desempeñaba un lugar preponderante dentro de la configuración de la sociedad castellana del Antiguo Régimen, ya que a través de ella el rey se hacía presente ante sus súbditos.

Aunque la actividad jurisdiccional se desplazaba a través de los cauces de la *ratio scripta* de la ley, ésta, por si misma, era inanimada y precisaba de

funcionarios como el juez, escribanos, procuradores y alguaciles,²⁸⁷ que permitieran el movimiento de la “maquinaria judicial”, metáfora que, como expresaba Jerónimo Benito Feijoo, era imprescindible para entender el adecuado funcionamiento de la justicia: “[el tribunal] es una máquina, en que si falta, falsea o afloja el más menudo muelle, todos los movimientos serán desordenados”.²⁸⁸

Pero en ocasiones sucedía que alguno de los elementos de esta maquinaria fallara y abusara de sus funciones encomendadas para obtener un beneficio personal. Esta deshonestidad, por parte de quienes debían impartir justicia, llevó a que fueran caracterizados como corruptos en el imaginario popular, no sólo en Castilla²⁸⁹ sino también en los dominios indianos.²⁹⁰

Dentro de la estructura jurisdiccional castellana el alcalde se encontraba como la personificación directa del rey, él gobernaba e impartía justicia en una escala menor, pero investido siempre de esa magnanimidad.

Lorenzo de Guardiola describía las características que debían poseer corregidores y alcaldes:

[...] que sean de buen linaje, prefiriendo los nobles a los plebeyos en idénticas circunstancias de virtud y ciencia: de buen entendimiento: de buenas razones y palabras: sufridos: no soberbios, ni banderos: justicieros, esto es, amantes de la justicia, rectos y constantes en administrarla conforme a las leyes: estos es, fuertes y animosos, no pusilánimes o de poco espíritu, aliento y brío para hacer justicia a todos, y perseguir los malhechores: leales, de buena fama, sin codicia, no avarientos, ni amigos de dádivas, presentes ni cohechos: sabios, prudentes, veraces o amantes de la verdad, y sobre todo temerosos de Dios y del Rey”.²⁹¹

Existían casos de alcaldes justos como el retratado por Calderón de la Barca en *El alcalde de Zalamea*, quien después de haber visto como su hija

²⁸⁷ Para un conocimiento de la labor de estos funcionarios dentro de la complejidad judicial castellana: José Carlos HESLES BERNAL, *El vuelo de Astrea. Configuración jurídico-política de la Monarquía Católica*, México, Porrúa, 2005, pp. 137-177; y Richard KAGAN, *Pleitos y pleitantes en Castilla, 1500-1700*, Madrid, Junta de Castilla y León, 1991.

²⁸⁸ Jerónimo Benito FEIJOO, *Teatro crítico universal o discursos varios en todo género de materias, para desengaño de errores comunes*, Madrid, Real Compañía de Impresores, 1775, p. 263.

²⁸⁹ Tomás MANTECÓN, “El mal uso de la justicia en la Castilla del siglo XVII”, en José I., FORTEA, Juan E. GELABERT y Tomás MANTECÓN (coords.), *Furor et rabies. Violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander, Universidad de Cantabria, 2002, pp. 69-98.

²⁹⁰ Salvador CÁRDENAS GUTIÉRREZ, “La lucha contra la corrupción en la Nueva España según la visión de los neoestoicos”, en *Historia Mexicana*, Vol. LV, No. 3, 2006, pp. 717-765.

²⁹¹ Lorenzo de GUARDIOLA Y SANZ, *El corregidor perfecto, y juez dotado de las calidades necesarias*, Madrid, Imprenta Real, 2ª ed., 1796, p. 57.

había sido burlada por un noble, y una vez obtenida la alcaldía, decidió llevarlo a juicio y dictarle sentencia de muerte. Ante los cuestionamientos del rey sobre por qué había dictado esa sentencia, el alcalde sólo respondió: “Mírese, si está bien hecha la causa; miren, si hay quien diga que yo haya hecho en ella alguna maldad, si he inducido algún testigo, si está algo escrito demás de lo que he dicho, y entonces me den muerte”.²⁹² El rey comprendió que el alcalde había actuado conforme a derecho y lo liberó de cualquier pena.

En la Nueva España muy pronto se dio a conocer la posibilidad de que los justicias se comportaran de una manera violenta en contra de los indios, e incluso se llegó a prohibir, de manera breve, el ingreso de letrados a tierras americanas.

A mediados del siglo XVII, cuando las instituciones castellanas se encontraban plenamente consolidadas en la Nueva España, el dominico Jerónimo Moreno publicó un breve opúsculo en el que dejaba ver la arbitrariedad con la que a veces actuaban algunos alcaldes y corregidores auxiliados por sus subordinados.²⁹³

En la vida cotidiana existían alcaldes que traspasaban sus funciones y con el ánimo del beneficio personal llegaban a golpear a sus gobernados con el fin de apropiarse de sus bienes o forzarlos a trabajar de manera gratuita. Así sucedió a los indios carpinteros del pueblo de Chiapa de Mota en 1640, quienes entablaron una querrela en contra de Juan de Soto, alcalde del pueblo, Juan de los Ángeles, gobernador, y otros principales de la comarca por sus vejaciones.²⁹⁴

Los indios se quejaban de que el dicho alcalde “y demás oficiales de la república entraban en sus casas y llevaban las gallinas y pollos contra su voluntad, sin pagar su valor y si no los hallaban en sus casas cuando los buscaban para enviar alguna parte les llevaban las mantas”, pero lo hacían de una manera violenta en la que recibían golpes e insultos.

También indicaban en su querrela que las autoridades se llevaban sus bueyes para bajar madera de los montes sin ningún pago a cambio y los

²⁹² Pedro CALDERÓN DE LA BARCA, *El alcalde de Zalamea*, Fuente: <http://www.comedias.org/calderon/alczal.pdf>. [Consultado el 13 de abril de 2016].

²⁹³ Jerónimo MORENO, *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias y para sus confesores*, México, Imprenta de Francisco Salbago, 1732.

²⁹⁴ AGN, Criminal, 179, 31, fs. 414-453.

forzaban a trabajar gratuitamente en sus milpas y sementeras, con el pretexto de que lo hacían para “aderezar” la iglesia. Finalmente, llevaban tres años sin convocar a elecciones de alcaldes y fiscales, aun cuando tenían la obligación de realizarlas cada año.

De esta forma, el veintitrés de marzo, el teniente de alcalde encontró motivos suficientes para iniciar la cabeza de proceso, procedió a nombrarles defensor y ordenó que los culpables comparecieran ante la justicia. Los funcionarios comparecieron tres días después, pero todos negaron que fueran culpables de crimen alguno. Al día siguiente, el teniente dictó el auto de cargo y prueba con término de seis días.

Sin embargo, el gobernador Juan de los Ángeles, mediante su defensor, aseveró nuevamente que no les debía “cosa alguna”. Además, precisaba salir de su encierro para ejercer las funciones de su cargo como cobrar tributos y “acudir a las demás cosas de la república por no haber quien lo haga”. A pesar de haber negado deuda alguna con los carpinteros, el gobernador terminó por ofrecer pagar una fianza para que fueran liberados.

Los indios José de García y Luis de García le extendieron dos recibos en los que escribían: “me doy contento y pagado de lo que a mí y a los demás del dicho pueblo toca”. Aun con la presunta fianza ya pagada, que ascendía a sesenta y cuatro pesos y seis tomines, no fueron liberados de manera inmediata, por lo que su defensor, Andrés Correa, tuvo que presentar al día siguiente una petición para que fueran liberados por lo menos “en fiado”. Señalaba que sus representados “no eran culpados en delito criminal”, pero lo más importante era que ante la cercanía de la Semana Santa, se necesitaba su presencia para el cobro de tributos y organización de las celebraciones. Igualmente pedía se les concediera treinta días más de término probatorio.

El teniente dictó un auto para verificar si efectivamente se había pagado a los indios y se notificó a los encarcelados, quienes fueron liberados en fiado por tener los recibos de pago en mano, pero aun así la causa se seguiría de oficio. Ese mismo día, veintiocho de marzo, los cinco indios carpinteros ratificaron su testimonio inicial.

Durante las siguientes fechas el expediente lució inactivo y no fue sino hasta el veintiocho de septiembre, seis meses después, cuando los indios volvieron a querellarse en contra de las autoridades. En esta nueva causa

indicaban que les habían prometido pagarles, por lo cual “se bajaron de la querella” y les otorgaron una carta de pago, mas las autoridades mintieron y una vez sueltos jamás lo realizaron y, además, osaron azotarlos públicamente.

Andrés Correa, defensor de las autoridades en la primera causa, fue llamado a testificar. En su deposición manifestó que efectivamente reconocía su firma en la carta de pago, pero confirmaba “que no les dieron ni pagaron nada”. También declaró que los justicias, el domingo siguiente después de su liberación, azotaron públicamente en el patio de la iglesia a dos de los querellantes, pero ignoraba los motivos, pues habían hablado en otomí, lengua que desconocía.

Nuevamente la causa permaneció inactiva hasta junio de 1641, cuando presentaron su testimonio tres testigos más, quienes volvieron a comentar que los indios habían sido azotados por las autoridades y cuando les habían preguntado sobre los motivos, las autoridades dijeron que “aquellos sería de escarmiento para que otros no hicieran lo mismo”.

El diecinueve de junio, el teniente dictó auto para que las autoridades fueran puestas en prisión, lo cual se llevó a cabo ese mismo día. En la cárcel, Juan de los Ángeles y Pedro de Soto presentaron un escrito a la autoridad en la cual demandaban conocer la causa de su encierro, pues se consideraban inocentes. También volvieron a pedir su liberación para atender la administración de sus pueblos.

El teniente ordenó tomarles la confesión, la cual se realizó el día siguiente. En ella, tanto Juan de los Ángeles, José de San Francisco y Pedro de Soto desconocieron deuda alguna con los indios, pues contaban con una carta de pago en donde se indicaba que la deuda había sido ya resuelta. No negaron los azotes en la iglesia, mas expresaron que los habían realizado como castigo “por no asistir a la doctrina”. Con las confesiones, el teniente les dictó auto de término probatorio de seis días.

Posteriormente, los testigos de los querellantes se presentaron a ratificar sus testimonios. Los querellantes aprovecharon para otorgar al español Francisco Pérez Rivero un poder amplio para continuar la causa.

El tres de julio, mediante escrito del poderdante de los querellantes, se solicitó a la justicia que se diera por concluida la causa por haber transcurrido el término probatorio. El representante también aprovechó para solicitar a los

acusados el pago de lo debido y que se les impusieran “las más graves penas establecidas”, así como la suspensión de su oficio y el destierro.

La autoridad dio por concluido el término probatorio y se notificó a las partes. El expediente no cuenta con la sentencia, pero muy seguramente, ante el temor de ser sentenciados gravemente y privados de sus oficios, los acusados decidieron pagar los sesenta y cuatro pesos.

Este no era un caso aislado, contamos con otro ejemplo de cómo los alcaldes llegaban en ocasiones a sobrepasarse. Así le aconteció a la india Juana Marta, natural de Metepec, cuyo caso se ventilaría ante la justicia, pero tampoco llegaría a sentencia.²⁹⁵

El veinticinco de enero de 1635, la mencionada india se encontraba vendiendo carne de novillo, como usualmente lo hacía en el tianguis que semanalmente se realizaba en esa comunidad. Alrededor de las tres de la tarde, el alcalde mayor, Fernando de Asoca, salió de su casa junto con el presbítero y un oficial del reino para realizar un recorrido por el tianguis de la localidad.

Durante el itinerario, el alcalde se percató de que cuatro indias estaban vendiendo carne y pudo observar que todas ellas daban poca carne por un precio desmedido, ya que por un real debían de dar ocho libras y media de carne. El alcalde les cuestionó su proceder y las conminó a que dejaran de vender bajo amenaza de ser llevadas a prisión. Las vendedoras le obedecieron, pero una de ellas, que respondía al nombre de Juana Marta, no lo hizo y le dijo en su lengua náhuatl: “mi ama es la condesa y he de vender como quisiere” y prosiguió su venta.

Ante el nulo acatamiento de la india, el alcalde la conminó en otras tres o cuatro ocasiones a que obedeciera su mandato. Sin embargo, la india ordenó a uno de sus sirvientes a que montara su caballo y fuera en busca de Felipe Gutiérrez, jefe de los vendedores de carne. El alcalde no pudo soportar el reto lanzado por ella y ordenó que fuera puesta de inmediato en la cárcel.

Ahí dio cuenta de su actuación y presentó a dos testigos españoles, Andrés Vázquez de Prada y Andrés Román, quienes esa tarde se encontraban sentados mientras observaban el ajetreo del tianguis. Los testigos escucharon

²⁹⁵ AGN, Criminal, 217, 7, fs. 77-87.

que el alcalde conminaba a las cuatro tianguistas a vender la carne en su precio real, so pena de ir a la cárcel, pero observaron que Juana María aun así continuó vendiéndola a otros clientes en el mismo sobreprecio. El alcalde le volvió a pedir que no vendiera más, pero, continuaban los testigos, Juana Marta “con mucha desvergüenza y ademanes con las manos en su lengua” le dijo que la carne era de “la condesa” y ordenó a su ayudante que fuera con el administrador de las carnicerías. Finalmente, el alcalde decidió llevarla presa a la cárcel.

Días después, Juan Ventura, esposo de Juana Marta, se presentó ante la justicia para querellarse en contra del alcalde, a quien acusó de que “públicamente, en la plaza del dicho pueblo en la puerta de la cárcel [...] hizo azotar a Juana Marta, mi mujer”. Además, había realizado esta pena pública e infamante sin “escribir causa”, es decir, criticaba su actuación arbitraria que había ocasionado en su mujer esta pena “tan afrentosa y grave” de los azotes y de su encarcelamiento durante dos días.

En su apoyo, el esposo de Juana Marta presentó a dos indios como testigos, quienes corroboraron en parte la versión del alcalde y sus testigos, pero disintieron en que la india había sido trasladada a la cárcel de manera pacífica. Recalcaron que al ser llevada a la prisión, el alcalde la despojó de sus ropas y le dio con un mecate más de sesenta azotes en su espalda, para después ponerla en prisión, en donde estuvo día y medio.

Por las mismas fechas, Joseph de Celi, con el carácter de representante de la víctima y de otras cuatro indias, presentó un escrito en el que mencionaba que sus representadas “desde antiguos tiempos” compraban carne en Metepec, la cual vendían luego en los tianguis de la comarca, sin que hasta ese momento hubieran sido molestados por justicia alguna, pero el nuevo alcalde “impedía el dicho trato y granjería por sus comodidades”. Remataba diciendo que a raíz de los azotes Juana Marta había caído enferma y de no haber sido por la intervención de un religioso, quizás no la hubieran liberado y las cosas habrían empeorado. Concluía pidiendo la remisión de la causa al tribunal correspondiente de la jurisdicción para que se castigara al alcalde y así cerraba el expediente.

Como apuntábamos líneas arriba, no sólo quebrantaban el ordenamiento los jueces, sino todo el aparato de justicia que le ayudaba en esta transgresión:

abogados, escribanos y alguaciles. Este último era el más proclive a recibir las críticas. Su competencia primordial consistía en auxiliar a los jueces en el esclarecimiento de los crímenes, y aunque tenía otras funciones (como realizar rondines nocturnos y la vigilancia de los juegos de azar), su labor como funcionario de justicia era la más importante y la que lo hacía más manifiesto ante la comunidad.²⁹⁶

Esta visibilidad fue la que llevó a Alonso de Villadiego a recomendar a los corregidores a tener cuidado en su elección porque el alguacil “era [sus] pies y manos”.²⁹⁷ Otro autor, Lorenzo de Guardiola y Sáenz, décadas después, los continuaba nombrando “los pies y las manos del buen Corregidor, y unos fieles centinelas, que de noche y día deben celar los vicios de la República, y aun la honra de su juez, avisándole con todo secreto y respeto de cualquier cosa que se diga o note contra ella para corregirse”.²⁹⁸

Sin embargo, esta imagen, un tanto idealizada, no era compartida por todos los autores. En el tópico literario, Mateo Alemán, en su *Guzmán de Alfarache*, decía de él que “compró aquella vara para comer, o la trae de alquiler, como mula. Y para comer ha de hurtar, y a voz de ‘alguacil soy, traigo la vara del rey’, ni teme al rey ni guarda ley, pues contra rey, contra Dios y ley te hará cien demasías de obras y palabras”.²⁹⁹

El ya citado Feijoo, desde la línea política, dejó asentado sobre ellos y los escribanos que “si se castigasen dignamente [...] infinitas varas y plumas, que hay en España, se convertirían en remos” y, agregaba, “su destino es coger los reos, su aplicación coger algo de los reos, y apenas hay delincuente que no se suelte, como suelte algo el delincuente”.³⁰⁰

Francisco de Quevedo, uno de los autores que más proclives fueron en marcar los yerros de la justicia, fue muy ácido en sus comentarios hacia las

²⁹⁶ Una visión sucinta de sus funciones se encuentra en José Luis de las HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, pp. 160-163. Sobre la actividad de los alguaciles en la Nueva España véase María Luisa Julia PAZOS PAZOS y María Justina SARABIA VIEJO, “Orden y delincuencia. Los alguaciles de las ciudades novohispanas, siglos XVI-XVII”, en *Actas del XIV encuentro de latinoamericanistas españoles*, Santiago de Compostela, 2010, pp. 684-697.

²⁹⁷ Alonso de VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial: conforme al estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1778, p. 170.

²⁹⁸ Lorenzo de GUARDIOLA Y SÁENZ, *El corregidor [...]*, p. 110

²⁹⁹ Mateo GUZMÁN, *Guzmán de Alfarache*. Fuente: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/131262.pdf>. [Consultado el 13 de febrero de 2016].

³⁰⁰ Jerónimo Benito FEIJOO, *Teatro crítico [...]*, p. 266.

funciones del alguacil, de quien describiría a la perfección sus características en su jocosa obra *El alguacil endemoniado*, título que sería censurado y posteriormente cambiado al de *El alguacil alguacilado*.³⁰¹

Como decía Quevedo, a través de su personaje demoníaco: “Quién podrá negar que demonios y alguaciles no tenemos un mismo oficio, pues bien mirado, nosotros procuramos condenar, y los alguaciles también; nosotros que haya vicios y pecados en el mundo; y los alguaciles lo desean y procuran con más ahínco, porque ellos lo han menester para su sustento, y nosotros para nuestra compañía”.³⁰²

Por lo demás, Quevedo no los veía con muy buenos ojos, pues, añadía, todas las profesiones hurtaban con alguna parte de su cuerpo, pero en el caso de los alguaciles “hurtan con todo el cuerpo, pues acecha con los ojos, sigue con los pies, ase con las manos y atestigua con la boca”.³⁰³

En Castilla, esta descripción parecía ser la norma, pero también la Nueva España contaba entre sus oficiales de justicia con algunos “alguaciles endemoniados”, que se animaban a azotar a quienes debían proteger. Así lo atestigua la causa criminal seguida en contra de Andrés Sebastián, alguacil en la jurisdicción de Tlalnepantla.³⁰⁴

El 17 de febrero de 1678, el indio Andrés Francisco, natural del pueblo de San Francisco Nacashuyacan, se presentó ante el alcalde para querellarse en contra de Andrés Sebastián, alguacil del pueblo de Tacubaya. Su denuncia era clara, indicaba que apenas hacía unos días, estando en el monte, “componiendo unos costales de carbón”, llegó ante él el alguacil, quien le dijo “vos sois el cual busco” y repentinamente lo comenzó a aporrear y lo amarró con un cabestro para llevarlo a su casa, en donde lo colocó en un aposento.

Unas horas más tarde, el endemoniado alguacil regresó a su casa y prosiguió con el suplicio. Indicaba Andrés Francisco en su querella: “me colgó de la madera y me desnudó. Me dejó en pelotas y empezó a azotarme. Me dio

³⁰¹ Un acercamiento a la obra de Quevedo en su crítica a la justicia lo podemos ver en Carlos José RIQUELME JIMÉNEZ, *La administración de justicia en el Siglo de Oro: la obra de Francisco de Quevedo*, Madrid, Instituto de Estudios Manchegos-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004.

³⁰² Francisco de QUEVEDO, *Prosa completa*, Madrid, Ediciones Ibéricas, 1958, pp. 50-51.

³⁰³ *Id.*

³⁰⁴ AGN, Criminal, 238, 9, fs. 205-234.

más de cien azotes y hasta que estuve más muerto que no me dejo y nunca me dejara, sino fuera por su mujer”.

No contento con los azotes infligidos al indio, el alguacil le “arrancó toda la melena”. Después de ello, la mujer del alguacil se apiadó de él y lo liberó. Agregaba el indio que él no era el primer maltratado en aquel pueblo, con anterioridad ya habían sido vejados otros indios a quienes les había partido la cabeza, o bien, les había quebrado las manos.

El insolente Andrés Sebastián, indicaba la víctima, siempre se jactaba que no habría de parar “hasta que mate tres y cuatro [indios]”, pues era poseedor de muchas talegas de dinero para poder negociar con la autoridad. Mencionaba que hacía pocos días había aporreado a otro indio que ahora se encontraba muy grave.

Al parecer, el alguacil tampoco tenía consideración con las mujeres, pues era común que las citara en su casa para hacer tortillas y si éstas no respondían a su llamado, las cogía “de los cabellos y las echaba a la cocina y les quitaba el cabello con unas tijeras”. Como se observa, Andrés Sebastián tenía una cierta afición por trasquilar indios, lo que sin duda alguna constituía un menoscabo en su honor.

Asimismo, el alguacil poseía dos manadas de yeguas, las cuales pastaban impunemente en las sementeras de los indios, y si alguno osaba en reclamarle eran azotados y obligados a “guardar las yeguas”. Por todo, lo anterior, continuaba Andrés Francisco, muchos indios habían huido por el miedo que le tenían.

Para robustecer su argumentación, presentó como testigos a los indios Juan de Alba, Nicolás Juan y Ana María, quienes concordaron con el dicho del injuriado y confirmaron que don Andrés Sebastián era un hombre de carácter muy díscolo, quien maltrataba siempre, decía uno de los testigos, “con el pretexto de alguacil”.

Los tres testigos lo fueron de vista, ya que se encontraban junto a Andrés Francisco en el monte, por ello pudieron describir la forma en que fue azotado: “y cogiendo un cabestro de cerdas lo amarró a un árbol y después de haberlo amarrado con otro cabestro le dio muchos azotes, y después de haberlo azotado lo desató de dicho árbol y se subió al caballo el dicho Andrés Sebastián y cogió el mecate con el que lo tenía amarrado y echando por

delante al dicho Andrés Francisco dándole muchos golpes y empujones lo bajó hasta el pueblo de San Francisco”.

Apenas unos días después, la autoridad ordenó el encierro de don Andrés Sebastián, así como el embargo de sus bienes. La justicia se apersonó en el pueblo de San Francisco Nacashuyacan, hogar del alguacil, y aunque se entrevistaron con las autoridades de la localidad para conocer su paradero, éstas mencionaron que “no estaba en dicho pueblo, ni sabían dónde había ido”. Aun así, el escribano, con el auxilio de un intérprete, buscó la casa del ofensor y con la presencia de tres testigos procedió a realizar el embargo que consistió en “una casa de vivienda y adobes con un aposento y dos jacales techados de tejamanil”.

Con la vivienda secuestrada, ésta fue puesta en depósito con don Miguel Jiménez, gobernador del pueblo de Tlalnepantla y Juan Francisco, alcalde del pueblo de San Francisco, quienes consintieron en resguardarlos.

El ocho de marzo, ante la ausencia y posible rebeldía de Andrés Sebastián, la justicia decidió notificarle por medio de edictos la querrela que contra él se seguía. Los edictos fueron realizados durante los siguientes nueve días mediante un pregonero en la plaza pública de la ciudad de México. De manera simultánea se ordenaron diligencias en la real cárcel para conocer si había ya aparecido. Pero este no se mostraría sino hasta cinco semanas después de haberse iniciado el litigio y lo haría *motu proprio* indicando que “no había cometido ningún delito”.

El treinta de abril rindió su confesión en la cual señaló que en la fecha del crimen se encontraba dirigiendo las obras de la iglesia de San Francisco, cuando vio venir muy borracho a Andrés Francisco golpeándose con otros indios. Cuando llegó ante él, lo puso en paz y lo cuestionó sobre “por qué no iba a trabajar a la iglesia [...] y por qué tampoco quería ir a la doctrina y a misa”, pero en ese momento Andrés Francisco se le fue encima y le quebró la vara de justicia, la cual, recordemos, era la “insignia de justicia como ramo de la potestad de los corregidores”.³⁰⁵

No conforme con ello, el indio intentó ahogar al alguacil y de no haber sido asistido por otros naturales que ahí se congregaban, muy seguramente

³⁰⁵ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para [...]*, p. 13.

habría muerto. Ante el comportamiento violento de Andrés Francisco, el alguacil decidió llevarlo con el alcalde, pero al no encontrarlo resolvió dejarlo encerrado en su hogar mientras regresaba a las labores de la iglesia. Unas horas después volvió a su casa pero su mujer le notificó que ya lo había soltado.

Al día siguiente, los testigos de Andrés Francisco ratificaron su testimonio inicial. Una vez hechas las ratificaciones se procedió a dictar el auto de cargo y prueba con término de seis días, pero el defensor de Andrés Sebastián solicitó se le prorrogara por otros ocho días más, misma que fue aceptada y notificada a las partes.

Después del desahogo de las posiciones se corrió traslado del expediente a la Real Audiencia, en donde el procurador indicó, a favor del alguacil, que los testigos presentados por la parte contraria debían ser descalificados en sus declaraciones, pues a estos no les constaba lo que el alguacil había hecho en su casa. Asimismo, para descalificar a los testigos contrarios indicaba que ellos estaban “probando su pasión porque mi parte los obliga a que acudan a la doctrina y a lo que es su obligación”.

Remarcaba nuevamente que Andrés Francisco era un indio “borracho que no venía a trabajar a la obra de la iglesia, ni acudía a la doctrina. Mientras que a la denuncia en su contra la descalificaba diciendo “que no constaba [en el] cuerpo del delito [...] señal de azotes, que si los hubiera habido los manifestaría al tiempo de su querella y se hubieran puesto por fe en los autos, pero como no hubo semejantes azotes [...] se omitió lo principal que es el cuerpo del delito, sin el cual ni hay culpa, ni puede haber pena”.

Terminaba su defensa el procurador agregando que el indio Andrés Sebastián era “hombre honrado, temeroso de Dios, y de su conciencia, no acostumbrado a cometer semejante, ni otros delitos, y que en su oficio de alguacil se ha portado con toda modestia”. Por ello pedía que la justicia no procediera en contra de su defendido y se le absolviera y liberara de la prisión.

Tres testigos fueron presentados por el alguacil, los indios Andrés López, Martín Pérez y Andrés Francisco, quienes, como resulta obvio, confirmaron su versión diciendo que ese día vieron llegar borracho al querellante y lo culpaban de haber atacado al alguacil.

Además, en beneficio del alguacil añadieron que desde su llegada al cargo los obligaba a acudir a misa y a trabajar en la iglesia, la cual era nueva y había comenzado a construirse bajo su iniciativa, pues anteriormente carecían de ella. Con esta medida, Andrés Sebastián se había ganado la enemistad de muchos indios porque, aseveraban los tres testigos, “los hacía trabajar en la iglesia”.

Por su parte, el defensor de Andrés Francisco, en su alegato final, diría que se desprendía de la sumaria, por los testigos de vista, que el alguacil había azotado públicamente a su representado y que “todo lo que de contrario se alega eran razones que no relevaban de la culpa y cargo”.

Así, la versión del alguacil resultaba falsa pues, de ser cierto su dicho, él jamás dio cuenta de ello al gobernador. Además, el alguacil había incurrido en un grave delito al utilizar su casa, ante la ausencia del alcalde, como cárcel privada. Este argumento era sumamente valioso, pues desde el siglo XII, en el ámbito castellano, había quedado prohibida la prisión privada de las personas, pues era competencia de las instituciones reales, de esta manera el defensor buscaba asegurarse la realización de otro delito por parte del alguacil.³⁰⁶

Finalmente, luego de cinco meses de litigio, la Sala del Crimen lo sentenció de la siguiente manera:

[...] privación perpetua del oficio de justicia así en aquel pueblo como en los demás de su jurisdicción y en más cuatro años de destierro precisos de las jurisdicciones de Tacuba, Tlalnepantla y San Francisco Nacashuyacan cinco leguas en contorno de cada parte de ellas y no los quebrante, pena de cumplirlo en un obraje y más en las costas de esta causa que se regulan en treinta pesos [...]

Los casos de alguaciles nefastos en sus funciones quizás se multiplicaban a lo largo y ancho de la Nueva España, y aunque el archivo no nos ha aportado la información necesaria para comprobar esta aseveración, si hemos encontrado otra causa (de una temporalidad ajena a este trabajo) en la que el alguacil aporreó a una india indefensa por la venta de pulque,³⁰⁷ pero la

³⁰⁶ Isabel RAMOS VÁZQUEZ, “Cárceles públicas y privadas en el derecho medieval y castellano. El delito de cárceles particulares”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. XXVIII, 2006, pp. 339-386.

³⁰⁷ AGN, Criminal, 232, 17, fs. 385-395. En esta causa, correspondiente a 1719, la india Elena María, perteneciente a la jurisdicción de Coyoacán, se quejó ante la justicia por el aporreamiento del que fueron objeto tanto ella como su suegro y cuñados, quienes intentaron defenderla de los alguaciles que pretendían llevársela presa por haberle hallado la raíz para hacer pulques y a cambio de su libertad le exigían dinero.

presencia de los alguaciles como ofensores era constante en otros crímenes como el robo.³⁰⁸

Hemos observado en estos tres casos como, a pesar de la aparente “asimetría” entre los querellantes, los vecinos se animaban a iniciar una denuncia en contra de las autoridades, situación nada extraordinaria, si recordamos que la mano de Themis estaba al alcance de todos. Además, debemos recordar, existía una rápida asimilación por parte de los indios de las estrategias judiciales del orden jurídico castellano.

Las querellas analizadas nos permiten suponer que existían miembros de la justicia que abusaban de sus funciones y al igual que los casos mencionados anteriormente, se animaban a ingresar a sus casas y haciendas de los indios e incluso azotarlos, comportamiento que estaba proscrito por la justicia.

Santo Tomás se había cuestionado si era lícito a los padres o señores azotar a sus hijos y vasallos. En su opinión, no había justificación alguna para causar un daño a alguien, la única posibilidad que había al respecto era que se azotara como consecuencia de un castigo, es decir, como “un acto de justicia”. En consecuencia, sólo podía golpear quien tuviere alguna “potestad” sobre la persona a quien se golpea, por lo que “nadie castiga con justicia a otro a no ser que esté sujeto a su jurisdicción”.³⁰⁹

Durante la refriega sus familiares fueron heridos de severidad y, como consecuencia, uno de ellos se “hallaba muy enfermo”. Elena María también indicaba que los alguaciles habían cambiado la versión de los hechos para hacerse pasar por víctimas ante el corregidor. La causa concluía con el auto de admisión de la querella.

³⁰⁸ AGN, Criminal, 131, 8, fs. 106-110. En 1641, Mateo Juárez, querellante de esta causa y natural de San Mateo Churubusco, denunció al alguacil de Mexicaltzingo, Joseph de la Cruz, quien “contraviniendo la obligación que tiene de alguacil”, había tomado una mula castaña que el querellante había dejado amarrada en la puerta de su casa, aun a sabiendas que le pertenecía a Mateo, por ser su vecino. Al percatarse del robo, acudió al pueblo, en donde se enteró que el alguacil había hecho pasar la mula por mostrenca y la había dejado en depósito con el corregidor, quien le pagó seis pesos y medio por ella. Cuando Mateo cuestionó al alguacil sobre el paradero de la mula, éste se limitó a responder que desconocía todo.

El querellante se lamentaba también que el alguacil realizaba el hurto de animales “muy de ordinario por tenerlo de costumbre”, por lo que “los naturales no [tenían] seguridad ninguna”. Mateo presentaría después a tres testigos quienes confirmaron que la conducta del alguacil era una “costumbre” y seguía siempre el mismo patrón: hurtar mulas o caballos del pueblo, dejarlos en depósito con el corregidor y posteriormente a los dueños no les quedaba más opción que pagarle al corregidor el depósito. En este caso tampoco disponemos de la sentencia, pero nos resulta fácil entender que ambos funcionarios, corregidor y alguacil, estaban aliados en los hurtos.

³⁰⁹Santo Tomás de AQUINO, *Suma [...]*, Vol. II, C. 65, a. 2.

El discurso utilizado por nuestros alcaldes consistía en señalar que los indios habían sido azotados no de manera arbitraria sino como un “castigo” por no obedecer a la autoridad o no asistir a la doctrina. De este modo intentaban justificar la ilicitud de sus azotes, pero la justicia poseía mecanismos que ayudaban a mantener el orden ante comportamientos transgresores.

La sentencia del alguacil es reveladora de la lógica judicial de la época. De los casos aquí analizados, éste fue el único que concluyó en sentencia, y en contraste con los anteriores casos de homicidio observamos que aquellas sentencias (a excepción de la de Juan Manzano) fueron más relajadas en proporción al crimen cometido.

Sin embargo, como aquí hemos observado, la justicia real era particularmente dura y no mostraba misericordia alguna al momento de juzgar a los oficiales de justicia de la Monarquía cuando estos se excedían en sus funciones y conculcaban el *ordo iuris*, pues, recordémoslo de nuevo, la justicia y los depositarios de ella constituían la médula de la monarquía, eran ellos quienes otorgaban legitimidad al sistema.

Si la Corona hubiera permitido reiteradamente la conducta desaforada de sus oficiales, quizás los dramas del estilo “Fuenteovejuna”, en los que el pueblo ante la inactividad judicial tomaba la justicia por sus propias manos, se habrían multiplicado, hipótesis que a la larga habría derivado en un resquebrajamiento de la autoridad real, pero el diseño sobre el cual descansaba la monarquía impedía esta posibilidad.

CAPÍTULO 4

CRÍMENES SEXUALES

Sumario: 4.1. Proemio; 4.2. La fama y la honra; 4.3. El adulterio; 4.4. El estupro; 4.5. El Incesto; 4.6. El pecado nefando

4.1. Proemio

Sexualidad y crimen son dos tópicos que desencadenan un fuerte interés entre cualquier lector, pues esta combinación suele ir aparejada de las más fuertes pasiones humanas. Regularmente se tiende a pensar en el carácter represor de la moral cristiana hacia determinados comportamientos sexuales, y, por consiguiente, también se identifica al derecho de la tradición jurídica romano-canónica con las mismas características opresivas.

Un trabajo de indudable valía sobre este tema y que ha marcado nuevas vetas en esta temática fue la obra de James Brundage, en la cual colocó sobre la mesa la evolución del ordenamiento jurídico en su relación con la sexualidad.³¹⁰

Brundage distinguió en su obra las distintas etapas del pensamiento medieval sobre este tema, con autores que dotarían a cada período de características bien diferenciadas: Graciano, Santo Tomás, Pedro Lombardo, Alberto Magno y Huguccio. De todos ellos es posible rescatar algunas notas comunes.

En primer lugar, debemos recordar que el cristianismo tomó de los estoicos griegos la espiritualización del cuerpo y el control del deseo. Así, el ascetismo era visto entre los cristianos como una virtud, por medio de la cual era posible vencer a las tentaciones de todo tipo, incluidas las de la carne.³¹¹ Por consiguiente, la “fornicación simple” entre dos cristianos solteros era castigada, no por mala, sino porque la ley natural prohibía el sexo fuera del matrimonio. Tal y como lo explicaba la Biblia en su tesis sobre la *unitas carnis*:

³¹⁰ James BRUNDAGE, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, Trad. Mónica Utrillo de Neira, México, FCE, 2000.

³¹¹ Emilio MONTERO CARTELLE, “La sexualidad medieval en sus manifestaciones lingüísticas: pecado, delito y algo más”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 7, 2010, pp. 43-45.

“Por tanto el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán una sola carne”.³¹²

Luego, el sexo, pensaban los tratadistas, estaba consagrado única y exclusivamente al matrimonio. Éste era uno de los sacramentos de la cultura cristiana que había sido instaurado desde el “paraíso terrenal, como bien indicaba la Biblia³¹³ y las *Partidas*: “Estableció el casamiento de ellos ambos en el Paraíso [...] y por eso debe ser honrado, e guardado, como aquel que es el primero, y que fue hecho, y ordenado por Dios mismo en el paraíso”.³¹⁴

Santo Tomás y Graciano consideraban, siguiendo a San Agustín, que antes de la caída del hombre, la sexualidad había sido guiada por la razón, mas después ella se había tornado irracional y no controlada por los impulsos del alma.³¹⁵ Fue así fue como se percataron que la gente estaba más inclinada a fornicar que a robar. Había aun tratadistas que consideraban que todo placer sexual en el matrimonio debía ser considerado pecaminoso.

No obstante lo anterior, muchos teólogos y canonistas sabían que el hombre podía caer fácilmente en la tentación, por lo cual decidieron establecer a través de elaborados postulados teóricos una “libertad contractual” en el intercambio de favores sexuales.³¹⁶ Con base en la doctrina de San Agustín, los medievales encontrarían que la prostitución era un mal necesario e incluso varios autores se aventuraron a considerarla necesaria para el bien público, como el padre Enrique de Villalobos: “porque en esta permisión no se coopera al mal, sino evitase el mayor mal”.³¹⁷

Si anteriormente la sexualidad había sido un tanto abierta, durante esta época se endurecieron las penas, aunque las prácticas continuaran siendo permisivas. En el caso de Castilla, Ana Ortega nos ha mostrado la forma en

³¹² Génesis 2:24.

³¹³ Génesis 2:18: “Y dijo Jehová Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré ayuda idónea para él”.

³¹⁴ *Partida* IV, Proemio.

³¹⁵ Iñaki BAZÁN, “EL modelo de sexualidad de la sociedad cristiana medieval: norma y transgresión”, en *Cuadernos del CEMyR*, No. 16, diciembre de 2008, pp. 167-191.

³¹⁶ Wim DECOCK, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformations of the lus Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden, Brill, 2013, pp. 250-275.

³¹⁷ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de la theología moral y canónica*, Sebastián de Cormellas, Barcelona. 1636, Vol. 2, p. 757. Sobre este tema véase James A. BRUNDAGE, “Prostitution in the Medieval Canon Law”, en James A. BRUNDAGE y Vern L. BULLOUGH, *Sexual practices and the Medieval Church*, Nueva York, Prometheus Books, 1982, pp. 150-151 y Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, “Los escolásticos sobre la prostitución”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. VII, Tomo 1, 2006, pp. 217-263.

que era concebida la sexualidad en la Castilla medieval.³¹⁸ De esta forma, la mujer era concebida en muchas ocasiones como la culpable de las conductas pecaminosas de los hombres, pues su sexualidad estaba marcadamente diferenciada. Ella no había sido creada a semejanza de Dios, por lo que desde su despertar sexual, a los doce años, se debía tener especial cuidado con ellas.

El profesor Enrique Gacto ha descrito el carácter “aparentemente represivo” que se otorgaba a la mujer en la Castilla medieval. Por ejemplo, al contraer matrimonio, era considerada *in loco filiae*, es decir, era tratada como una hija más. Además, el derecho otorgaba al marido un *ius correctionis* que le permitía castigarla. El poder del hombre sobre su mujer se prolongaba incluso después de su muerte, pues ella debía guardar un *tempus lugendi* de un año para volver a contraer matrimonio.³¹⁹

Desde el terreno mexicano, y para el período novohispano, hay algunas obras que han tratado el tema.³²⁰ No debemos menospreciar en este punto las primeras crónicas de los conquistadores españoles, quienes quedaron asombrados por la “desnudez” de los indios, y en muchas ocasiones los tildaron de ser muy “livianos” en sus costumbres sexuales. Tampoco debemos dejar de lado a las barraganías, o concubinatos, prácticas toleradas y no poco comunes durante los primeros años de la conquista americana.³²¹

Así, una vez trazado el camino a seguir, en las siguientes líneas realizaremos un breve recorrido sobre los diversos crímenes sexuales que hemos encontrado en los expedientes de la Sala del Crimen: adulterio, estupro, incesto y sodomía. Pero antes, abordaremos un tópico muy presente en todo el Antiguo Régimen y sobre el que ya hemos esbozado algunas líneas en los

³¹⁸ Ana E. ORTEGA BAÚN, *Sexo, pecado, delito. Castilla de 1200 a 1350*, Madrid, Bubok, 2013.

³¹⁹ Enrique GACTO FERNÁNDEZ, “Imbecillitas sexus”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 20, 2013, pp. 27-66.

³²⁰ *Familia y sexualidad en Nueva España: Memoria del Primer Simposio de Historia de las Mentalidades*, México, SEP-FCE, 1982; Asunción LAVRIN (coord.), *Sexualidad y matrimonio en la América hispana, siglos XVI-XVIII*, México, Conaculta, 1991; Estrela FIGUERAS VALLÉS, *Pervirtiendo el orden del santo matrimonio. Bigamas en México, Siglos XVI-XVII*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2003; Teresa LOZANO ARMENDARES, *No codiciarás a la mujer ajena. El adulterio en las comunidades domésticas novohispanas. Ciudad de México, siglo XVIII*, México, UNAM, 2005; Sergio ORTEGA NORIEGA (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana*, México, INAH, 1986; y José TRUEBA LARA, *Historia de la sexualidad en México*, México, Grijalbo, 2008.

³²¹ Alberto Mario SALAS, *Crónica florida del mestizaje de las Indias, siglo XVI*, Buenos Aires, Losada, 1960.

capítulos anteriores: me refiero al tema de la fama y el honor, los cuales se encontraban en gran parte del discurso jurídico de la época. Por ello será imprescindible dedicarle algunas líneas.

4.2. La fama y la honra

En el derecho penal de ese período, la fama constituía uno de los puntos centrales de su articulación. Incluso desde la Antigüedad Clásica, la fama era percibida como un elemento de indudable valor, como lo testimonia Cicerón en sus *Disputas Tusculanas*, en las cuales ponía de relieve la trascendencia del honor como forma de acceder a los cargos públicos.³²²

Recordemos que entre los romanos existía un *ius honorum* que consistía, como parte de su *status civitatis*, en un derecho de acceso a los cargos magisteriales, para el cual se precisaba poseer un “honor”, es decir, una fama y reputación bien establecida entre sus conciudadanos.³²³

Las fuentes legales castellanas nos aportan bastante información sobre estos conceptos. Las *Partidas* daban un significado de ella: “Honra tanto quiere decir, como adelantamiento señalado con loor, que gana ome por razón del logar que tiene, por fazer fecho conocido que faze, o por bondad que en el ha”.³²⁴ De acuerdo con Julio Caro Baroja, el honor tenía más un sentido poético y social, reservado para caballeros y cortesanos; la honra, por el contrario, tendría una utilidad más extensa.³²⁵

Esta honra tenía su expresión social en la fama, mientras que la deshonor lo tenía en la infamia, la cual traía aparejada la inhabilidad para ocupar multiplicidad de cargos. Fama e infamia serían definidas en la legislación real de la siguiente manera: “Fama es, el buen estado del hombre que vive derechamente según ley y buenas costumbres, no teniendo en sí mancilla ni maldad. E difamamiento, tanto quiere decir, como profazamiento que es hecho contra la fama del ome”.³²⁶ La legislación castellana incluso castigaba con la infamia en ciertos crímenes, pues, como nos recuerda un

³²² María Rosa LIDA DE MALKIEL, *La Idea de la Fama en la Edad Media Castellana*, FCE, México, 1983, p. 30.

³²³ Juan IGLESIAS, *Derecho romano*, Madrid, Ariel, 15ª ed., 2004, p. 85.

³²⁴ *Partida* II, 13, 18.

³²⁵ Julio CARO BAROJA, “Honor y vergüenza”, en J. G. PERISTANY, *El concepto del honor en la sociedad mediterránea*, Barcelona, Labor, 1968, p. 80.

³²⁶ *Partida* 7, 6, 1.

doctrinario de la época, ésta era comparable a la pena corporal y a la de muerte.³²⁷

El padre Villalobos, en el siglo XVII, también establecía una distinción sobre estos vocablos: “La fama es la buena opinión, que de uno se tiene, y la honra es la referencia que exteriormente se hace”.³²⁸ Al lado de estas nociones se encontraban otras dos no menos importantes “el valer más” y “el valer menos”, tópicos sobre los cuales decían las fuentes jurídicas:

Usan los omes decir en España una palabra, que es valer menos. E menos valer es cosa, que el ome que cae en ella, non es par de otro en Corte de Señor, nin en juicio: e tiene grand daño a los que caen en tal yerro. Ca non pueden dende en adelante ser pares de otros en lid, nin fazer acusamiento, nin en testimonio, nin en las otras honras, en que buenos omes deven ser escogidos.³²⁹

Sin embargo, debemos recordar, la fama no era exclusiva de los crímenes sexuales, sino que su mención se encontraba en prácticamente todos los crímenes y casi siempre como forma de derrotar las testimoniales, cuando éstas se presumieran que no provenían de personas de buena reputación. Un crimen en el que la fama cobraba especial relevancia era en el de las injurias de palabra.³³⁰

Si atendemos a Pierre Bourdieu, la fama y la honra otorgaban, a quienes lo poseían, un importante “capital simbólico”, el cual generaba en sus poseedores una serie de valores y actitudes que generaban confianza en su entorno y les permitía así insertarse de una manera coherente en el entramado social.³³¹

Y así lo expresaba Domingo de Soto, para quien: “según el orden natural de las cosas, si tienes en cuenta su valor y su dignidad, después del homicidio, que nos priva del mayor de los bienes temporales, a continuación debía de

³²⁷ Julio CLARO, *Opera Omnia, sive practica civilis atque criminalis*, Lugduni, Ioannem Pavihe Vol. 2, 1661, p. 738.

³²⁸ Enrique de VILLALOBOS, *Summa [...]*, p. 211.

³²⁹ *Partida 7, 5, 1.*

³³⁰ Rafael SERRA RUIZ, “Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, 1966.

³³¹ Pierre BOURDIEU, “Los tres estados del capital cultural”, en *Sociológica*, México, UAM-Azcapotzalco, No. 5, pp. 11-17. Para un acercamiento a este concepto véase: José Manuel FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Capital simbólico, dominación y legitimidad. Las raíces weberianas de la sociología de Pierre Bourdieu”, en *Papers. Revista de Sociología*, Vol. 98, No. 1, 2013, pp. 33-60.

tratarse de la detracción y murmuración, que destruyen el honor y la fama; puesto que éstos son más estimados que los bienes exteriores”.³³²

Durante la Edad Media castellana, la literatura fue prolífica en la enunciación de estos valores, tal y como lo indicaba la profusión de romances escritos en este período y en los cuales es posible observar el abordaje del tema. Sin duda alguna, estas obras literarias pueden brindarnos a veces un mejor entendimiento al respecto, en ocasiones mucho más que las inapetentes fuentes legales y doctrinales. La literatura, en este sentido, se torna un excelente venero para el conocimiento de nuestro objeto de estudio.

En el *Sendebar* o *Libro de los engaños*, texto del siglo XIII, leemos como la buena fama era importante para los reyes castellanos y de ella dependía su reconocimiento para la posteridad: “El ynfante don Fadrique [...] por quinto nunca se perdiese el su buen nombre, oyendo las razones de los sabios, que quien bien fase nunca se le muere la fama, e sabiendo que ninguna cosa ay mejor para aver de ganar vida perdurable si non el bien obrar y el saber”.³³³

Pero es sin duda en los libros de caballería en donde mejor se vio reflejada la búsqueda por alcanzar la fama y la honra. En el *Amadís*, obra del siglo XIV, se pueden leer las siguientes líneas: “Y pues que la fortuna ha satisfecho nuestro deseo tan complidamente, dando causa que así como nuestros ánimos en el otro mundo sean inmortales, lo sean nuestras famas en este en que vivimos, póngase tal recaudo como lo que ella a ganar nos ofrece, por nuestra culpa e negligencia no se pierda”.³³⁴

Francisco de Quevedo, cuya obra nos ofrece una auténtica antropología cultural de la época, diría al respecto: “La raíz, pues, de la fama es la bondad, la cual, mientras estuviere en nosotros, puede siempre producir la honra que le es debida. Hace pues de dejar la vana conversación, el uso inútil, la amistad frívola, el trato alocado si es que daña a la fama; porque la fama vale más que toda suerte de vanos contentos”.³³⁵

El Quijote se refería a la honra como el bien máspreciado del hombre, tal y como lo expresa Anselmo en un diálogo con su amigo Lotario, en el que le

³³² Domingo de SOTO, *Tratado de la justicia y el Derecho*, Madrid, Reus, 1922 p. 416.

³³³ María Rosa LIDA DE MALKIEL, *La Idea [...]*, p. 159.

³³⁴ *Ibidem*, p. 262.

³³⁵ Francisco de QUEVEDO, “Introducción a la vida devota”, en *Obras completas*, Madrid, Don Joaquín Ibarra, 1772, p. 175.

solicitaba privarlo de su vida: “[...] antes me pides, según yo entiendo, que procure y solicite quitarte la honra y la vida, y quitármela a mi juntamente; porque si yo he de procurar quitarte la honra, claro está que te quito la vida, pues el hombre sin honra peor es que un muerto [...]”.³³⁶

También *El alcalde Zalamea* puede ayudarnos a entender este tema. Así, en un debate entre Juan y Crespo para comprar la nobleza de éste, señalaba no estar dispuesto a pagar por una ejecutoria del rey y le cuestionaba a su interlocutor: “¿qué gano yo en comprarle una ejecutoria al rey si no le compro la sangre? ¿Dirán entonces que soy mejor que ahora? No, es dislate. Pues, ¿qué dirán? Que soy noble por cinco o seis mil reales; y esto es dinero y no es honra; que honra no la compra nadie”.³³⁷

Podemos ver como entre muy diversos autores, tanto jurídicos como literatos, la idea de fama estaba presente y recorría a toda la sociedad castellana. En el caso de las mujeres, estas se veían forzadas a preservar su honor y fama con mayor ahínco, porque de ellas dependía la seguridad de un matrimonio futuro y estable, así como el buen nombre de la familia. Por ende, la castidad femenina era vista como una virtud por lo que su pérdida llevaba a consecuencias catastróficas como el repudio.

Sobre ello podemos encontrar muchas imágenes en *El burlador de Sevilla* obra que nos muestra las andanzas de don Juan, quien encarna el arquetipo del pícaro castellano del siglo XVI, el cual se desplazaba buscando víctimas para saciar sus deseos a quienes seducía con la promesa del matrimonio o del amor eterno. Al final, todas ellas resultaban burladas.

Por lo menos así lo expresaba Tisbea, quien había sido burlada por él, pero después de ello se lamentaba diciendo: “Ay choza, vil instrumento de mi deshonor y mi infamia [...] ¡Ah, falso huésped, que dejas una mujer deshonrada! [...] Me engañó el caballero debajo de fe y palabra de marido, y profanó mi honestidad y mi cama”.³³⁸

³³⁶ Miguel de CERVANTES SAAVEDRA, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Disponible en: http://parnaseo.uv.es/Lemir/Revista/Revista19/Textos/Quijote_1.pdf. [Consultado el 5 de mayo de 2016].

³³⁷ Pedro CALDERÓN DE LA BARCA, *EL alcalde de Zalamea*, Fuente: <http://www.comedias.org/calderon/alczal.pdf>. [Consultado el 13 de abril de 2016].

³³⁸ Tirso de MOLINA, *El burlador de Sevilla*. Disponible en: <http://www.comedias.org/tirso/burlador.pdf>. [Consultado el 8 de abril de 2017].

Ella no estaba sola en su pesar, ya que también Isabela, la esposa del burlador, compartía el mismo dolor cuando expresaba: “Mi tristeza no se debe a ser la esposa de don Juan, pues todo el mundo conoce su doble condición. Mi tristeza proviene de mi perdida honra, que he de llorar mientras yo tenga vida”.³³⁹

No pretendemos abundar en demasía sobre este tema que, como ya indicábamos, ha sido tratado por diversos autores y con mayor sapiencia, pero las imágenes referidas nos permiten comprender el rol que estos dos conceptos desempeñaban en las sociedades del Antiguo Régimen, y la novohispana no era la excepción.

Para concluir estas líneas introductorias nos resta señalar que a continuación abordaremos crímenes que guardaban una íntima relación con el pecado de la lujuria, concebido como “cualquier abundancia y superficialidad de las cosas corporales”.³⁴⁰ Precisamente, este pecado se manifestaba, en el plano teológico y jurídico en seis diversos actos: fornicación simple, rapto, adulterio, estupro, incesto y pecado nefando. Serán estos cuatro últimos los que analizaremos a través de la casuística en las líneas siguientes.

4.3. El adulterio

La monogamia es una conducta presente en la mayoría de las sociedades porque resulta ineludible para la preservación del clan o la tribu. La tradición jurídica occidental en el Antiguo Régimen tampoco podía escapar a esta línea. Guiada por la moral cristiana, el rompimiento de esta regla resultaba muy castigado, e incluso los casos de fornicación simple, como ya advertimos, lo eran. Así lo declaraba Antonio Gomez: “siempre fue prohibido por derecho natural y divino todo acceso carnal fuera del matrimonio, el cual fue instaurado por Dios nuestro señor desde el principio del mundo con el fin de la generación y evitar toda fornicación”. Agregaba que “sólo es lícito y honesto el que interviene en el matrimonio [...] de forma que todo aquel distinto del matrimonial

³³⁹ *Id.*

³⁴⁰ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de [...]*, p. 756.

es reprobado por derecho divino, aunque sea solo de voluntad, aunque esta sea deliberada”.³⁴¹

El adulterio era concebido entonces como un crimen grave. Los tratadistas del *ius commune* y la legislación de la época glosaron y siguieron en su mayor parte a la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendiis*, la cual trazó sus elementos característicos.³⁴²

Las *Partidas* indicaban sobre él que era “uno de los mayores errores que los omes pueden fazer”, el cual tenía un doble efecto negativo: provocaba daño y deshonor,³⁴³ y lo definía de la siguiente manera:

Adulterio es, yerro que ome faze a sabiendas, yaciendo con mujer casada, o desposada, con otro. Y tomo este nombre de dos palabras de latín, alter y thorus, que quieren tanto decir, como ome que va, o fue, al lecho de otro; por quanto la mujer es contada por lecho del marido, con quien es ayuntada y no el de ella.³⁴⁴

Respecto a las personas facultadas para iniciar la querrela, la ley establecía en primer lugar al marido, a los familiares y al juez. Sin embargo, impedía que la mujer del hombre adúltero pudiera acusarlo, porque “del adulterio que faze el varón con otra mujer no nace daño, ni deshonor a la suya”.³⁴⁵

El principal problema de este crimen derivaba de la clandestinidad de la conducta, ya que eran pocos los casos en los que el marido podía encontrar *in fraganti* a su mujer en el lecho conyugal. De ahí que el verbo “yacer”, de la ley enunciada, fuera tan difícil de demostrar que a veces sólo bastaran testigos e indicios que acreditaran una “nota escandalosa” de la conducta. De esta forma, aunque era regla general acusar con base en pruebas, aquí estábamos en presencia de una excepción:

Averiguarse puede el adulterio, a las vegadas, no tan solamente por pruebas, mas aun por sospechas: esto sería, como si algún ome fuese acusado que hubiese hecho adulterio con alguna mujer, e el, queriendose amparar de la acusación, dijese delante

³⁴¹ Antonio GÓMEZ, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta Real, 1795, p. 332.

³⁴² Para un tratamiento más detenido del tema en el derecho romano: Eugenia MALDONADO DE ELIZALDE, “Lex Iulia de Adulteriis Coercendiis del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 17, 2005, pp. 365-413; Belinda RODRÍGUEZ ARROCHA, “La concepción jurídica y moral del adulterio en Roma: fuentes para su estudio”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, No. 27, 2010, pp. 127-138.

³⁴³ *Partida 7*, 17, proemio.

³⁴⁴ *Partida 7*, 17, 1.

³⁴⁵ *Id.*

del juzgador, que él no podía ser acusado que tal yerro fiziese con ella, porque era su parienta muy de rca; y el juzgador, creyendo lo que dice el acusado, lo diese por quito de la acusación. Ca si acaciese que se muriese el marido de ella, y después de eso el que fuere acusado casase con ella, averiguase por ende el adulterio de que antes la acusaron, y debe recibir pena por ende.³⁴⁶

Las *Partidas* también ofrecían algunas excepciones que impedían la configuración del delito como en los casos de alcahuatería³⁴⁷, tampoco si el marido desistía³⁴⁸ y si aun después de cometido el adulterio, ambos cónyuges continuaban con una vida marital normal ante la comunidad.³⁴⁹

Julio Claro distinguía tres formas de cometer el adulterio: el primero, entre hombre casado y mujer casada, el cual era llamado doble adulterio; el segundo, entre hombre casado y mujer soltera; y el tercero entre hombre soltero y mujer casada.³⁵⁰

Resulta por demás interesante cómo se cuestionaba el autor italiano sobre la posibilidad de cometer adulterio con una “meretriz”. Su respuesta consistía en que si una prostituta tomaba a un hombre y dejaba atrás su vida de prostitución y vivía con él de manera honesta, ella podía ser acusada y castigada. No sucedía así cuando aun después del matrimonio perseveraba en su vida de liviandad, en esta situación no podía ser acusada de adúltera.³⁵¹

Respecto a la pena, continuaba Julio Claro, por derecho divino y según la ley mosaica, tanto al hombre como a la mujer les era impuesta la pena de muerte, cuyo género era la lapidación. El derecho canónico imponía a ambos la excomunión y además la mujer debía ser enviada a un monasterio, y si el marido fuera reacio a recibirla, entonces la adúltera debía permanecer ahí toda su vida y realizar penitencia.

En el derecho civil, agregaba, eran varias las penas entre los autores. Según el Digesto les correspondía la pena de muerte natural. Sin embargo, la

³⁴⁶ *Partida*, 7, 17, 11.

³⁴⁷ *Partida* 7, 17, 7.

³⁴⁸ *Partida* 7, 17, 7.

³⁴⁹ *Partida* 7, 17, 8.

³⁵⁰ “*Primo inter virum coniugatum et foeminam nupta et hoc dicitur duplex adulterium, nam uterque ipsorum violat proprium thorum et alienum. Secundo, inter virum coniugatum et mulierem solutam. Tertio, inter virum solutum et mulierem nuptam*”. Julio CLARO, *Opera Omnia* [...], p. 343.

³⁵¹ “*Aut talis meretrix, quae virum assumpsit, cessavit a meretricia vita, et honeste cum viro vixit, et hoc casu adulterium, cum ea commissu potest accusari et puniri. Aut vero postquam matrimonium contraxit, perseveravit in meretricali vita, et tunc vir illam carnaliter cognoscens, non debet aliqua poena puniri*”. *Ibidem*, p. 344.

opinión general se inclinaba por la deportación. Mas para ese momento, y por causa de la fragilidad de la mujer, la pena debía ser conmutada por golpes con varas y llevada a un monasterio. Y si en un período de dos años su marido no la llevara de vuelta, se vería obligada a llevar el hábito monacal y permanecer ahí para siempre.³⁵²

Francisco de la Pradilla, por su parte, lo definía como el acto por el cual “una mujer casada tiene acceso con hombre soltero o casado. Y cuando hombre casado tiene acceso con mujer casada, o soltera. Y cuando hombre casado tiene acceso con mujer casada, o soltera, hora el tal matrimonio sea verdadero, o putativo, y respetado por verdadero”.³⁵³

En la misma dirección que la legislación, nos dice que por ser un crimen cometido regularmente en lugares “ocultos y secretos”, sólo bastaban señales y no una “copiosa averiguación”. Sin embargo, añadía, la mujer, ante la posibilidad de una difamación por algún hombre contaba con nueve excepciones, mas las ocultaba “porque es mejor que de ninguna se aprovechen las callo en este lugar”.³⁵⁴

Respecto a la pena para este crimen, recalca, por derecho divino debía ser la muerte para ambos adúlteros. En el derecho canónico sólo procedía la excomunión. Para el derecho civil la pena ordinaria había sido la muerte, sin embargo, en el nuevo derecho sólo se daban azotes y si la mujer era perdonada por su marido debía ser enviada a un monasterio. En el momento en que Pradilla redactaba sus líneas, la tendencia parecía ser que ambos adúlteros fueran entregados al marido para que los matara o perdonara a ambos, no pudiendo excluir a uno. Igualmente había quedado en desuso la muerte de ambos en caso de flagrancia.

³⁵² “*Sed quaero, quae sit poena Adulterii secundum ius commune? Respond. De iure divino secundum legem Mosaica, in adulterio, tam masculo, quam foeminae erat imposita poena mortis, genus autem mortis erat lapidatio. De iure autem canonico pro adulterio laicus tam masculus quam foemina excommunicatur. Praeteraque foemina in monasterium detruditur: et si maritus eam nolit recipere, ibi cogitur toto tempore vitae sua permanere, et poenitentiam agere [...] De iure autem civili magna est varietas inter scribentes an secundum ius Digestorum adulterium puniretur poena mortis naturalis. Magis tamen communis opinio videtur esse, quod olim puniretur tantummodo poena deportationis [...] Sed hodie secundum ius Authenticorum in foemina propter sexus fragilitatem commutata est poena, virgis enim caeditur, deinde detruditur in monasterium: et si intra biennium marito illam ad se non revocet, ipsa cogitur habitum monachalem suscipere, et de ibi perpetuo permanere*”. *Ibidem*, pp. 344-345.

³⁵³ Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma de las leyes penales*, Madrid, Imprenta del Reyno, 1639, p. 5.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 6

Enrique de Villalobos asentaba en su obra que en este crimen no importaba que uno de los cónyuges renunciara a su derecho sobre su pareja, pues el verdadero daño recaía en la injuria que se realizaba al matrimonio. Sorprende entre los autores analizados que Villalobos abordara el “adulterio masculino”, como lo explica al tratar las diversas formas de este crimen, aunque en su opinión era el menos grave:

Tres maneras hay de adulterio. El uno es cuando ambos adúlteros son casados, y este es el mayor, porque es de ambas partes. El segundo es cuando un soltero trata con una mujer casada. El tercero es cuando el hombre casado trata con mujer soltera. El segundo, es mayor pecado que el tercero: porque más repugna al derecho natural, que una mujer tenga dos varones, que no que un varón tenga dos mujeres [...]³⁵⁵

Pedro Murillo clasificaba al adulterio dentro de una de las especies de la lujuria, las cuales eran tres: adulterio, coito y sodomía.³⁵⁶ Respecto a las penas, seguía la misma opinión que los autores anteriores, es decir, en el derecho divino antiguo la pena era la muerte, mientras que en el derecho canónico el clérigo adúltero era confinado en un monasterio. Por su parte, las mujeres, previo a su castigo, debían ser amonestadas tres veces, y si persistían en su crimen, se les debía castigar “severamente por oficio” por los ordinarios de los lugares y ser además expulsadas de la ciudad.³⁵⁷

Las penas establecidas en el derecho civil, continuaba, habían sido muy diversas en el pasado, pero en la mayoría de las ocasiones los adúlteros eran entregados al marido, junto con sus bienes, para que hiciese con ellos lo que más le conviniera. Mas en el caso de que decidiera darles muerte, no podía disponer de los bienes.³⁵⁸

Líneas más adelante, Murillo se encarga de ilustrarnos con otras penas para diversos casos de adulterio. Así, cuando un siervo adulteraba con su señora, ambos eran castigados con la muerte: el siervo era quemado y la mujer quemada o decapitada. Si se trataba de un moro, él era castigado con la muerte y ella dejada al arbitrio de su marido para ser perdonada o seguir la misma suerte que el adúltero. En el caso de un vasallo que adulteraba con la

³⁵⁵ Enrique de VILLALOBOS, *Summa [...]*, p. 761.

³⁵⁶ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-EI Colegio de Michoacán Vol. IV, p. 261.

³⁵⁷ *Ibidem*, 253.

³⁵⁸ *Id.*

mujer o consanguíneas del señor del feudo, era castigado con la pérdida de su feudo.³⁵⁹

Un tema sobre el cual llamaba la atención la teología moral era el de la restitución y en estos crímenes el padre Villalobos se cuestionaba ¿qué sucedía si la adúltera quedaba embarazada? En este caso, respondía, el adúltero no estaba obligado a reconocer al niño como suyo, más aún “si dormía con su marido y quizás con otros”. Tampoco estaba obligado a restituir con peligro de la vida o de la fama.³⁶⁰

Cuando el adúltero creyera que el hijo de la adúltera le pertenecía a él, estaba obligado a restituir al marido y a sus hijos legítimos por los alimentos devengados. Esta responsabilidad era solidaria entre él y la adúltera.³⁶¹

En el capítulo precedente observamos como los maridos uxoricidas presentaron siempre como alegato de su proceder el presunto adulterio de su cónyuge. De esta manera, intentaban beneficiarse del perdón de los jueces. En el caso del indio Juan, éste reclamaba un comportamiento adúltero de su mujer. Pero en otras ocasiones, los maridos “cornudos” dilataban mucho más para querellarse en contra de su mujer.

Así fue como le sucedió al indio Miguel de Caros, indio principal de la villa de Coyoacán, quien el 12 de junio de 1643 se presentó ante el alcalde ordinario de la ciudad de México, don Gabriel de Vargas, para denunciar el comportamiento pecaminoso de su mujer, la también india Juana y el indio Francisco Jiménez, quienes desde hacía cuatro años mantenían una relación.³⁶²

En su querella acusaba al indio Francisco de “sonsacar a su mujer de su casa y llevándola de noche a la suya con la mano que tiene de fiscal favorecido de las justicias de aquel partido por cuya causa no he podido hallar remedio para evitar daños tan manifiestos y escándalo en aquella villa y en esta ciudad”.

Declaraba que era *vox populi* que su mujer estaba amancebada con Francisco. Basaba su dicho a que en anteriores ocasiones, “echándola menos en mi casa”, era avisado que su mujer se encontraba en la casa del acusado,

³⁵⁹ *Ibidem*, 255-256.

³⁶⁰ Enrique de Villalobos, *Summa [...]*, p. 209.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 210.

³⁶² AGN, Criminal, 131, 4, 82-105.

por lo cual se dirigía allá para sacarla. Además, en muchas otras ocasiones había reclamado a su rival para que no “inquietara” a su mujer.

El querellante decía que también dejaba encerrada a su mujer bajo llave, pero el mencionado Francisco iba hasta su casa y la rescataba “sacándola por la ventana y trepando por las paredes” y la traía “en ancas de su caballo” a la ciudad de México. Al parecer, no había medida de seguridad imposible para el amante.

Concluía que hacía apenas unos días la había sacado nuevamente de su casa y la había llevado a la ciudad, en donde “andaba con ella públicamente como si fuesen marido y mujer”, aunque no había podido encontrarla. Por ello acusaba a ambos de haber cometido “grave y atroz delito, digno de que se les castigue y remedie tan notables excesos contra Dios nuestro señor”.

Esa misma jornada, el alcalde ordinario admitió la querrela y mandó se le recibiera la información que aportara. Inmediatamente fueron presentados tres indios para que rindieran su testimonio sobre los hechos. El primero de ellos, Gabriel Leonardo, mencionó que conocía a todas las partes involucradas en el proceso. Con respecto a los hechos, declaró que desde hacía cuatro años el mencionado Francisco “andaba continuamente inquietando a la dicha Juana de la Cruz sonsacándola de la casa y compañía del dicho don Miguel de Caros, su marido”.

Indicaba que en varias ocasiones “había visto” a Miguel de Caros salir de su casa para ir a la cobranza de los tributos. Y por “noticia que tenía”, sabía que Juana se escapaba de su casa y su marido iba a buscarla a la casa de Francisco Jiménez y la sacaba de ahí.

Remarcaba que en una ocasión don Miguel de Caros se dirigió a la casa de Francisco, pues había sido prevenido que ahí se hallaba. Ante la imposibilidad de rescatarla trepó en la azotea de la casa, pero Francisco, “escuchando pasos en la azotea”, subió y descubrió a Miguel, por lo que comenzaron a pelear. Y “a punto estuvo Francisco de echar abajo” a su rival.

Sin embargo, Miguel se dirigió adentro de la casa para llevarse a su mujer, la cual, “fomentada” por su amante, arremetió en contra suya “y le hizo pedazos la camisa y lo maltrató mucho con ánimo entre ambos dos de matar a Miguel”.

También manifestaba “saber y haber visto” cómo Javier había sacado a Juana de la casa de su marido y la había puesto “en ancas de su caballo” para llevarla a la ciudad en donde habían andado “embriagándose por las tiendas de ella causando nota y escándalo como si fuesen marido y mujer”. Y hacía apenas cuatro días que Francisco había hecho lo mismo con Juana y la había llevado a la ciudad para esconderla en una casa. Él testigo lo sabía porque apenas pocos días atrás, el amante de la india había acudido en su rescate descolgándose con un lazo. Ante esta nueva fuga, el pobre Miguel acudió a rescatarla por enésima ocasión, pero otra vez volvió a huir hasta el día de esa declaración, cuando finalmente habían sido descubiertos los amantes.

El otro testigo, el indio Agustín Domingo, mencionó que desde hacía cuatro años Francisco inquietaba a Juana, a pesar de estar casada con Miguel. Declaró que sabía muy bien de estos hechos porque varias veces acompañó a Miguel en la búsqueda de su mujer.

Y en una última ocasión lo escoltó a buscarla a la casa de Francisco, por lo que decidieron trepar en la noche la azotea y rescatarla, pero el amante se percató de su presencia y salió al encuentro de Miguel con ganas de echarlo hacia abajo, aunque no pudo lastimarlo.

Mientras esto ocurría, el testigo ingresó a la casa en búsqueda de Juana y la halló “envuelta en una frazada” y después la entregó a su marido. Ella, enfurecida, atacó a su esposo y “le rompió la camisa y lo demás que llevaba puesto”. Posteriormente la llevó de nueva cuenta a su casa, pero hacía cuatro días que la dicha Juana se había escapado con Francisco, quien se había descolgado de un lazo para rescatarla.

El pobre Miguel, continuaba el testigo, había intentado encontrarla, pero había sido en vano, pues el amante de su mujer “era favorecido de las justicias de aquel partido”. Asimismo, agregaba, sabía que Francisco ponía a Juana a vender fruta “como si fuese su legítima mujer”.

Finalmente, en la tercera testimonial a cargo del indio Francisco Juan, éste declaró haber visto, “por los caminos”, a Francisco trayendo en su caballo a Juana, llevándola a la ciudad en donde causaban “nota y escándalo”. Pedía que el asunto se resolviera pronto, pues existía el riesgo de que Francisco matara a Miguel. Concluía que Juana “le lavaba la ropa al dicho Francisco y en sus granjerías le trataba y contratava la susodicha”.

Una vez recabadas las testimoniales, el alcalde, con auxilio de su escribano, dictó el auto de mandamiento de cárcel. En esa misma sesión, Miguel de Caros otorgó un poder amplio a Juan de Salazar, procurador de la Audiencia, para que en su nombre “siguiera, feneciera y acabara por todas las instancias y sentencias las causas de querella”. Unos días después, el procurador de Miguel de Caros solicitó a la autoridad que prendiera a Francisco, lo llevara a la ciudad de México y le secuestrara sus bienes.

Ese mismo día fue aprehendido Francisco, quien inmediatamente solicitó a la autoridad le soltara, ya que padecía mucho “por estar como estaba sin culpa”. Poco después realizó su confesión, la cual la hizo con el auxilio de un intérprete. En sus generales, indicó ser originario de Coyoacán, trajinar leña y fruta y ser menor de treinta años. En los cuestionamientos realizados negó haber “inquietado” y “sonsacado de su casa” a Juana. Si bien los conocía desde hacía diez años, ya que eran vecinos, negó cualquier trato carnal con ella.

Cuestionado sobre si Miguel de Caros había subido a la azotea de su casa y si había discutido con él para que al final Juana le destrozara su camisa, negó todo pero ofreció otra versión. Indicó que a su casa llegó Juana en compañía de dos indios para buscar a un ahijado. Así fue como ella ingresó en su aposento y dejó la puerta entreabierta. Cuando ella lo cuestionaba sobre el paradero de su ahijado, Miguel irrumpió junto con otro indio que lo acompañaba y acto seguido le dio de palos a su mujer. Aunque él lo detenía y le decía que no había motivo para actuar de esa manera, Miguel no paraba, por lo que tuvo que ponerse en medio de ambos para que no la matase. Finalmente, después de apaciguarse, Miguel se llevó a su mujer a casa.

También fue cuestionado sobre si había llevado en “ancas de su caballo” a Juana y si “públicamente se habían embriagado en la tienda causando nota y escándalo”; si la había llevado a la ciudad y la había escondido. Sobre estos hechos negó todo, porque, afirmaba, él era alguacil en la iglesia de Coyoacán en donde era “tanta la ocupación que tenía [...] que no le daba para salir un minuto de la dicha iglesia”.

Ese mismo día, el alcalde ordenó que le fuera tomada la confesión a Juana, quien manifestó ser la esposa legítima de Miguel de Caros y tener

veinticinco años. Declaró conocer a Francisco por ser el fiscal de la iglesia de Coyoacán.

Al preguntársele si Francisco la inquietaba y sonsacaba desde hacía trece años, ella negó todo. Cuestionada sobre por qué rehusaba su relación con él y si era cierto que en una ocasión su marido fue a buscarla a casa de Francisco y subió a la azotea, pero al percatarse de que se encontraba ahí, ingreso a la casa y ella, enojada, le rompió la camisa y le maltrató diciéndole muchas injurias, ella volvió a rechazar todo.

Sobre este punto de la querrela, Juana apuntó que en esa fecha su marido se había ausentado de la casa, razón por la cual fue en su búsqueda al barrio de Santa Ana, en donde habitaba Francisco y aprovechó para entrar a su casa y preguntar por un “ahijado” que también se encontraba ausente. En el preciso momento en que le preguntaba a Francisco sobre el paradero de su ahijado, entró su marido a la casa y le cuestionó qué hacía, mas ella le respondió que lo había ido a buscar y también a su ahijado. Entonces él la golpeó en dos ocasiones y le dijo que no había ido en busca de su ahijado, sino de su amigo. Luego la llevó a su casa y la puso en un aposento encerrada bajo llave.

Cuestionada sobre sí Francisco había acudido en su rescate “descolgándose de un lazo” de una pared y si después había sido llevada en ancas de su caballo a la ciudad de México, Juana lo negó. Afirmó que cuando estaba encerrada, acudió a su casa su hermana Josefa, a quien le contó que su marido la había maltratado “y temiendo lo hiciera de nuevo”, solicitó su auxilio para escapar de ahí y fue ella quien le aventó el lazo para poder escapar “muerta de hambre porque no había comido en dos días”. Concluía su confesión indicando que además de temer a Dios, temía a su marido “por tener como tiene mala condición y ser celoso”.

Con esta información, el escribano procedió a notificar a Juan de Salazar, curador de la audiencia, su nombramiento como defensor de Miguel de Caros. También se procedió a nombrar a Francisco de Sebreros, procurador de la audiencia, como defensor de Francisco Jiménez para que “presentara peticiones, testigos, apelara y suplicara”.

Unos días después, el veinte de junio, el defensor de Francisco Jiménez presentó un breve memorial en el que solicitaba fuera suelto su defendido de la

cárcel porque “no tenía culpa en cosa ninguna”. El veintidós de junio, el alcalde ordinario dictó el auto de término probatorio otorgando a ambas partes un término de seis días.

El día siguiente, Francisco de Salazar presentó una petición en nombre de Miguel de Caros. En ella solicitaba se hiciera justicia en la persona de Francisco Jiménez, quien:

[...] faltando a la lealtad que la dicha mi mujer debe tener al vínculo del matrimonio, sagrado sacramento [...] el dicho Francisco Jiménez, sabiendo que era casada y violando el lecho conyugal ha más de cuatro años que están amancebados, comunicándose y mezclándose carnalmente con mucho escándalo y nota, sacándola de su casa y llevándola a la suya. Y aunque muchas veces por los recelos que mi parte tuvo la amonestó y le requirió al dicho reo no inquietase a la dicha su mujer, no aprovechó antes reincidiendo en su delito y añadiendo culpa a culpa cuando la dejaba encerrada en su casa mi parte y echadas las llaves para atajar tan grave daño. Iba el dicho reo y la sacaba por la ventana quebrantando la dicha su casa y subiendo las paredes la traía hurtada a esta ciudad en las ancas de su caballo [...] en todo lo cual ha cometido grave y atroz delito digno de punición y castigo y por él incurrido en muchas y muy graves penas y para que se ejecute en sus persona y bienes.

Así, pedía el defensor se condenara a ambos reos “en las mayores y más graves penas establecidas por leyes y pragmáticas de estos reinos”. Inmediatamente, el escribano dictó un auto para correr traslado de esta prueba a la parte contraria.

Ese mismo día, Francisco de Sebreros presentó su alegato en defensa de Francisco Jiménez, pedía que su defendido fuera liberado por no desprenderse culpa alguna de los autos del expediente. Indicaba el defensor que cuando Miguel de Caros iba a cobrar tributos, siempre llevaba a su mujer a su casa y que cuando volvía de realizar el cobro “la hallaba en ella y de allí la sacaba”. El día que se refiere en el que Miguel de Caros había ido a su casa y subido a su azotea, Francisco Jiménez lo descubrió ahí y subió para arreglar el problema, pero Miguel intentó aventarlo hacia abajo.

También era falso que en esa misma ocasión hubiera hallado a su mujer sola en su casa, pues la verdad era que ese día, la mencionada Juana, había llegado hasta su morada en compañía de dos indios para buscar a un ahijado suyo que se había ausentado. Mientras le preguntaba esto, su marido entró a la casa con una “media espada” y un palo con los que le pegó a su mujer. Francisco trató de detenerlo diciéndole que “no había causa para que la tratare

mal”, pero el marido ofendido no hacía caso a sus ruegos, por lo que se vio forzado a entrar “en medio” para que “no la matare”.

Además, añadía el defensor de Francisco, era falso que su defendido hubiera llevado en ancas de su caballo a Juana. Remataba indicando que era igualmente falso que él la hubiera ayudado a escapar con un lazo hacía apenas unos días, pues Francisco siempre se había caracterizado por ser una persona “muy quieta”, y las labores de la iglesia lo mantenían “siempre ocupado y de tantos embarazos que no le dan lugar para salir en punto de la dicha iglesia de donde nunca ha faltado ni falta [...] Además es buen cristiano y temeroso de Dios [...] no acostumbrado a cometer semejantes ni otros delitos”.

Concluía el defensor que se absolviera y se le soltara libremente de la prisión y se condenara en costas a la parte contraria. Igualmente solicitaba la extensión del término probatorio por seis días más, prórroga que fue aceptada mediante auto por el escribano.

Tan sólo unos días después, Miguel de Caros presentó un escrito ante el alcalde ordinario en el que se quejaba de que había llegado a sus oídos la noticia de que Francisco era “favorecido de algunas personas”, quienes pretendían soltarlo sin que pagara sus cuentas a la justicia. Por eso solicitaba no se le soltara de la prisión sin que antes “se justificara la dicha causa y confusa antes que la determine el escribano público real”.

Posteriormente, el alcalde dictó un auto en el que ordenaba que Juana fuera llevada al recogimiento de Santa María Magdalena para que ahí fuera depositada, y no saliera más hasta en tanto la causa fuera sentenciada. Al día siguiente de esta orden, el escribano la llevó al mencionado recogimiento en donde la entregó a la madre inspectora ordenándole no dejarla salir. La madre, se limitó a decir que Juana sería alimentada con lo que le diera su marido “y si no le diere la pondría en la calle por no tener con que sustentarla”.

El treinta de junio, antes del dictado de la sentencia, nuevamente el defensor de Francisco Jiménez presentó otro escrito de suplicación en donde rogaba al alcalde que liberara a su defendido, pues estaba “pereciendo en la prisión y está sin culpa”. Finalmente, en la sentencia, el escribano de la Sala del Crimen condenaría a Francisco a cuatro años en un obraje, sin abundar en más datos. Ese mismo día le sería notificada la sentencia por medio del intérprete.

Sin embargo, en fecha posterior, Miguel de Caros presentó una nueva suplicación ante la Real Audiencia, ya que las autoridades habían soltado a Francisco Jiménez, quien no le había pagado las costas del juicio, las cuales ascendían a más de sesenta pesos. Por ende solicitaba que fuera aprehendido nuevamente y que los autos del juicio fueran retenidos en ese tribunal.

La revista fue aceptada y se ordenó a la autoridad *ad quem* que remitiera a la Sala del Crimen los autos en el estado procesal en que se encontraran. De esta forma concluyó el asunto.

Hasta aquí hemos podido observar como a pesar de la estricta normatividad en materia de adulterio, los casos se presentaban muy frecuentemente en todos los estratos sociales novohispanos. Lo más llamativo de este asunto fue la prolongada reiteración de la mujer en su actividad adúltera (4 años) y la vacilante actitud de su marido ante tales afrentas, comportamiento que quizás nos hable de un “amor ciego” hacia su mujer, por lo que prefería hacer oídos sordos a las murmuraciones de la gente.

Al final, la justicia no pudo ser ejecutada en contra del adúltero, pues éste huyó, con lo cual no pudo purgar su pena y además dejó de pagar a Miguel las costas del litigio. De cualquier forma, como aseguraba la doctrina, en estos crímenes aunque hubiera resarcimiento del daño, éste no bastaría por la gravedad del delito.³⁶³

4.4. El estupro

La violación es quizás uno de los crímenes que más atentan en contra de la honra y la fama de la víctima, pues, recordemos, el sexo prematrimonial o fuera del matrimonio acarrearba su pérdida.

Desde el derecho romano, se marcaba, ante la confusión, una diferencia entre el adulterio y el estupro: “La ley menciona promiscua y un tanto abusivamente el estupro y el adulterio; pero propiamente se comete adulterio, en mujer casada, habiéndose formado la palabra por razón de parto concebido de otro, mas en doncella o en viuda se comete estupro [...]”.³⁶⁴ Y en otra parte

³⁶³ “*Ut adulterium, homicidium, et his similia; vel reparari non permittens, veluti cum inimico ad pacem non redire, indigenti misericorditer non subvenire*”. Julio CLARO, *Opera Omnia [...]*, p. 146.

³⁶⁴ D. 48.5.6.

del Digesto se reafirmaba: “comete estupro el que cohabita con una mujer libre sin medir matrimonio con ella; exceptuando, claro está, si es concubina”.³⁶⁵

La tradición cristiana recogía también penas severas para quien mancillara a una doncella: “Si hubiere una muchacha virgen desposada con alguno, y alguno la hallare en la ciudad, y se acostare con ella; entonces los sacaréis a ambos a la puerta de la ciudad, y los apedrearéis, y morirán; la joven porque no dio voces en la ciudad, y el hombre porque humilló a la mujer de su prójimo; así quitarás el mal de en medio de ti”.³⁶⁶

Las *Partidas* realizaban una distinción al respecto entre estupro y lo que hoy denominaríamos violación. Sobre el estupro, indicaban que “yerran muy gravemente aquellos que corrompen las mugeres que viven de esta guisa en religión o en sus casas, teniendo viudedat ó seyendo vírgenes”.³⁶⁷ Y añadían:

[...] fazen grant maldad aquellos que sosacan con engaño, o falago, o de otra manera las mugeres virgines, o las biudas, que son de buena fama, e biven honestamente, e mayormente quando son huespedes en casa de sus padres, o dellas, o de los otros que fazen esto usando en casa de sus amigos, e non se puede escusar que el que yoguiere con alguna muger destas que non fizo muy gran yerro, maguer diga que lo fizo con su plazer della, non le faziendo fuerça. Ca segund dizen los sabios antiguos, como en manera de fuerça es sosacar, e falagar las mugeres sobredichas, con prometimiento vanos, faziendoles fazer maldad de sus cuerpos, e aquellos que traen esta manera yerran, que si lo fiziessen por fuerça”.³⁶⁸

Con respecto a la violación o “fuerza”, decían:

Forzar, o robar mujer virgen, o casada, o religiosa, o viuda que viva honestamente en su casa, es yerro, y maldad muy grande, por dos razones. La primera, porque la fuerza es hecha sobre personas que viven honestamente, y a servicio de Dios, y a buena estancia del mundo. La segunda es, que hacen muy grande deshonor a los parientes de la mujer forzada, y muy grande atrevimiento contra el señor, forzándola en desprecio del señor de la tierra en donde es hecho.³⁶⁹

³⁶⁵ D. 48.5.35.pr.

³⁶⁶ Deuteronomio 22:23-24. En el mismo sentido se expresaba Exodo 22:16-17, aunque ya sin hacer referencia a la muerte de ambas personas, sino en un sentido más retributivo: “Si alguno engañare a una doncella que no fuere desposada, y durmiere con ella, deberá dotarla y tomarla por mujer. Si su padre no quisiere dársela, él le pesará plata conforme a la dote de las vírgenes”.

³⁶⁷ *Partida*, 7, 19, proemio.

³⁶⁸ *Partida* 7, 19, 1.

³⁶⁹ *Partida* 7, 20, 1.

Sin embargo, entre varios autores que han tratado el tema, persiste la idea sobre una indefinición del crimen, ya que resultaba sumamente difícil definir en qué consistía la acción delictiva.³⁷⁰

En la teoría, como en la praxis, parecía existir confusión en cuanto a la denominación correcta de este crimen: ¿estupro forzado o violación? Si hacemos caso a María José Collantes, la primera vez que se utilizó la voz estupro en la legislación castellana fue en las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484.³⁷¹ El diccionario de Covarrubias, tan proclive a auxiliarse de las fuentes jurídicas en sus definiciones, decía sobre el estupro: “es el concúbito y ayuntamiento con la mujer doncella; bien como llamamos adulterio al que se comete con mujer casada”.³⁷² Respecto a la violación no presentaba una entrada para el sustantivo, pero sí para el verbo violar al que definía como el acto de “corromper la doncella por fuerza”.³⁷³

El profesor Sánchez Arcilla, recientemente ha redactado un esclarecedor artículo en el que deja asentado, por lo menos para el ámbito castellano, las diferencias y similitudes entre ambos conceptos. Después de analizar tanto la legislación como los tratados de los prácticos, concluyó que tanto las *Partidas* como la *Nueva Recopilación* fueron omisas en mencionar el vocablo “violación”, en su lugar, se utilizaron con frecuencia “forçar” y “robar”, tal y como extrae de diversas disposiciones.³⁷⁴ De esta forma la distinción entre ambos crímenes se encontraba en el “engaño” y la “fuerza”.

En el caso de las Indias occidentales, los datos recogidos de los expedientes nos permiten indicar que la violación era definida regularmente

³⁷⁰ Iñaki BAZÁN, “El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna”, en *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle Série*, No. 33 (1), 2003, pp. 13-45; María José COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El delito de estupro en el derecho castellano de la baja edad moderna*, Madrid, Dykinson, 2012; Ricardo CÓRDOBA, “Consideraciones en torno al delito de agresión sexual en la Edad Media”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 5, 2008, pp. 187-202; Victoria RODRÍGUEZ ORTIZ, *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1997; María SIMÓN LÓPEZ, *Delitos carnales en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Granada, Tesis doctoral, 2010; Tomás MANTECÓN, “Mujeres forzadas y abusos deshonestos en la Castilla moderna”, en *Manuscrits*, No. 20, 2000, pp. 158-185.

³⁷¹ María José COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, *El delito [...]*, p. 20.

³⁷² Sebastián de COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Impresor Luis Sánchez, 1611, p. 389v.

³⁷³ *Ibidem*, 75v.

³⁷⁴ *Fuero Real*, 4, 10, 1-4.

como “estupro forzado”. Pero a medida que avanzaba el siglo XVIII, las diferencias de tipo semántico aparecieron.

De lo anterior, podemos inferir que el principal elemento de diferencia entre ambos crímenes era el “forzamiento”, es decir, la violencia que se ejercía sobre la víctima, mientras que en el estupro la mujer accedía al sexo mediante el engaño. Más aún, el estupro tenía que ser realizado forzosamente con doncella, mientras que en la violación el crimen se ejecutaba de manera indistinta con cualquier mujer y bastaba solamente el uso de la fuerza.

Encontramos que una característica particular de este crimen era el “engaño”, pues si no lo había sólo se trataba de una fornicación simple y así no quedaba configurado el crimen.

Respecto a quien podía iniciar la denuncia en estos casos, la legislación otorgaba este privilegio a la ofendida, a sus padres y a su familia directa.³⁷⁵ Por lo que respecta a las penas, la legislación establecía que si era hombre honrado debía perder la mitad de sus bienes. En caso de un hombre vil, se le azotaba públicamente y desterraba por cinco años a una isla. Pero si se trataba de un siervo de la casa a la que servía, la pena se agravaba y era quemado. Una excepción para no ser castigado era que la mujer corrompida no fuera honrada, sino vil, en este caso no era penado si no había existido fuerza.³⁷⁶

En el aspecto doctrinario, los autores del *ius commune* lo definieron casi de la misma forma. Graciano decía que era la “ilícita desfloración de una virgen”.³⁷⁷ Y un autor de un tratado sobre el matrimonio lo definía así: “en una acepción estricta es el coito entre un hombre con una mujer virgen, el cual es una violación a la integridad carnal de la mujer”.³⁷⁸

Julio Claro mencionaba en su obra que existían diversas formas de cometer este crimen: con virgen, con viuda y con niño. Para cometer estupro, la mujer debía ser virgen y en caso de duda sobre su previo desfloramiento, correspondía al estuprador probarlo.³⁷⁹

³⁷⁵ Partida 7, 19, 1.

³⁷⁶ Partida 7, 19, 2.

³⁷⁷ “*Stuprum autem est proprie virginum illicita defloratio*”. Gratianum, *Decretum*, c. 36, q. 1, d.p.c. 2, 2.

³⁷⁸ *Stricte acceptum est cocubitus viri cum virgine foemina, quo virginalis carnis integritas violatur*. Martino BONACINA, *Tractatus de Magno Matrimonii Sacramento*, Lugdundi, Sumptibus Laurentii Durand, 1621, p. 272.

³⁷⁹ Julio CLARO, *Opera Omnia [...]*, p. 404.

Respecto a las penas, el derecho canónico establecía la deposición para el clérigo que lo cometiera con virgen. Respecto al fuero secular, los estupradores debían dotar a su familia y casarse con ella sólo si el padre lo consintiera, pero si él no aceptaba este desposamiento, el estuprador debía ser enviado a un monasterio a realizar penitencia. Cuando el vasallo cometía estupro con la esposa viuda de su señor difunto, debía ser privado de su feudo. La pena de muerte sólo estaba reservada en caso de estupro forzoso.³⁸⁰

Francisco de la Pradilla nos indica que estupro “se dice, coito ilícito, y reprobado, por el cual se desflora la mujer virgen, y doncella”.³⁸¹ Respecto a las penas para este atroz crimen, indicaba que éstas dependerían de la calidad del criminal. Así, cuando éste fuere de “calidad” perdería la mitad de sus bienes, mientras si fuere “ordinario” sería azotado y desterrado por cinco años.³⁸² En el derecho canónico, agregaba, si la mujer era reputada doncella, la pena consistía en casarse con ella o dotarla “decentemente”. Y si se trataba de un clérigo, debía ser depuesto.

Sin embargo, la pena se agravaba cuando el crimen se realizaba mediante “fuerza” o en “yermo”, en estas hipótesis la pena era de muerte y sus bienes debían ser entregados a la injuriada.³⁸³

Especial referencia le otorgaba Pradilla a otro tipo delictivo que denomina “de los que tienen acceso carnal con monjas”, pues no sólo se trataba de un crimen sino también de un sacrilegio al tratarse de mujeres consagradas a Dios. Si el hombre era un clérigo era privado de su oficio y recluido en un monasterio. En el caso de un lego era excomulgado. La suerte de la monja consistía en ser llevada a otro monasterio y recluida en él.

Finalmente, encontramos la opinión de Pedro Murillo Velarde, quien distinguía dos sentidos de la voz estupro: uno lato y otro estricto. En sentido estricto, decía, era la “ilícita desfloración de una virgen, sin proceder pacto conyugal”, mientras que en un sentido más amplio era “cualquier comercio ilícito con una virgen, o con una viuda que vive honestamente, y aun con un niño”.³⁸⁴

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma de [...]*, p. 1.

³⁸² *Ibidem*, p. 3.

³⁸³ *Ibidem*, p. 4.

³⁸⁴ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de [...]*, p. 145.

Diferenciaba a su vez tres tipos de estupro: el absolutamente violento, el relativamente violento y el voluntario. Respecto a la primera conducta, ésta podría equipararse con la violación, pues en ella la virgen era atada de manos y pies e incluso pedía auxilio a gritos, pero era violentada contra su voluntad. En el relativamente violento, el estuprador realizaba una maquinación para que a través del miedo, dolo o fraude, la víctima accediera a sus deseos. En el voluntario la misma víctima consentía el acto carnal.³⁸⁵

En el caso de que una mujer con fama de honesta fuera estuprada por un hombre, pero éste dijera que ella ya no era virgen, y ella a su vez afirmara lo contrario, entonces la carga de la prueba pertenecía al estuprador, porque existía la presunción de la virginidad de la mujer. Y si el hombre fallare en su demostración, entonces debía ser condenado a casarse con ella o a dotarla. Pero en la situación de que la mujer hubiera ya perdido su virginidad, o que tuviera mala fama, entonces no procedía a dársele crédito.³⁸⁶

Sobre las penas para el estupro voluntario no había alguna, puesto que “al que quiere y consiente no se hace lujuria”, sin embargo, si después de desflorarla la difamara, entonces sí estaba obligado a reparar el daño. En el relativamente violento, sí se cometía una injusticia contra la doncella. Para el violento, la única pena era la capital. Mas podía acontecer que el crimen no hubiera sido consumado, en esta situación no se castigaba con una pena ordinaria, sino con una extraordinaria.

Incluía otra hipótesis Murillo ¿podía un hombre ser castigado por desflorar a una mujer vestida de meretriz? La respuesta que daba era que no, pues había faltado en él “el propósito y la intención de corromper a la mujer honesta”.³⁸⁷

Nuevamente Enrique de Villalobos nos dice, desde la teología moral, que el propósito del crimen de estupro era la salvaguarda del “claustró virginal” para que la mujer fuera más apta para el matrimonio, ya que perdiendo ésta “va todo perdido”.³⁸⁸ Respecto a la probanza de la virginidad de la mujer, continúa Villalobos, la mayoría de los autores afirmaban que existía una membrana llamada “himen” en el sexo de la mujer, sin embargo, él consideraba que esta

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 147.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 145.

³⁸⁸ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de [...]*, p. 759.

prueba no era fiable porque quizás sólo una de cada mil mujeres tuvieran himen, así que se decantaba por afirmar que la prueba de la virginidad consistía “en estar aquellas partes más apretadas que después se dilatan en el acto carnal”.³⁸⁹

Respecto a qué estaba obligado el estuprador con respecto a su víctima, nos dice que si el estupro había sido realizado sin fuerza ni engaño, él no tendría nada que restituir “en el fuero de la conciencia”. Razonaba lo anterior en el sentido de que si bien la doncella no era dueña de su cuerpo, sí hacía uso libre de él. Sin embargo, acotaba el teólogo, en el foro externo sí estaba obligado a dotarla o casarse con ella, pues en todo momento se debía presumir que había sido engañada, con el cargo de la prueba para el estuprador.³⁹⁰

Para la Nueva España existe un trabajo pionero de Carmen Castañeda que ha abordado la resolución de los casos de estupro y violación en la audiencia de Nueva Galicia a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Ella encontró que en treinta y uno de sus treinta y cuatro casos estudiados, se encarceló a los acusados y en la mayoría de las ocasiones fueron perdonados, pero cuando no lo fueron se les sentenció a azotes, destierro, servicios en obras y presidio ultramarino.³⁹¹

El profesor Iñaki Bazán se ha aventurado a formular una hipótesis respecto a las denuncias de estupro ante los tribunales del Antiguo Régimen. Para él, muchas de las denuncias de estupro violento, o forzado, esconden detrás de sí una promesa de matrimonio incumplido, acción por la cual la mujer burlada se vengaba del hombre denunciándolo.³⁹² Veraz o no esta afirmación, también nos queda claro que la mujer podía mentir y valerse de las estrategias jurídicas para obtener el matrimonio, tal y como aconteció con el indio Juan Telloa del pueblo de Malinalco, quien fue acusado por el crimen de estupro forzado.³⁹³

En agosto de 1696 se presentó ante el justicia mayor la india Catarina María con la finalidad de denunciar al indio Juan por haberla estuprado en la

³⁸⁹ *Id.*

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 205.

³⁹¹ Carmen CASTAÑEDA, “Penas para los violadores y estupradores en la Nueva Galicia”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 10, 1998, pp. 143-146.

³⁹² Iñaki BAZÁN, “El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna”, en *Matrimonio y sexualidad. Normas, prácticas y transgresiones en la Edad Media y principios de la Época Moderna*, Madrid, Casa de Velázquez, 2003, p. 25.

³⁹³ AGN, Criminal, 139, 24, fs. 363-376.

casa de la india Magdalena, por lo que solicitaba se le “pagara su virginidad”. El justicia ordenó que Juan fuera puesto preso, lo que se realizó al día siguiente de la presentación de la querrela.

Juan, por su parte, declaró que desde hacía ya bastante tiempo Catarina le había enviado “muchos recados en materia de amor con una india Magdalena”. Ante la negativa de Juan de mostrarle su amor, ella le dijo que “no era hombre ni sabía hacer nada”. Agregaba Juan que el mismo día de la denuncia, Catarina, afuera de la casa de Magdalena, “lo empezó a provocar con amores y que con efecto habiendo entrado de dicha casa, la dicha Catarina se le echó en el suelo al declarante y con efecto la estupro y acabando le dijo la dicha Catarina mira lo que has hecho y no me pagues mal que yo te quiero mucho”.

Magdalena, quien supuestamente había prestado su casa para la consumación de este delito, declaró como testigo y recordó haber entregado a Juan recados de amor en seis ocasiones. Y un día, que tampoco recordaba, Catarina le dijo que dijera a Juan “que no fuera ingrato que lo quería mucho y que parece no es hombre ni tenía valor para estar con ella”.

El día de los hechos Magdalena solamente vio que entraron en su casa, pero ella se dirigió a realizar sus menesteres y cuando volvió “los halló muy contentos juntos y que según dijeron a la dicha Magdalena, la estupro con efecto el dicho Juan”.

Durante el careo entre ellos, Catarina volvió a pedir que se le pagara “su virginidad pero que no se quería casar con él”. Así, Juan fue puesto en la cárcel, mientras que la estupro fue dejada en custodia en una casa en donde no se le permitiría salir hasta que la causa concluyera.

Mediante un auto de suplicación, Juan indicó que la culpa había sido de Catarina por haberlo incitado, mas no quería casarse con ella, por lo que en “descargo de su conciencia” estaba dispuesto a pagarle lo que le fuera ordenado.

En su confesión, se le cuestionó si la había estupro “violentamente” pues de ello dependía una aminoración o un aumento de su pena. A lo que el reo dijo que “cuando estuvo con ella le pareció que no era doncella”, pero que no lo sabía ciertamente “por ser la primera vez que llevo a mujer y no tener experiencias de semejante acto”.

También se le preguntó cómo había afirmado que “quizás” no era doncella si nunca antes había mantenido relaciones, a lo que respondió que cierto día, que no recordaba, escucho de Mateo Clemente, indio del pueblo de San Nicolás: “mira lo que haces y no te metas en nada con ella y aunque se quiera casar contigo no quieras porque yo sé que no es doncella”.

A la anterior confesión se le agregó una petición de Francisco de Herrera, vecino del pueblo, en la que pedía se liberara de la cárcel a Juan, ya que éste era un muchacho “incapaz de razón” y además, por su pusilanimidad, jamás hubiera tenido el valor de cometer semejante delito.

Completaba Francisco que si en realidad Juan hubiera estuprado a Catarina, su comportamiento no constituía un delito, existía prueba de que ella lo había incitado ya que “se le tendió en el suelo y aquí no hay raptó ni violencia sino hablando debidamente una simple fornicación”. Acto seguido, solicitó la presentación de dos testigos, Lucas de la Cruz y Baltasar de los Reyes, quienes unos días después confirmarían el dicho de don Francisco al declarar que en el pueblo “es pública voz y fama en el barrio de San Nicolás que la susodicha es mujer pública mundana”.

Ante semejante panorama, y sin la posibilidad de que alguien apoyara su dicho porque su “fama” de mujer pública se lo impedía, se abstuvo de presentar testigos. El asunto fue cerrado y el expediente enviado a la Sala del Crimen para que realizara la asesoría jurídica.

En la sentencia del letrado se concluyó que sí había existido forzamiento por parte de Juan, pero Catarina ya no era doncella. Por lo que se condenó al reo a pagar dos pesos por las costas generadas en el proceso y se le absolvió. Pero Catarina no contaría con la misma suerte, se le ordenó no visitar ni provocar a Juan o a algún otro hombre so pena de ser puesta en un recogimiento de la Ciudad de México por seis años. El letrado concluía su sentencia advirtiendo a Catarina “que viva bien o se case [...]”.

Aunque en este caso, la pena por estupro forzado hubiera sido demasiado alta, en realidad el crimen jamás se perfeccionó pues faltó en este caso el elemento de la violencia física. Por su parte, Catarina, a pesar de haber cometido calumnia en contra de Juan, no se hizo acreedora a una pena, ya que el juez ponderó que en estos casos la mejor solución estribaba en ser desposada y vivir quieta.

4.5. El incesto

Un crimen considerado especialmente grave era el incesto, comportamiento que ha estado presente en todas las sociedades, modernas y pretéritas. La conculcación de esta interdicción era sumamente grave, pues rompía con la “geometría del parentesco”. Como nos recuerda Malinowski es “un axioma de la antropología el hecho de que nada suscita un horror más grande que el quebrantamiento de esta prohibición”.³⁹⁴

Es precisamente en la Biblia en donde se hace hincapié en la prohibición del matrimonio entre consanguíneos dedicando un amplio pasaje a la enumeración de los actos “inmorales”:

Ningún varón se llegue a parienta próxima alguna, para descubrir su desnudez. Yo Jehová. La desnudez de tu padre, o la desnudez de tu madre, no descubrirás; tu madre es, no descubrirás su desnudez. La desnudez de la mujer de tu padre no descubrirás; es la desnudez de tu padre. La desnudez de tu hermana, hija de tu padre o hija de tu madre, nacida en casa o nacida fuera, su desnudez no descubrirás. La desnudez de la hija de tu hijo, o de la hija de tu hijo, su desnudez no descubrirás, porque es la desnudez tuya. La desnudez de la hija de la mujer de tu padre, engendrada de tu padre, tu hermana es; su desnudez no descubrirás. La desnudez de la hermana de tu padre no descubrirás; es parienta de tu padre. La desnudez de la hermana de tu madre no descubrirás, porque parienta de tu madre es. La desnudez del hermano de tu padre no descubrirás; no llegarás a su mujer; es mujer del hermano de tu padre. La desnudez de tu nuera no descubrirás; mujer es de tu hijo, no descubrirás su desnudez. La desnudez de la mujer de tu hermano no descubrirás; es la desnudez de tu hermano. La desnudez de la mujer y de su hija no descubrirás; no tomarás la hija de su hijo, ni la hija de su hijo, para descubrir su desnudez; son parientas, es maldad. No tomarás mujer juntamente con su hermana, para hacerla su rival, descubriendo su desnudez delante de ella en su vida. Y no llegarás a la mujer para descubrir su desnudez mientras esté en su impureza menstrual. Además, no tendrás acto carnal con la mujer de tu prójimo, contaminándote con ella.³⁹⁵

El derecho romano lo definía así: “Por derecho de gentes comete incesto el que se casa con la que está en línea ascendente o descendente; pero el que se hubiese casado con una colateral en grado prohibido, o con la pariente por

³⁹⁴ Bronislaw MALINOWSKI, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985, p. 51.

³⁹⁵ Levítico 18:6-18.

afinidad con que se le impide el matrimonio, se le castigará levemente si lo hace abiertamente, y con más rigor si lo hace clandestinamente”.³⁹⁶

Para el derecho castellano, el incesto era “muy grant pecado que facen los omes yaciendo con sus parientas ó con sus cuñadas, á que dicen en latín incestus”.³⁹⁷ Añadían las *Partidas* que este crimen y “pecado” era realizado cuando se “yacía” con una parienta hasta el cuarto grado o con la cuñada, o la que fuere mujer de su pariente hasta ese mismo grado.³⁹⁸

Respecto a la pena, se determinó que si el acto hubiera sido realizado “sin razón de casamiento”, el hombre debía recibir la misma pena que en el adulterio, es decir, la muerte. La mujer también correría con la misma suerte. En el caso de que el hombre ocultare a la mujer su parentesco, si éste era honrado, debía perder su honra y ser desterrado para siempre en una isla y sus bienes entregados a la Cámara del Rey cuando no tuviere hijos legítimos. Para los hombres viles, además del destierro, se les reservaban azotes públicos.³⁹⁹

Desde la Edad Media, Gregorio Magno estableció los criterios de la consanguinidad a siete grados, pero sería en el IV Concilio de Letrán en donde se limitaría el impedimento hasta el cuarto grado. Aunque la doctrina y la legislación eran especialmente rígidas en la penalización de los actos incestuosos, en la práctica era común que aristócratas y gobernantes adquirieran dispensas para contraer matrimonio con sus familiares.⁴⁰⁰ Así, Elizabeth Archibald, para el caso de Europa, nos ha mostrado como las normas del incesto se fueron gradualmente relajando como consecuencia de que la mayoría de la población habitaba en comunidades pequeñas, por lo que en algún momento el enlace con algún consanguíneo se tornaba necesario. De esta forma, eran muy pocos los casos que llegaban a los tribunales, y cuando esto acontecía, era visible la tolerancia a estas transgresiones por parte de los jueces.⁴⁰¹

³⁹⁶ D. 23.2.68. Líneas más adelante, el *Digesto* se refería también al incesto con parientes por afinidad: “Si se comete adulterio incestuoso, por ejemplo, con la hijastra, la nuera o la madrastra, la mujer será igualmente castigada, pues lo sería aunque no fuera por adulterio”. D. 48.5.39.

³⁹⁷ *Partida 7*, 18, proemio.

³⁹⁸ *Partida 7*, 18, 1.

³⁹⁹ *Partida 7*, 18, 3.

⁴⁰⁰ Eukene LACARRA LANS, “Incesto marital en el derecho”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 7, 2010, pp. 25-30.

⁴⁰¹ Elizabeth ARCHIBALD, *Incest and the medieval imagination*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, pp. 41-47.

En sede doctrinal, Graciano lo definía como “el abuso de los parientes consanguíneos o afines. Por ende, incestuosa es aquella conducta en la que se abusa de los consanguíneos o de los afines”.⁴⁰²

Julio Claro definía al crimen como la unión carnal entre personas consanguíneas. Su pena en el derecho civil era la muerte, mientras que en el derecho canónico consistía en la deposición para el clérigo. Sin embargo, en el caso de los laicos no había pena en los esponsales, porque se requería que el matrimonio hubiera sido consumado por cópula carnal. Además, si hubiera existido ignorancia de derecho, o de los hechos, había lugar a la crasa y lata culpa.⁴⁰³

Francisco de la Pradilla indicaba al respecto que el incesto era “el pecado que uno comete, teniendo acceso carnal con su parienta por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado”.⁴⁰⁴ Con respecto a las penas, al igual que en el estupro, éstas se presentarían de acuerdo con la calidad del criminal. Si se trataba de un hombre ordinario, se le azotaba y desterraba, mientras si era un hombre de calidad se le confiscaban sus bienes y se le desterraba a una isla de por vida.⁴⁰⁵

Villalobos daba una definición similar a la de Pradilla, pero remarcaba que era mayor pecado tratar con un pariente consanguíneo que con uno afín. Respecto a si era posible cometer incesto en los casos de adopción legal y cognación espiritual (bautismo y confirmación), opinaba que fuera llamado incesto en el caso de la adopción, pero en la cognación sólo se trataba de un sacrilegio.⁴⁰⁶

Finalmente, encontramos la opinión de Murillo Velarde, quien, contrariamente a los demás delitos sexuales, sólo otorgaba unas breves líneas al respecto. Definía a este crimen de forma similar a los anteriores autores: “es el trato carnal entre personas consanguíneas o afines, hasta dentro del cuarto grado”. Además, daba seis excepciones que evitaban la configuración de este delito, las cuales eran:

⁴⁰² “*Incestus est consanguinearum vel affinium abusus. Unde incestuosi dicuntur qui consanguineis vel affinibus suis abutuntur*”. Gratianum, *Decretum*, c. 36, q. 1, d.p.c. 2, 4.

⁴⁰³ Julio CLARO, *Opera Omnia* [...], pp. 388-390.

⁴⁰⁴ Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma de* [...], p. 3

⁴⁰⁵ *Id.*

⁴⁰⁶ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de* [...], p. 762.

1. El que peca con una consanguínea o afín, emparentada en quinto o ulterior grado [...] 2. El que tuvo relaciones con dos mujeres emparentadas entre sí en tercero o ulterior grado [...] 3. El que tiene relaciones con una consanguínea de su esposa, a la que aún no ha conocido carnalmente, porque todavía no ha contraído con esa mujer afinidad [...] 4. El que delinque con una pariente legal por adopción, o por apropiación, porque ahí no se da consanguinidad [...] 5. Por la misma razón, el que tiene relaciones con una pariente espiritual por el bautismo, o por la confirmación.⁴⁰⁷

Sobre las penas, nos dice que el incesto entre ascendientes y descendientes se castigaba con la pena de muerte. Mientras que el clérigo debía ser depuesto y privado del beneficio.⁴⁰⁸

Ya en la praxis podía suceder que en un mismo acto se consumaran dos crímenes de naturaleza sexual como en el caso del indio Lucas Juan, natural del pueblo de Culhuacán, a quien además del incesto, se le acusó de estar amancebado con la india Sebastiana. A principios de 1696 el alcalde mayor de Culhuacán dijo haber sido informado de que en su jurisdicción habitaba un indio que había sido visto manteniendo tratos ilícitos con una mujer.

Fue así como el alcalde ordenó su aprehensión, la cual se realizó tan sólo unos días después en la casa de Sebastiana. En su declaración, el español Francisco Luis Guerrero dijo que al haber recibido la orden de la captura Lucas Juan, se presentó en la casa de la india Sebastiana junto con otros dos alcaldes del pueblo y al entrar en la casa vieron que “estaba acostada con Lucas Juan [...] en cueros uno y otro y durmiendo”.⁴⁰⁹

Aunque Juan se dirigió a su casa, al día siguiente fue reprendido por las autoridades, ya que lo hallaron nuevamente en la casa de la india, lo cual era un crimen muy grave, pues no sólo estaba amancebado con ella, sino también con su hija, quien además estaba casada. Juan contestaría que “ya se había acabado la mala amistad que tuvo con la hija y que todo lo que lleva dicho es público y notorio en el dicho pueblo, pública voz y fama”.

Otro testigo, Francisco Berrio, confirmaría la denuncia al indicar que “ha oído decir a diferentes personas y en diferentes ocasiones que Lucas [...] ha tratado y comunicado deshonestamente a una india de dicho pueblo nombrada Sebastiana Ana y asimismo ha comunicado a la hija de la susodicha”.

⁴⁰⁷ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, p. 149.

⁴⁰⁸ *Id.*

⁴⁰⁹ AGN, Criminal, 236, 1, fs. 1-15.

Al ser aprehendido, Lucas Juan decía que era verdad la afirmación de que había “tratado” a la hija de Sebastiana durante dos años, pero hacía cuatro o cinco años la había abandonado. Ante la gravedad de la afirmación, se le cuestionó a Lucas Juan como no había atendido a la “gravedad del delito y la gravísima ofensa de Dios nuestro señor”, pero Juan confesó que en tres o cuatro ocasiones le había solicitado matrimonio a Sebastiana, pero se había negado porque conocía el amancebamiento previo con su hija. Aun así, Lucas insistía en casarse con ella pues no tenía “quien le haga una tortilla”.

Por su parte, Sebastiana declaró que conocía a Lucas Juan “desde pequeño” y apenas hacía poco tiempo se había enterado de la relación entre su hija y el reo. Asimismo, señaló cómo el día de los hechos Lucas Juan entró a su casa y al notar la presencia del español Francisco Guerrero y de los alcaldes, “se fue a acostar detrás de esta declarante”, pero desconocía las causas e intenciones por las cuales había ingresado a su casa.

Mientras el proceso continuaba, Sebastiana fue puesta en depósito en la casa del gobernador don Tomás de la Cruz, y Lucas Juan fue llevado a un obraje de Coyoacán. Posteriormente, ambos acusados confirmarían sus declaraciones previas. Unos días después, el alcalde y el regidor solicitaron a la autoridad que Lucas Juan fuera puesto en libertad, porque había enfermado durante su estancia en la cárcel, por lo que ellos se presentaban como fiadores si él pretendiera huir, petición que fue aceptada.

En las conclusiones, el curador de ambos inculpados pidió la libertad de Lucas Juan “pues no es causa de haber cometido la culpa que se le acumula y más cuando en su declaración y confesión tiene dicha la verdad [...]”. Y cuando esto no sucediere, solicitaba “se ha de servir de juzgarlo con piedad atendiendo a ser un pobre indio ignorante que no puede saber lo que se le acumula [...] y atento a estar el dicho mi parte enfermo y pereciendo pido y suplico, sea servido de sentenciarlo con misericordia que es justicia que pido”.

Luego los autos fueron enviados a la Real Audiencia “para que los lea y determine informe y conforme a derecho se les notifique a las partes”. En la sentencia, la Sala del Crimen informaba que al estar amancebados y en incesto se les condenaba a que su “servicio personal se venda y remate en la persona que más diere y se pongan en distintos obrajes el del dicho Lucas Juan por tiempo de un año en prisiones, y el de dicha india por tiempo de seis meses [...]

y se les notifique y aperciba que no lo quebranten ni se comuniquen en público ni privado so pena de cien azotes [...]”.

Como puede observarse, la pena de ambos fue demasiado laxa en comparación con la marcada por la legislación, pues estábamos ante la presencia de un delito especialmente grave, aunado a ello estaba el amancebamiento. Sin embargo, deben observarse los argumentos del curador quien apeló a la “piedad”, a la “misericordia” del juez y a la enfermedad del indio.

Además, añadía, se trataba de un “indio ignorante que no puede saber lo que se le acumula”, de esta forma, apelaba a la *rusticitas* y *miserabilitas* del criminal, un argumento muy común en la época, pues de esta forma se le atenuaba su responsabilidad en el crimen, tal y como lo indicaba Sólorzano y Pereyra: “[...] hablando de los rústicos y menores, y que se han de temprar sus castigos: porque respecto a su corta edad son más dignos de venia”.⁴¹⁰

4.6. El pecado nefando

Siguiendo la misma tónica de los capítulos anteriores, decidimos culminar éste con el más atroz de los crímenes de la lujuria: la sodomía. Eran varios los nombres que eran utilizados para describir esta conducta. Federico Garza Carvajal nos indica algunos que logró rescatar de los archivos: *crimen contra naturam*, *crimen nefandum*, crimen cometido contra el orden natural, nefando pecado contra natura, el pecado, la sodomía, *crimen atrocisimus*, mal vicio, mal francés y mal italiano.⁴¹¹

Tomás y Valiente aseguraba que en él estaba en juego “toda la economía de la creación” y nos da las razones de su atrocidad:

Porque en él ya no se trata del simple acto de fornicación fuera del matrimonio, ni del dolo o la ofensa a otro sacramento, sino que el directamente ofendido es Dios, porque es su imagen de la creación la que se altera. Es el orden natural el que se perturba. Y es la posibilidad de seguir procreando la que se perturba [...]⁴¹²

⁴¹⁰ Juan de SOLÓRZANO Y PEREYRA, *Política Indiana*, II, 28, 24.

⁴¹¹ Federico GARZA CARVAJAL, *Butterflies Will Burn. Prosecuting Sodomites in Early Modern Spain and Mexico*, Austin, University of Texas Press, 2003, p. 52.

⁴¹² Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “El crimen y pecado contra natura”, en Bartolomé CLAVERO *et al*, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, p. 37.

Fray Alonso de la Veracruz brinda una explicación congruente sobre la anterior afirmación en su *Espejo de los cónyuges*. Siguiendo a Aristóteles, decía que el hombre, más que un animal político, era un animal conyugal, pues precisaba de la agregación en comunidad para satisfacer sus necesidades. De esta forma, consideraba el fraile, “la primera sociedad era la combinación de un macho y de una hembra; como si dijera que la sociedad política o la económica o cualquier otra dependen de esta [...] Es de derecho natural la unión del macho y de la hembra que nosotros llamamos matrimonio”.⁴¹³

Recordaba también que el matrimonio tenía un doble fin. El primero era la propagación de la especie y el segundo el mutuo obsequio y la comunión de obras. Por ende, el simple acto de apareamiento no podía considerarse matrimonio sino tan sólo un hábito que era incluso posible encontrar en los rebaños de animales. De esta forma, concluía, “la naturaleza enseña que no debe haber apareamiento a no ser del macho con la hembra, porque el fin del apareamiento es engendrar, lo que no se encuentra salvo que haya diversidad de sexos”.⁴¹⁴

Desde la Biblia, existían claras referencias a su prohibición y, más aún, quienes se atrevieran a practicarlo serían “extirpados” y “vomitados” de la tierra, como decían las Sagradas Escrituras:

No te acostarás con un hombre como quien se acuesta con una mujer. Eso es una abominación. No tendrás trato sexual con ningún animal. No te hagas impuro por causa de él. Ninguna mujer tendrá trato sexual con ningún animal. Eso es una depravación. No se contaminen con estas prácticas, porque así se contaminaron las naciones que por amor a ustedes estoy por arrojar, y aun la tierra misma se contaminó. Por eso la castigué por su perversidad, y ella vomitó a sus habitantes. Ustedes obedezcan mis estatutos y preceptos. Ni los nativos ni los extranjeros que vivan entre ustedes deben practicar ninguna de estas abominaciones, pues las practicaron los que vivían en esta tierra antes que ustedes, y la tierra se contaminó. Si ustedes contaminan la tierra, ella los vomitará como vomitó a las naciones que la habitaron antes que ustedes. Cualquiera que practique alguna de estas abominaciones será eliminado de su pueblo. Ustedes observen mis mandamientos y absténganse de seguir las abominables costumbres que se practicaban en la tierra antes de que ustedes llegaran. No se contaminen por causa de ellas.⁴¹⁵

⁴¹³ Fray Alonso de la VERACRUZ, *Espejo de los cónyuges*, México, Los libros de Homero, 2007, p. 11.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁴¹⁵ Levítico 18:22-29.

Debemos recordar que la cultura grecolatina fue bastante laxa con la práctica de estas actividades. No acontecería así a partir del siglo XIII cuando teólogos y canonistas se volcaron al estudio de la sexualidad y sus prohibiciones, de todas ellas la que más destacaría sería la sodomía.⁴¹⁶

Las *Partidas* la definían así: “Sodomítico dicen al pecado en que caen los hombres, yaciendo unos con otros, contra natura, y costumbre natural. Y porque de tal pecado nacen muchos males de la tierra donde se hace y es cosa que mucho pesa a Dios con él, y sale por ende mala fama, no sólo a los hacedores, más aún a la tierra en donde es consentido”.⁴¹⁷

Como puede observarse era un crimen que arrastraba en contra del orden natural no sólo a las personas que lo cometían, sino también a las poblaciones en donde se permitían estas conductas. Precisamente, hay una frase aquí que nos interesa resaltar y es la palabra “hombres” de la citada ley. Luego entonces, ¿qué sucedía con las mujeres? Gregorio López, en su glosa, nos explica que esta palabra no hacía referencia exclusiva a los hombres, por lo cual las mujeres podían ser acusadas por el mismo crimen, ya que también habían cambiado el “uso natural” de sus cuerpos.⁴¹⁸

Los reyes católicos, durante la guerra de reconquista endurecieron la persecución en contra de los sodomitas, aunque es casi seguro que en la mayoría de los casos estas averiguaciones obedecieron más a motivos políticos que estrictamente sexuales.⁴¹⁹ Este proceso llevó a que en 1497 fuera promulgada una pragmática que seguía, en líneas generales, lo ya trazado por la legislación previa:

⁴¹⁶ Para un análisis más exhaustivo resultan esclarecedores: Iñaki BAZÁN, “La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval”, en *En la España medieval*, Vol. 30, 2007, pp. 433-454; William E. BURGWINKLE, *Sodomy, Masculinity and Law in Medieval Literature. France and England, 1050-1230*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004; Pierre J. PAYER, *The Bridling of Desire: Views of Sex in the Later Middle Ages*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

⁴¹⁷ *Partida 7*, 20, proemio.

⁴¹⁸ “*Idem in mulieribus si una foemina cum alia agat contra naturam, vel masculus cum foemina contra naturam [...] ibi nam foeminae eorum immutaverunt naturalem usum, in eum usum, qui est contra naturam*”. Gregorio LÓPEZ, *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio glossadas por el señor D. Gregorio López*, Madrid, Imprenta de Benito Monfort, 1767, p. 178.

⁴¹⁹ Arturo R. FIRPO, “Los reyes sexuales (Ensayo sobre el discurso sexual durante el reinado de Enrique IV de Trastámara, 1454-1474)”, en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, No. 20, 1984, pp. 217-227; y Jesús Ángel SOLÓRZANO TELECHEA, “Poder, sexo y ley. La persecución de la sodomía en los tribunales de la Castilla de los Trastámara”, en *Cfío y Crimen. Revista del centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 9, 2012, pp. 285-396.

Porque entre los otros pecados, y delitos, que ofenden a Dios nuestro señor, e infaman la tierra, especialmente es el crimen cometido contra orden natural, contra el cual las leyes se deben armar para el castigo de este nefando delito, no digno de nombrar, destruidor del orden natural, castigado por el juicio divino, por el cual la nobleza se pierde, y el corazón se acobarda, y se engendra poca firmeza de la fe, y es aborrecimiento en el acatamiento de Dios, y se indigna a dar al hombre pestilencia, y otros tormentos en la tierra, y nace de él mucho oprobio, y denuesto a las gentes, y tierra donde se consiente, y es merecedor de mayores penas, que por obra se pueden dar, etc. Mandamos, que cualquier persona, de cualquier estado, condición, preeminencia, o dignidad que sea, que cometiere el delito nefando contra natura, siendo en él convencido por aquella manera de prueba, que según derecho, es bastante para probar el delito de herejía, o crimen lesae Maiestatis, que sea quemado en llamas de fuego en el lugar y por la justicia a quien perteneciere el conocimiento y punición de tal delito y que así mismo haya perdido y por ese mismo hecho y derecho y sin otra declaración ninguna pierda todos sus bienes así muebles como raíces [...].⁴²⁰

Francisco de la Pradilla indicaba que “muy grande pecado es el de la sodomía para con Dios, y para el mundo muy torpe, y abominable, y feo, contra toda naturaleza. Este bestial delito se comete cuando con diabólico ánimo algún hombre tiene carnal acceso con otro hombre, o con algún animal bruto, y siendo mujer”.⁴²¹ Vemos que Pradilla no distinguía a la sodomía del pecado nefando ni del bestialismo. Además, también incluía dentro de la sodomía el coito del hombre con su mujer cuando éste era realizado “por la parte no disputada por la naturaleza”.

Rescataba como desde el tiempo de los gentiles el crimen había sido castigado con pena capital, y como en el *Fuero Real* la pena consistía en la castración del sodomita, quien posteriormente era colgado de los pies hasta que moría naturalmente. Pero en ese momento, la pena tanto para el hombre como para la mujer era la muerte en llamas y la confiscación de sus bienes. Y cuando en el crimen intervenía un animal, también debía ser quemado “para borrar la memoria”.

Palabras igualmente negativas eran las dadas por Julio Claro sobre este crimen: “vicio nefando y detestable sobre todos los demás”.⁴²² En el derecho civil, la pena era la muerte tanto para el agente como el paciente. Sin embargo, siguiendo a Antonio Gómez, declaraba que la pena de muerte consistía en la

⁴²⁰ Texto recogido en la *Novísima Recopilación*, 8, 21, 1.

⁴²¹ Francisco de la PRADILLA BARNUEVO, *Suma* [...], p. 1.

⁴²² Julio CLARO, *Opera Omnia* [...], p. 403.

decapitación, pero por costumbre se quemaba a los reos. Además, perdían *ipso iure* el dominio de sus bienes y si estaban casados eran separados de su cónyuge. Finalmente, establecía que si el acto no había sido consumado, sólo se castigaba con una pena extraordinaria, la cual dependería si había o no existido emisión de semen.⁴²³

En la opinión de Enrique de Villalobos, se precisaba de cinco elementos para configurar este crimen: la unión de dos; que fueran de la misma especie; que tuvieran diverso sexo; que fuera en el debido vaso; y finalmente que fuera realizado del modo debido.⁴²⁴ Asimismo, indicaba que existían cinco especies de este crimen: polución, la bestialidad; sodomía, penetración no vaginal y finalmente cuando había desorden en el modo.⁴²⁵

Unos años más tarde, Murillo Velarde nos diría que la sodomía era “horrendo y nefando crimen” y lo encuadraba en el concepto más general del “pecado contra natura”, el cual incluía además a la masturbación y al bestialismo. La sodomía la definía como “el coito con otro de la misma especie, pero, sin observar, el débito y el sexo natural”.⁴²⁶

La sodomía ameritaba a su vez dos distinciones, la imperfecta y la perfecta. En el caso de la primera esta era llevada cuando un hombre “se unía a una mujer sin utilizar el conducto debido”, es decir, sin penetración vaginal. Esta hipótesis era la menos grave.

La sodomía perfecta se perfeccionaba “entre dos hombres, con efusión de semen, dentro del conducto anal”. Más explícito no pudo haber sido Murillo, pues debían presentarse todos estos elementos para estar en presencia de este crimen. Así, en la situación de que dos hombres se acostaran juntos, uno encima del otro, y con ánimo de lujuria, pero en el que no existiera penetración sino simple eyaculación, este acto no debía ser considerado sodomítico sino sólo una masturbación.⁴²⁷

Sobre las penas, nos indica que en el derecho civil, tanto hombres como mujeres, eran quemados. Mientras que los clérigos debían ser entregados a las

⁴²³ *Id.*

⁴²⁴ Enrique de VILLALOBOS, *Suma [...]*, p. 763.

⁴²⁵ *Id.*

⁴²⁶ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, p. 150.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 151.

autoridades seculares para ser castigados, pero en la mayoría de las veces se exceptuaba esta regla.⁴²⁸

Durante la conquista, los indios fueron repetidamente señalados como sodomitas, tal y como lo indicaban los cronistas de Indias.⁴²⁹ Resulta paradójico que los cristianos, durante la etapa de persecución romana fueran también adjetivados de la misma forma. Tampoco fue extraño que en 1530 el príncipe purépecha Caltzontzin fuera quemado en la hoguera acusado de hereje y sodomita, pues desde los siglos XII y XIII, con la persecución de los cátaros y la represión templaria, se había construido una identificación entre sodomita y hereje.⁴³⁰

Además, debemos acotar que no siempre era castigado este crimen con la misma severidad. Por tratarse de un crimen de competencia mixta, podían conocer de él la Inquisición y la Real Audiencia. En el caso de la Iglesia todo apunta a que cuando alguno de sus clérigos era denunciado por actividades sodomitas, sus penas fueran más laxas con la finalidad de evitar el escándalo. Así era como en múltiples ocasiones los clérigos sólo eran enviados a otra localidad.⁴³¹

Aunque la mayoría de los expedientes analizados escapaban de nuestra temporalidad, pudimos ubicar en el Archivo General de Indias un caso paradigmático, sobre todo por el número de los participantes (diecinueve) y la severidad con que fueron castigados. Sobre este tema, han sido ya varios los trabajos que han esbozado la importancia de este asunto.⁴³² Mi intención no es ahondar más en su tratamiento, sino solamente seguir una línea de continuidad que muestre la lógica de este trabajo, en la que podamos observar nuevamente la severidad con la que algunos crímenes eran castigados y entender bajo qué parámetros acontecían estas dinámicas punitivas.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 264.

⁴²⁹ Guilhem OLIVIER, "Conquistadores y misioneros frente al pecado nefando", en *Historias*, México, No. 28, Abril-Septiembre de 1992, pp. 47-56.

⁴³⁰ Fernanda MOLINA, "La herejización de la sodomía en la sociedad moderna. Consideraciones teológicas y *praxis* inquisitorial", en *Hispania Sacra*, Vol. LXII, No. 126, Julio-Diciembre de 2010, pp.546-547.

⁴³¹ Guillermo de los REYES, "Curas, Dones y Sodomitas": Sexual Moral Discourses and Illicit Sexualities among Priests in Colonial Mexico", en *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Vol. 67, No. 1, Enero-Junio de 2010, pp. 68-69.

⁴³² Federico GARZA CARVAJAL, *Butterflies will [...]*, pp. 131-183. Serge GRUZINSKY, "Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII", en Sergio ORTEGA NORIEGA (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana*, México, INAH, 1986, pp. 255-283.

El crimen que nos ocupa transcurrió en la ciudad de México durante los meses de septiembre y octubre de 1657. El veintisiete de septiembre, la mestiza Juana de Herrera se encontraba lavando su ropa a las afueras de la ciudad, cuando dos niños corrieron hasta ella para indicarle que unos hombres “jugaban como perros”. La mujer, intrigada, decidió averiguar qué sucedía y caminó al lugar que le habían indicado. Al llegar ahí presencié cómo dos hombres estaban “uno encima del otro quitados los calzones ambos y el que estaba encima tapaba al de abajo con la capa que tenía puesta”. Agregaba la testigo que no se atrevió a acercarse más por temor a ser lastimada, pero pudo reconocer al mulato Juan de la Vega, mientras que el otro parecía ser un mestizo.⁴³³

La testigo decidió denunciar los hechos ante la Sala del Crimen, la cual ordenó que las autoridades se dirigieran a la casa de Melchora de Estrada, en donde rentaba un cuarto el mulato. Pero al llegar fueron avisados que ya se había mudado. Al interrogar a los habitantes de la casa estos dijeron sobre él lo siguiente:

[...] era un mulato afeminado que le llamaban *Cotita* que es lo mismo que mariquita. Y que el dicho mulato se quebraba de cintura y que traía atado en la frente de ordinario un pañito que llaman melindre que usan las mujeres. Y que en las aberturas de las mangas de un jubón blanco que traía puesto traía muchas cintas pendientes. Y que se sentaba en el suelo en un estrado como mujer. Y que hacía tortillas y las daba y guisaba. Y le visitaban unos mozuelos a quienes el susodicho llamaba de mi alma, mi vida, mi corazón.

También testificó el indio Tomás de Santiago, quien declaró que hacía tiempo se había quedado en el aposento del mulato, en donde pudo observar como realizaban el pecado nefando el mestizo José Durán y el mozo Jerónimo Calvo.

Las autoridades decidieron continuar la búsqueda del mulato en su nueva dirección. Al hallarla, entraron y sorprendieron “en cueros” no sólo al mulato sino también a José Durán, Jerónimo Calvo, Miguel Jerónimo y Simón de Chávez, quienes fueron llevados de inmediato a la cárcel de Corte.

El tres de octubre se recibió la causa a prueba y se ordenó tomarles su confesión. Al principio, los reos, como indica el expediente, negaron las acusaciones en los careos que se realizaron con Juana de Herrera y Tomás de

⁴³³ AGI, México, 38, N. 57.

Santiago. Al final decidieron confesar que habían cometido el pecado nefando “infinidad de veces con diferentes y muchas personas”. Sólo el mestizo Miguel Jerónimo continuó negando todo, pero los demás involucrados lo culparían.

Con las confesiones recabadas se procedió a aprehender al viejo mestizo Juan de Correa. El anciano, de setenta años, confesó que cometía el pecado nefando desde hacía cuarenta años y su iniciación había sido a los siete años. En el pasado, continuaba, había sido “linda niña y que andaba vestido de mujer con otros hombres y que se holgaban cometiendo el pecado nefando y a las personas referidas y a otros mozuelos les enseñó con las pláticas referidas y gastaba su hacienda y los tenía en su casa diciéndoles que aunque era viejo era muy linda niña y que se había de comer como la rana de cintura para abajo”.

También se averiguó que Juan de Correa, junto con otros ancianos, tenía una casa afuera de la ciudad en donde con frecuencia se reunían con otros mozos y viejos. En estas reuniones “se llamaban niñas y se ponían los nombres de las mujeres hermosas de esta ciudad y en dichas visitas se regalaban unos a otros y cometían el pecado nefando los unos con los otros”.

Ya entrados en detalles, Juan declaró que Miguel Jerónimo, el único reacio a aceptar los cargos, era uno de los participantes en las tertulias, en las cuales era llamado “Zangarriana” porque “era común a todos a semejanza de una mujer de amores que hubo en esta ciudad muy común”.

Pero esta casa no era la única, pues fue descubierta otra perteneciente a un indio llamado Juan Zurrador, quien so pretexto de celebrar a San Nicolás en un oratorio que tenía en su casa, organizaba reuniones en donde los hombres, vestidos de mujer, bailaban y cometían el pecado nefando. A estas citas acudía Juan de Correa, en las cuales era llamado “La Estampa”, en honor a una bella mujer que habitó en la ciudad.

Las indagatorias continuaron y se aprehendieron a otros dos ancianos, al negro Nicolás de Pisa y al español Cristóbal de Vitoria. Este último había negado los cargos, pero terminó por aceptarlos cuando fue careado con Jerónimo Calvo y confesó ser su “guapo” (pareja). Declaró ser sodomita desde hacía más de treinta años e incluso “tenía perdida esta ciudad con las personas a quienes había enseñado a cometer este pecado”.

Otro más de los presos fue el mulato Benito de Cuevas, quien en un principio negó los cargos, pero después confesó que hacía unos días, mientras rezaba su rosario, llegó a su casa un hombre a pedirle que huyera “porque estaban presos sus compañeros por putos”. Al día siguiente, fue a misa a la Catedral en donde pidió a Dios que le “sacase este pecado”, pero al salir fue aprehendido.

Después de esta primera etapa, el total de personas aprehendidas ascendía a diecinueve, quienes fueron analizados por dos cirujanos, quienes concluyeron que “estaban muy usados y corruptos”.

Mientras era realizado el secuestro de sus bienes aconteció un hecho extraño. Le fue hallado a Miguel de Urbina un niño Jesús con la cara, la espalda y las extremidades quemadas. Al ser cuestionado sobre este descubrimiento, confesó que después de haber mantenido relaciones con su mujer, sintió arrepentimiento por no haberlo realizado con el hombre con quien “se comunicaba”. Enojado, “cogió una vela encendida con rabia y pegó fuego al santo niño, el cual quedó con los brazos hinchados y acardenalado y con vejigas. Y con las mismas señales que si se hubiera encendido el fuego en un cuerpo humano”.

La vista de la causa se daría el 23 de octubre, pero desde hacía tres días los abogados de la Real Audiencia habían estado abogando por las partes. Finalmente, de los diecinueve, sólo quince fueron sentenciados: Juan de la Vega, Jerónimo Calvo, Miguel Jerónimo, José Durán, Simón de Chávez, Juan de Correa, Nicolás de Pisa, Cristóbal de Vitoria, Benito de Cuevas, Domingo de la Cruz, Mateo Gaspar, Juan Martín, Miguel de Urbina, Juan de Icita y Lucas Mateo.

Si bien fueron sólo quince los sentenciados, esto no evitó que los nombres de decenas de personas más salieran a relucir: “y culparon a más de ciento y tres reos ausentes indios, mulatos, negros, mestizos y españoles. Y cada uno de ellos tiene el que menos contra si un testigo de vista y otros a dos y otros a tres testigos y otros indicios”, estos otros cómplices serían llamados posteriormente a comparecer por edictos.

De todos los sentenciados, sólo el joven Lucas Mateo, de quince años, se salvó de la hoguera, pero en cambio se le castigó con doscientos azotes y a

pasar seis años de mortero. Además, fue obligado a presenciar el suplicio de sus compañeros.

Hemos visto en este apartado el discurso de unos hombres cuya sexualidad, a los ojos de sus contemporáneos, era extremadamente desviada y debía ser extirpada del mundo. Este crimen, que para algunos autores era el pecado por excelencia, debía ser castigado con las llamas, un castigo reservado tan sólo a los más graves crímenes.

Sin embargo, la singularidad de este asunto (fue el único), así como las referencias a la laxitud del castigo en otras jurisdicciones, nos dejan claro que estos casos eran excepcionales. Aquí la justicia no pudo demorar en su actuación, pues la red de solidaridad que había entre todos los sodomitas se derrumbó fácilmente con la primera aprehensión. Lo que sí debemos entender es que aun con esta coacción, las actividades de estos hombres continuarían cobijadas por la sombra de la clandestinidad.

CAPÍTULO 5

TEOLOGÍA Y DERECHO

Sumario: 5.1. Crimen y pecado; 5.2. La culpa y el dolo; 5.3. El arbitrio judicial y la conciencia del juez; 5.4. La misericordia; 5.5. La naturaleza de la pena

5.1. Crimen y pecado

En los capítulos anteriores observamos la forma en que se conducía la justicia criminal de la Sala del Crimen, una judicatura cuya actuación no se diferenciaba excesivamente de sus símiles de otras latitudes como la castellana y las de Indias, e incluso, podríamos agregar, que tampoco de las demás europeas. Expusimos sus actores, la legislación, la doctrina, los momentos procesales y las conductas que eran juzgadas ante esta justicia secular. Describimos el *ordo iudicarius* desde el ámbito más humano.

Sin embargo, nuestro cuadro aún no ha quedado agotado, pues con estos elementos poseemos solamente un bosquejo de esta jurisdicción. Para descifrar a cabalidad esta justicia debemos observar más allá de las leyes, de los autores y de la actividad jurisdiccional, necesitamos entender los marcos culturales en los que se desenvolvía este sistema. Los cimientos sobre los que se asentaban estas prácticas judiciales estaban en la teología; ella es la última pieza del rompecabezas que precisamos para armar una imagen “casi” definitiva de la justicia penal del Antiguo Régimen en nuestra jurisdicción.

La mirada moderna, como nos señala Paolo Grossi, nos impide comprender a veces los detalles de este edificio medieval e indiano, el cual debe ser entendido antes que nada como una “experiencia jurídica”, es decir, “como un particular modo de vivir el derecho en la historia”. Lograr esta visión no resulta labor sencilla, pues como él mismo nos advierte:

[...] se tratará de percibir un conjunto de valores que la experiencia moderna ha rechazado y desterrado e incluso injuriado, creando por contra en la conciencia del observador un nudo de prejuicios peligrosos y desviados; en segundo lugar (pero no secundariamente), porque se trata de un tiempo histórico fuertemente provisto de su

propia tipicidad, una tipicidad que identifica también de manera intensa el mundo del derecho.⁴³⁴

Así entendido, debemos considerar que esta justicia se estructuraba en una continua tensión con la cultura católica y más en concreto, con la teología. Para Alejandro Agüero la religión en el derecho del Antiguo Régimen, y más en específico en las Indias Occidentales:

[...] proporcionaba no sólo las bases doctrinales de mayor capacidad parenética (desde los textos sagrados hasta los catecismos y manuales para confesores, pasando por el prestigioso saber de los teólogos) sino también las formas institucionales más comunes de socialización y los medios más potentes de difusión (i. e. los sermones) y de control ideológico (i. e. la actividad represora del Santo Oficio).⁴³⁵

Desde la Edad Media se ha señalado la interacción entre ambas ramas del saber por medio de una anécdota que narra el origen común de Graciano y Pedro Lombardo, a quienes se atribuye haber sido concebidos por la misma madre. La historia, seguramente fantástica, nos permite observar la profunda interrelación que existió primeramente en su origen y posteriormente en su desarrollo, un proceso que sólo se dislocó de manera definitiva en el siglo XVIII. No en vano entre Ivo de Chartres y Abelardo existen cerca de trescientas referencias comunes.⁴³⁶

En ambas ramas del saber, existían dos conceptos centrales, dos *alephs* que determinarían las polémicas durante los siglos subsiguientes: el crimen y el pecado. De ellas se desprendieron conceptos que serían discutidos en su desarrollo: el libre albedrío, la imputabilidad y la responsabilidad. No olvidemos el contexto cultural en el cual emergieron estas reflexiones, pues fue durante los siglos XII y XIII cuando se dio un “descubrimiento del individuo”. En esta

⁴³⁴ Paolo GROSSI, *El orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 31.

⁴³⁵ Alejandro AGÜERO, “Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII-XVIII”, en Marta LORENTE y Jesús VALLEJO, *Manual de historia del derecho*, Valencia Tirant lo Blanch, 2012, p. 131.

⁴³⁶ Alain BOUREAU, “Droit et théologie au XIIIe siècle”, en *Annales*, Noviembre-Diciembre de 1992, No. 6, p. 1113. Sobre la relación entre teología y derecho véase: G. R. EVANS, *Law and Theology in the Middle Ages*, Routledge, Londres, 2002; Kurt SEELMANN, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Baden-Baden, Nomos, 1997; SEELMANN, Kurt, “Thomas von Aquin am Schnittpunkt von Recht und Theologie”, en *Luzerner Hochschulreden*, Lucerna, No. 11, 2000; y Frank GRUNERT, “Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria”, en Hans SCHLOSSER, y Dietmar WILLOWEIT, en *Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Colonia, Böhlau, 1999, pp. 313-332; y James Q. WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, Yale University Press, 2008.

época fue traducido el *Tratado del Alma* de Aristóteles, por lo cual se debatiría fuertemente sobre las nociones de alma, cuerpo y voluntad.⁴³⁷

Pecado y crimen tendrían entonces un origen común, casi indiferenciado, pues uno (el pecado) constituía el género, mientras que el otro (el crimen) era la especie. Por lo menos así lo continuaba aseverando Sebastián de Covarrubias en el siglo XVI: “pecado significa toda desviación, o bien disminución, a las obras debidas en lo natural o en lo moral”.⁴³⁸ Con respecto al crimen, le asignaba casi idéntico significado y lo denominaba “pecado grave [...] dice más que delito”.⁴³⁹ Incluso Thomas Hobbes se atrevía a realizar una idéntica aseveración: “Delito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de lo que la ley prohíbe, o en la omisión de lo que ordena. Así pues, todo delito es un pecado: en cambio, no todo pecado es un delito”.⁴⁴⁰

Como bien nos ha explicado Bartolomé Clavero: “pecado no es asunto de teología, o de moral si se quiere, y delito de justicia, sino ambos de ambas, de la ley con todo su despliegue: ley eterna, ley divina positiva, ley natural. El pecado y el delito se conocen por la ley última, la humana más positiva, pero no porque en ésta se determine, sino porque en ella se registra la determinación de los grados anteriores”.⁴⁴¹

Todavía en los siglos XVI y XVII, Tiberio Deciano indicaría la similitud de ambas palabras: “El crimen propiamente dicho es pecado”⁴⁴², mientras que para Gilhavsén: “El delito es el nombre general [...] y como género comprende a todos los pecados, tanto voluntarios como involuntarios”.⁴⁴³

⁴³⁷ Alejandro MORIN, “Pecado e individuo en el marco de una antropología cristiana medieval”, en *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d'Auxerre*, No. 2, 2008, p. 2.

⁴³⁸ Sebastián de COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Melchor Sánchez, 1611, Vol. II, p. 136v.

⁴³⁹ *Ibidem*, Vol. I, p. 169v.

⁴⁴⁰ Thomas HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2ª. ed., 2000, p. 239. En el mismo sentido: Jorge TRASLÓSHEROS HERNÁNDEZ, “El pecado y el delito. Notas para el estudio de la justicia criminal eclesiástica en la Nueva España del siglo XVII”, en *Alegatos*, No. 58, Septiembre-Diciembre de 2004, p. 373.

⁴⁴¹ Bartolomé CLAVERO, “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”, en Bartolomé CLAVERO y *et al*, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, p. 66.

⁴⁴² Citado por Enrique ÁLVAREZ CORA, “La definición del delito entre los siglos XVI y XVII”, en *Ius Fugit*, No. 19, 2016, p. 44.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 48.

El pecado, al igual que el crimen, representaba el rompimiento del orden, de la ley humana y natural, era un acto que atacaba directamente los mandamientos de Dios. Santo Tomás lo explicaba de este modo: “el pecado no es otra cosa que un acto humano malo”, es decir, se convierte en malo “por carecer de la debida medida”. Y esta medida del acto era doble: una próxima (la razón humana) y la ley eterna (la razón de Dios).⁴⁴⁴ Idéntica definición tenía presente Gerson en el siglo XIV cuando indicaba que “todo pecado es una ofensa en contra de Dios y en contra de su ley eterna”.⁴⁴⁵

De esta forma, el pecado y el crimen deben entenderse en relación con la capacidad volitiva de los individuos para actuar, es decir, la voluntad del hombre para decidir sobre sus acciones. Desde San Agustín, el acto perverso era la manifestación más notable de un acto voluntario: “el pecado es un mal voluntario, que de ningún modo sería pecado si no tuviese su principio en la voluntad”.⁴⁴⁶ En el mismo sentido se manifestaba el Digesto: “la voluntad y el propósito del delincuente distinguen los delitos”.⁴⁴⁷

La obra de Santo Tomás fue vasta en intentar explicar el acto humano y su voluntad en relación con el pecado. Para él, el origen del pecado se encontraba en la voluntad del acto porque:

[...] la facultad por la cual somos dueños de nuestros actos es la voluntad, todo lo que ha sido puesto en nuestro poder se llama voluntario. Por este motivo, todo pecado es necesariamente voluntario, en la medida en que se identifican el pecado y la culpa, puesto que, si el pecado se toma en una acepción más amplia, se encuentra en todas las cosas que obran por un fin, ya sea que obren por voluntad, ya sea que obren por necesidad de la naturaleza, cuando su acto se desvía del bien debido.⁴⁴⁸

De este modo, diferenciaba tres tipos de actos de los seres: los que actuaban sin juicio (la piedra que cae); quienes actuaban con juicio previo, pero

⁴⁴⁴ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, Madrid, Vol. II, 1994, pp. 558-559. Tampoco olvidemos que desde el concilio milenario, de 402, se había establecido la distinción entre pecado venial y mortal.

⁴⁴⁵ Citado por José JIMÉNEZ FAJARDO, *La esencia del pecado venial en la segunda edad de oro de la teología escolástica*, Facultad Teológica de la Compañía de Jesús, Granada, 1944, p. 26.

⁴⁴⁶ San Agustín de HIPONA, *De la verdadera religión*. Disponible en: <http://www.dfists.ua.es/~gil/de-vera-religione-esp.pdf>. [Consultado el 26 de marzo de 2017]

⁴⁴⁷ D. 47.2.53.pr.

⁴⁴⁸ Santo Tomás de AQUINO *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*, EUNSA, Pamplona, 2005, p. 580.

no libre (la oveja que huye del lobo por instinto natural); y el hombre, quien obra mediante el juicio y además puede decidir entre varias posibilidades.⁴⁴⁹

Respecto al pecado, Santo Tomás declaraba la existencia de tres tipos: pensamiento, palabra y obra, las cuales, más que especies, constituían “grados”, y todos en suma conformaban “una especie única perfecta de pecado”, tal y como acontecía en los pecados de lujuria.⁴⁵⁰

En lo relativo a su diferencia con el crimen, los decretalistas distinguirían así entre *forum externum*, en el que determinados hechos con escándalo pertenecían a las penas, del *forum internum*, que daba lugar a la penitencia sacramental. Esto es, la materialidad del delito, su exteriorización en el mundo externo, lo diferenciaría (pero no siempre) del pecado. Pedro Murillo se adhería esta opinión y expresaba: “un delito puramente interno, nunca es castigado en el fuero externo [...] porque éste sólo tiene a Dios como vengador. Pero, el intento expresado ya con alguna acción externa debe ser castigado”.⁴⁵¹

La salvación en el foro externo se lograba a través de la pena, es decir, de la expiación de los crímenes. Pero el foro interno quedaba a salvo del castigo ya que no se objetivaba y sólo a los ojos de Dios podía ser castigado. Las *Partidas* también hacían eco de esta aseveración:

Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los homes de manera que se afirman en aquello que piensan para cumplirlo por fecho; et despues deso asuman que si lo cumpliesen que fazen mal, et repientense. Et por ende decimos que qualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes.⁴⁵²

Vemos entonces que para una distinción clara entre pecado y crimen se atendía casi siempre a la exteriorización de la voluntad. En una obra tan importante como la legislación alfonsí las diferencias resultaban tenues, pues eran varias las referencias a los pecados como crímenes, pero una Partida dejaba en claro la cercanía semántica de ambos conceptos: “crimen en latín tanto quiere decir como pecado de género, que los homes facen errando la

⁴⁴⁹ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica* [...], Vol. I, pp. 753-754.

⁴⁵⁰ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica* [...], Vol II, p. 568.

⁴⁵¹ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-EI Colegio de Michoacán Vol. IV, 2005, p. 237.

⁴⁵² *Partida* 7, 30, 2.

carrera por do deben ir para clamar amor a Dios et haciendo las cosas que a el peçan".⁴⁵³

Este era el cuadro en el que se desenvolvía el derecho penal del Antiguo Régimen, en los siguientes apartados analizaremos otros elementos que le otorgaban lógica a este sistema.

5.2. La culpa y el dolo

Desde un ámbito más jurídico, durante el siglo XIII, la "resemantización" de algunos conceptos del derecho romano generó la redacción de los primeros tratados criminales: *Tractatus criminum* y el *De criminalibus causis*, los cuales eran producto de una labor interpretativa de los tratadistas a los libros 47 y 48 del Digesto y el 9 del Código. Sin embargo, el primer gran tratado criminal propiamente dicho fue el de Alberto Gandino, *Tractatus de Maleficiis*, aparecido en 1287 y en el que comparaba al derecho romano con el derecho municipal.⁴⁵⁴

En este ámbito, los cuestionamientos sobre la voluntad del reo tuvieron su traducción en la figura del dolo y la culpa, conceptos que abordamos de manera breve en los capítulos anteriores, pues en todo acto criminal debía existir un *animus* o *cogitatio* para imputar a alguien la acción.

Podemos decir que el derecho altomedieval se caracterizó por una preponderancia del resultado del acto culpable, sin reparar en la voluntad del criminal. Sin embargo, en los años posteriores la doctrina acentuó las diferencias. En el caso de Francia, nos indica Carbasse, a un nivel más práctico y alejado de la teoría, las costumbres meridionales distinguían el *scienter* (conocimiento de causa) y el *proposito* (intención deliberada).⁴⁵⁵

En España, la situación tampoco variaba mucho, pues el derecho consuetudinario castellano rara vez seguía la distinción doctrinal de dolo y culpa. Ahí, el elemento objetivo, es decir, el daño ocasionado a la persona, desempeñaba un papel importante para determinar la pena, no así el elemento subjetivo, o la voluntad del sujeto.

⁴⁵³ *Partida* 1, 4, 64. Para un entendimiento de la noción de pecado en las Partidas véase: Jerry R. CRADDOCK, "Los pecados veniales en las Partidas y en el Setenario: dos versiones de Graciano, Decretum D.25 c.3", en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, Instituto de Derecho Común-Universidad de Murcia, No. 3, 1992, pp. 103-116.

⁴⁵⁴ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, París, Presses Universitaires de France, 2ª ed., 2006, pp. 136-140.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 247.

José Orlandis detectó muy bien como a mediados de los siglos XIII y XIV apareció el elemento de la voluntad en algunos fueros y en delitos como el de traición. Igualmente, la ausencia de intención era un elemento que englobaba a crímenes que violaban treguas, fianza de salvo, la paz especial y la muerte del enemigo por la parte ofendida cuando hubieran ya pactado una reconciliación.⁴⁵⁶

La figura del dolo tuvo su origen en el derecho civil romano, cuya definición fue aportada por el jurista Labeón: “dolo malo es toda astucia, falacia, o maquinación empleada para sorprender, engañar, o defraudar a otro”.⁴⁵⁷ Sin embargo, como nos advierte él mismo, el dolo se adjetivó como “malo” en esta definición, puesto que también existía un dolo “bueno”, es decir, “la astucia, mayormente si alguien maquinase una cosa contra el enemigo o el ladrón”.⁴⁵⁸

En el caso del dolo malo, sí había consecuencias legales y la persona engañada podía oponer la *actio doli*, pero en el caso del dolo bueno, éste no producía consecuencias legales.⁴⁵⁹ En la Edad Media, sin embargo, la palabra adquirió otras connotaciones y comenzó a ser utilizada no solamente en el ámbito civil, sino también en la materia criminal.⁴⁶⁰

Por su parte, la “culpa”, también tenía sus orígenes en el derecho romano, el cual la definía de manera negativa: “No existe la culpa si todo fuera realizado de manera cuidadosa como tendría que haber sido.”⁴⁶¹ *Culpa* y *dolus* se convirtieron así en los elementos centrales del desarrollo del nuevo derecho penal.

El dolo, en un principio, parece haber conservado en la Edad Media su sentido original del derecho romano, tal y como lo definía Baldo de Ubaldi: “el

⁴⁵⁶ José ORLANDIS, “Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 16, 1945, pp. 112-192; y “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 18, 1947, pp. 61-165.

⁴⁵⁷ D. 4.3.1.2.

⁴⁵⁸ D. 4.3.1.3.

⁴⁵⁹ Adolf BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953, p. 440; y Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 664-677.

⁴⁶⁰ Los juristas medievales también lograrían una nueva conceptualización del dolo civil con la adhesión del *dolus causam dans* y del *dolus incidens*. Reinhard ZIMMERMANN, *The law [...]*, pp. 670-672.

⁴⁶¹ D. 19.2.25.7.

dolo es la malicia en ocasionar a otro un daño”.⁴⁶² Por su parte, Bártolo definiría a la culpa de la siguiente forma: “culpa es la desviación, por la diligencia del hombre, de aquello que es bueno pudiendo haberlo prevenido”.⁴⁶³

Quizás quien mejor ha explicado las diferencias y similitudes entre los conceptos jurídicos y teológicos anteriormente mencionados fue el padre Villalobos, en un breve y conciso párrafo (que por su importancia transcribimos):

La culpa teológica se llama el pecado, ora sea mortal, o venial. La jurídica es lo mismo que falta de diligencia, [...] Divídese esta culpa en dolo y culpa simple. Dolo se llama: *machinatio, seu vircunuetio adhibita ad decipiendum, seu fallendu alium*. [...] de suerte que es querer de propósito engañar al prójimo: y si esto se hace con palabras llámase, *fallatia*, y si se hace con obras se llama, *fraus*, y algunas veces el dolo es verdadero, y claro, y llamase, *culpa latissima*, otras veces es presunción, y llámase, *culpa latior*.

La culpa simple se llama, la que se comete por ignorancia, o por negligencia, y no por malicia; ni engaño: y esta es en tres maneras, lata, o grave, leve, y levisima. Lata es la que es regular [...] Culpa leve es, la que suelen evitar los hombres [...] Culpa levisima es la que suelen evitar los hombres diligentísimos [...] Caso fortuito excluye toda culpa, porque es aquel que se puede prevenir.⁴⁶⁴

Estas discusiones sobre el acto culpable produjeron nuevos cuestionamientos como el de la omisión y si de ella podía nacer una responsabilidad penal. Sobre ello, Santo Tomás había concluido que sí podía existir: “unas veces sin acto exterior, aunque con acto interior, como cuando quiere no actuar, otras incluso, sin acto interior, como cuando no quiere”.

La solución para los demás tratadistas sería que sí podía derivarse una responsabilidad de una omisión, y distinguirían, utilizando un lenguaje moderno, los crímenes de omisión simple de los de comisión por omisión. En este último se supone la violación de un deber legal de abstención. Sin embargo, ante esta posibilidad, los juristas se encontraron con la dificultad de

⁴⁶² Citado por Woldemar ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, Duncker und Humblot, Leipzig, 1895, p. 38.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶⁴ Enrique de VILLALOBOS, *Summa de la theología moral y canónica*, Barcelona, Sebastián de Cormellas, 1636 pp. 165-166.

probar la intención en la omisión.⁴⁶⁵ Tiraquellus, por su parte, diría que era más virtuoso realizar una culpa “no haciendo” que “haciendo”.⁴⁶⁶

En el caso del desistimiento voluntario de la acción criminal, los autores indicaban que si el acto había sido ya consumado, no se producía ningún efecto, a excepción del crimen de herejía. En algunas injurias no atroces y en ciertos casos de robo, la pena podía ser atenuada.⁴⁶⁷

Respecto a la tentativa, la doctrina se inclinaba en general por la atenuación de los crímenes sin embargo, como explicaba Julio Claro, había algunas excepciones, como en los delitos atroces pero, sobre todo, en los asuntos de lesa majestad.⁴⁶⁸

También existían algunas dudas al momento de establecer la responsabilidad cuando en un crimen intervenían varias personas. Así, André Laingui nos señala sobre este punto que había dos formas de graduar la responsabilidad. Una primera en la cual se equiparaba al cómplice con el autor principal, y una segunda, en la que se le sentenciaba de acuerdo a su participación en el acto.⁴⁶⁹

Estos conceptos, tomados de manera aislada, tenían sus limitantes y precisaban de otras categorías auxiliares que permitieran ayudar a resolver los asuntos, ya que en ellos no había existido la voluntad, hipótesis que impedía al juez castigar al reo. Fue así como las nociones de *error* e *ignorantia* serían frecuentemente utilizadas para excluir la responsabilidad penal del reo.

Como bien nos indica Franck Roumy, las opiniones de los juristas medievales sobre el tema resultan ser contradictorias en este punto, sin embargo, parece ser que el consenso historiográfico actual es la prevalencia de que “la ignorancia de la ley no eximía de su cumplimiento”.⁴⁷⁰

Llamamos la atención de estos dos tópicos, pues en el momento parecía haber confusión entre error e ignorancia. La ignorancia era así la ausencia de

⁴⁶⁵ André LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI-XVIII siècle)*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970, pp. 110-126.

⁴⁶⁶ André TIRAQUELLUS, *De poenis temperandis [1559]*, Trad. André Laingui, París, Economica, 1986, p. 238.

⁴⁶⁷ André LAINGUI, *La responsabilité [...]*, pp. 139-141.

⁴⁶⁸ Julio, CLARO, *Opera Omnia, sive practica civilis atque criminalis*, Lugduni, Ioannem Pavihe, Vol. 2, 1661, p. 341.

⁴⁶⁹ André LAINGUI, “La théorie de la complicité dans l'ancien droit penal”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, No. 27, 1977, p. 27.

⁴⁷⁰ Franck ROUMY, “L'ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XIIe-XIIIe siècles”, en *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, No. 7, 2000, p. 3.

conocimiento, mientras que el error implicaba un conocimiento inexacto, tal y como lo definía la Glosa Magna: “La ignorancia consiste en aquello que se debería saber y no se sabe [...] el error consiste en pensar diferente de lo que en realidad es.”⁴⁷¹ Un jurista tan importante como Azo iría más allá para realizar una cuádruple distinción: error, ignorancia, desconocimiento y excitación.⁴⁷²

Las diferencias podían ser múltiples, como la ignorancia de hecho y la de derecho o la ignorancia del derecho natural y del derecho civil; en esta última cabía distinguir la ignorancia del *delictum* de la del *negotium*.⁴⁷³ También podían presentarse los casos de la ignorancia de la ley por parte del extranjero o del rústico.

Respecto al extranjero, su caso era muy importante entre la comunidad jurídica, debido al constante movimiento de personas en entidades territoriales cuyas leyes diferían a veces entre ciudades vecinas. La mayoría de los tratadistas se inclinaban por indicar que la ignorancia no operaba en el caso de una infracción al derecho divino, natural y, en algunos casos, el derecho de gentes, pero sí podía ser atendida en el caso de los estatutos y reglamentos de policía, mas era temporal.⁴⁷⁴

Tiraquellus, al abordar el tema en su obra y con base en su lectura del Digesto, decía que la realización de un acto criminal por ignorancia, por regla general, debía ser castigado. En consecuencia, no podía ser completamente excusado de su culpa, sin embargo, preveía una posibilidad para su salvación: el juez debía “usar la clemencia y perdonarle la mayoría de las veces”.⁴⁷⁵

De este modo, el autor francés consideraba que la ignorancia (junto con la rusticidad y la simpleza) no operaban como excusas del crimen, ya que se trataba de actos contrarios al derecho natural, y enumeraba los casos por los cuales la ignorancia no funcionaba como excusa: si había tenido lugar en materia civil notoria e indubitable; en los actos que no tenían apariencia de honestos; cuando fueran cometidos en secreto; cuando el delincuente se contradecía en su testimonio; cuando el acusado se presentaba como *rusticus sagax*; en el caso de principios introducidos con el fin de asegurar la

⁴⁷¹ Citado por André LAINGUI, *La responsabilité [...]*, p. 81.

⁴⁷² Franck ROUMY, “L’ignorance [...]”, p. 4.

⁴⁷³ *Ibidem*, pp. 5-6.

⁴⁷⁴ André LAINGUI, *La responsabilité [...]*, pp. 90-92

⁴⁷⁵ André TIRAQUELLUS, *De poenis [...]*, p. 85.

observación rigurosa del derecho; en el caso de principios introducidos con el fin de otorgar carácter solemne a un acto; y cuando un rústico habiendo tenido la oportunidad de consultar a un sabio no lo hubiere hecho.⁴⁷⁶

Con respecto a la calidad de la persona, ya decíamos con anterioridad que eran varias las hipótesis por las cuales se atenuaba la responsabilidad de los reos. Así, desde el derecho romano se consideraba a los *demens* y *furiosus* no sujetos a la responsabilidad penal. Graciano también consideraba imposible que un demente cometiera un delito y para ello se apoyaba en una glosa de Ulpiano: “Y por esto preguntamos, si un furioso hubiere causado el daño, habrá la acción de la Ley Aquilia? Y Pegaso dijo que no; porque qué culpa habría en él, no estando en su juicio. Y esto es muy verdadero.”⁴⁷⁷

Especial atención reviste en este punto el caso de las personas “rústicas” y “miserables”, pues estas figuras serían muy utilizadas en las Indias como medio de protección jurídica de los indios.⁴⁷⁸ Los rústicos eran, de acuerdo con Bártolo, “los hombres que habitan fuera de los muros de las ciudades o los castillos”.⁴⁷⁹ Una característica de estos individuos era su “ignorancia” extrema para reconocer ciertos convencionalismos.

Santo Tomás los disculpaba por su ignorancia, ya que carecían de conocimiento, se trataba, en sus palabras, de una ignorancia “invencible” que podía superarse por el estudio. Así, esta ignorancia originaria impedía una aplicación estricta del derecho, como lo indicaba Alfonso de Castro: “la ignorancia invencible del derecho excusa del pecado”.⁴⁸⁰ Recordemos la frecuencia en los litigios de apelar constantemente a la “miseria” e “ignorancia” del indio.

Por lo que respecta a los miserables, esta figura apareció en la obra de Constantino en 334 y en un principio estuvo limitada a los discapacitados. Sin

⁴⁷⁶ *Ibidem*, pp. 86-88.

⁴⁷⁷ D. 9.2.5.2.

⁴⁷⁸ Véase Thomas DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ‘ius singulare’ und den ‘privilegia miserabilium personarum, senum’ und ‘indorum’ in Alter und Neuer Welt*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 2008.

⁴⁷⁹ Antonio Manuel HESPANHA, *Imbecillitas. As bem-aventuracas da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, Sao Paulo, UFMG, 2008, p. 109.

⁴⁸⁰ Alfonso de CASTRO, *De potestate legis poenalis*, Lovanii, Ex officina Antonii Maria Bergagne Bibliop. Iurat, 1557, f. 168. También el padre Villalobos excusaba esta ignorancia: “Y si se pregunta, qué obligación tiene, el que tiene conciencia errónea? Respondo que si es invencible no tiene obligación ninguna, mas si es vencible, tiene obligación a procurar salir de ella”. Enrique de VILLALOBOS, *Summa [...]*, pp. 2-3.

embargo, en la baja Edad Media la institución se amplió para acoger también a los pobres. Y dicha premisa de pobreza sería importante para los juristas posteriores para determinar quién encajaba como miserable.⁴⁸¹

Hasta aquí hemos podido observar cómo se configuró en el pensamiento jurídico del Antiguo Régimen la voluntad como la piedra de toque para establecer la responsabilidad en los crímenes y en los pecados. La actualización de las hipótesis anteriormente descritas no operaban en automático, pues precisaban ser ponderadas, por un tercero, es decir, por un juez, el cual determinaba la sentencia correspondiente al caso concreto. Llegamos así a la parte central sobre la cual descansaba el engranaje judicial del Antiguo Régimen, un juez que representaba la vitalidad del sistema, y quien en palabras de Aristóteles era una auténtica “justicia animada”.

5.3. El arbitrio judicial y la conciencia del juez

El juez era sin duda la pieza más importante dentro del ajedrez jurídico del Antiguo Régimen, a él, como imagen justiciera del rey, correspondía juzgar. Pero ¿qué lo legitimaba para esta labor? Para Laingui, en el Antiguo Régimen, el poder de juzgar estaba legitimado por el carácter voluntario del pecado.⁴⁸² En lo que respecta a los teólogos estos encontrarían la solución en las sagradas escrituras: “constituirás jueces y maestros en todas tus puertas para que juzguen al pueblo con justo juicio”.⁴⁸³

Como adelantábamos en líneas anteriores, el juez, al momento de juzgar, se encontraba con un marco jurídico más flexible delimitado a veces por su prudencia, por lo cual “la disparidad de las fuentes del derecho y la correspondiente inseguridad jurídica exigían una *poiesis* jurídica muy particular, basada en probabilidades y no seguridades, guiada por la prudencia”.⁴⁸⁴ Y prudencia era la que se precisaba ante un mar, a veces inagotable y aparentemente contradictorio, de legislación y doctrina.

⁴⁸¹ Francisco J. ANDRÉS SANTOS y Luis C. AMEZCUA AMEZCUA, “La moderación de la pena en el caso de las *personae miserabilis* en el pensamiento jurídico hispano-americano en los siglos XVI y XVII”, en *Revista de Historia del Derecho*, Enero-Junio de 2013, pp. 247-248.

⁴⁸² André LAINGUI, “Theologie morale, casuistique et droit pénal. Le juge criminel dans la Somme Theologique de Saint Thomas d’Aquin”, en *Houd voet bij Stuk*, Lovaina, F. Stevens-D. Van den Auweele, 1990, p. 502.

⁴⁸³ Deuteronomio, 16:18.

⁴⁸⁴ Thomas DUVE, “Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, No. 35, 2007, p. 198.

Era aquí en donde entraba en escena el arbitrio judicial el cual, según palabras autorizadas, “era el pivote del sistema penal y de la teología moral”,⁴⁸⁵ o bien, constituía el “dispositivo del sistema”.⁴⁸⁶ Como nos recuerda Wim Decock, el “*ordo iudiciorum* fue un concepto relativo y no absoluto, que era constantemente redefinido en la práctica. En el derecho natural y la equidad estaban los fundamentos del poder discrecional del juez, ellos también definían sus límites. El *arbitrium* del juez no podía ir en contra de los principios del derecho natural y permanecía sujeto a la equidad”.⁴⁸⁷

La palabra, parece tener a simple vista una connotación negativa, es decir, de otorgar un poder absoluto al juez, sin embargo, no fue sino hasta el siglo XVIII cuando la palabra arbitrio tomó un sentido desfavorable “sinónimo de capricho, de fantasía y por lo tanto de injusticia”.⁴⁸⁸ Fenómeno no exclusivo de Europa, sino que también halló réplica en tierras mexicanas.

En el caso de las Indias, su análisis se torna imprescindible para comprender la dinámica judicial que acontecía en estas tierras. Sólo recordemos que en la casuística anteriormente expuesta había una clara discrepancia entre lo indicado en la legislación criminal y lo expresado en las sentencias judiciales. Es en esta interacción en donde podemos observar de manera indirecta la labor de los jueces y de su arbitrio judicial.⁴⁸⁹

Dar una definición sobre el *arbitrium* resulta bastante difícil, escollo que se deriva de la lectura de las fuentes mismas, en donde el significado del arbitrio no era tan importante.⁴⁹⁰ Sin embargo, algunos juristas como Baldo de Ubaldí se atrevían: “arbitrio es la protección de la equidad en el derecho natural, de gentes o civil”.⁴⁹¹

⁴⁸⁵ André LAINGUI, “Théologie morale [...]”, p. 499.

⁴⁸⁶ Massimo MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán, Giuffré Editore, 1998, p. 309.

⁴⁸⁷ Wim DECOCK, “The Judge’s Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness”, en Georges MARTYN, Anthony MUSSON, y Heikki PIHLAJAMÄÄKI, *From the Judge’s Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlín, Duncker and Humblot, 2013 p. 78.

⁴⁸⁸ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit penal et de la justice criminelle*, París, Presses Universitaires de France, 2ª ed., 2006, p. 226.

⁴⁸⁹ Bernardino BRAVO LIRA, “Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación”, en *Revista de Historia del Derecho*, No. 28, 1991, pp. 7-22.

⁴⁹⁰ Massimo MECCARELLI, *Arbitrium [...]*, p. 3.

⁴⁹¹ Baldi PERUSINI, *In Decretales Subtilissima Commentaria*, Venecia, Apud Bernardinum Maionirum, 1571, No. 13, p. 244.

Por nuestra parte, podemos decir, glosando al profesor Carbasse, que se trataba del derecho que tenían los jueces de arbitrar las penas, es decir, escoger en cada asunto la sanción más acorde a las exigencias del caso.⁴⁹² Se destaca entonces la adecuación o actualización constante del juez para el caso concreto, es decir, un espíritu que va a contracorriente de la literalidad de la ley.

El arbitrio tenía así una función hermenéutica consistente en una posterior definición del *ius* y colocada siempre a disposición de la *interpretatio*. Se trataba, en síntesis, de un poder interpretador y productor de derecho, pues la norma, por si misma, resultaba insuficiente.⁴⁹³

Santo Tomás recordaba en su obra que una característica de las leyes era su “imperfección”, de forma tal que no existía ley alguna que no fallara en “algún caso concreto”. Ejemplificaba esta característica nociva con la devolución de los depósitos, acto que la ley estipulaba como obligatorio, pero existían casos en que era imposible realizarlo, como cuando un loco pedía la devolución de su espada o cuando alguien lo hacía con la intención de dañar a la patria. En estos asuntos era pernicioso seguir la literalidad de la ley, por lo que concluía Santo Tomás: “lo bueno es, dejando a un lado la letra de la ley, seguir lo que pide la justicia y el bien común, y a esto se ordena la epiqueya”, sobre la cual dirá más adelante, “es como una norma superior de los actos humanos”.⁴⁹⁴

Encontramos aquí a la *epiqueya* como una de las guías y límites en la actuación del arbitrio judicial, sobre la cual nos dice Paolo Grossi que era una “verdadera norma constitucional no escrita”.⁴⁹⁵ En este punto, no debemos olvidar que el arbitrio va ligado de manera circular y necesaria a otros tres conceptos: *aequitas*, *iustitia* y *ratio*. Sin ellos no puede hablarse de verdadero arbitrio.⁴⁹⁶

La epiqueya era traducida como *aequitas*, y su valor como faro en el *ius commune* también era indudable. Así lo percibió Honorio II en el siglo XII cuando estableció que “la distinción no se hace desde la ley, sino desde la

⁴⁹² Jean-Marie CARBASSE, *Histoire [...]*, p. 226.

⁴⁹³ Massimo MECCARELLI, *Arbitrium [...]*, pp. 318-319.

⁴⁹⁴ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, Vol. IV, pp. 293-294.

⁴⁹⁵ Paolo GROSSI, *El orden [...]*, p. 215.

⁴⁹⁶ Massimo MECCARELLI, *Arbitrium [...]*, p. 15.

equidad del canon”.⁴⁹⁷ Vemos entonces que la función de la equidad, o *epiqueya*, era integradora, por lo menos así lo advertía igualmente Baldo de Ubaldi: “El buen y equitativo arbitrio es aquél que se realiza conforme a derecho y al cual la ley reputa bueno y equitativo”.⁴⁹⁸

Durante los debates medievales, uno de los varios problemas al que se enfrentaron los juristas fue el tratar de indicar el procedimiento penal que regiría, toda vez que las fuentes romanas sobre las cuales argumentaban estaban superpuestas e iban del sistema acusatorio de la República al inquisitorial del Imperio, pero ¿cuál era la base de esta distinción? La respuesta era difícil pues sólo se atendía al sentido procedimental del término. La respuesta que daban las normas es que éstas podían ser muy rígidas⁴⁹⁹ o muy flexibles.⁵⁰⁰

De esta forma, para Schnapper, en la lectura de las fuentes romanas existía una colisión de dos principios contrarios: la pena fija que podía ser excepcionalmente corregida, frente al arbitrio que se ejercía y que permitía a los jueces tener en cuenta las circunstancias del caso.⁵⁰¹

Fue así como ante estos cuestionamientos que desde el siglo XII los glosadores elaboraron su teoría sobre el *arbitrium* a partir de la glosa de antiguos textos del derecho romano como la Ley Hodie⁵⁰², *Quid Ergo*⁵⁰³ y *Et si*

⁴⁹⁷ Citado por Paolo GROSSI, *El orden [...]*, p. 211.

⁴⁹⁸ Citado por Massimo MECCARELLI, *Arbitrium [...]*, p. 330.

⁴⁹⁹ D. 48.16.1.4: “Una u otra de estas dos cosas se expresa en las mismas palabras del fallo; porque si ciertamente hubiere fallado así: ‘no probaste’, le perdonó; mas si falló ‘calumniaste’, lo condenó. Y aunque nada hubiere añadido respecto a la pena, se aplicara, sin embargo, contra él la autoridad de la ley; porque, como respondió Papiniano, la cuestión de hecho está ciertamente al arbitrio del juzgador, pero la aplicación de la pena no está encomendada a la voluntad de éste, sino reservada a la autoridad de la ley”.

⁵⁰⁰ D. 3.2.13.7: “La pena impuesta, más grave de lo que previene la ley, conserva la estimación, según se ha establecido, y respondido: por ejemplo, si al que debió ser multado en parte de sus bienes lo hubiere relegado el presidente, se deberá decir, que se transigió con él por sentencia más dura sobre su estimación, y que por lo tanto no es infame. Mas si en causa de hurto no manifiesto el juez condenó en el cuádruplo, ciertamente que el reo fue gravado con aumento de pena –porque por hurto no manifiesto debió ser demandado por el duplo–, pero esto no le conservó su estimación, aunque, si le hubiese gravado con pena no pecuniaria, parece que transigió con él.

⁵⁰¹ Bernard SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrines savante et usages français)*, París, Librairie Générale de droit et Jurisprudence, 1974, p. 25.

⁵⁰² D. 48.19.13: “Hoy le es lícito al que extraordinariamente conoce de un crimen proferir la sentencia que quiere, o más grave, o más leve, de suerte que en uno y en otro caso no se exceda de lo que es razón”.

⁵⁰³ D. 3.2.13.7: “La pena impuesta, más grave de lo que previene la ley, conserva la estimación, según se ha establecido y respondido; por ejemplo, si al que debió ser multado en parte de sus bienes lo hubiere relegado el Presidente, se deberá decir, que se transigió con él por sentencia más dura sobre su estimación, y que por lo tanto no es infame”.

Severior.⁵⁰⁴ En un sentido literal, la ley *Hodie* sólo permitía el arbitrio del juez en los crímenes extraordinarios, los cuales nunca tenían una pena legal establecida. Por consiguiente, en sus razonamientos, el juez debía valorar las siguientes circunstancias: causa, persona, lugar, tiempo, calidad, cantidad y resultado.⁵⁰⁵ Posteriormente, en el Concilio de Letrán de 1215 se afirmarían estos criterios al momento de establecer la penitencia a los feligreses: “El sacerdote, por su parte, sea discreto y cauto [...] inquiriendo diligentemente las circunstancias del pecador y del pecado, por las que pueda prudentemente que consejo haya de darle y que remedio, usando de diversas experiencias para salvar al enfermo”.⁵⁰⁶

En el derecho canónico, nos cita Schnapper, desde Alejandro III se impuso el arbitrio de los confesores en la penitencia. Para el delito que no tuviera pena su solución se haría mediante el arbitrio. En idéntico sentido, Inocencio IV diría más tarde que los jueces podían transgredir la ley.⁵⁰⁷ Mientras que Yvo de Chartres, indicaba que “todo doctor eclesiástico debería interpretar o moderar las reglas eclesiásticas [...] tal y como dijo el bendito San Agustín al tratar la disciplina eclesiástica: ten caridad en lo que tú hagas, si corriges hazlo con caridad, si perdonas hazlo con caridad”⁵⁰⁸

Santo Tomás expresaría estas novedades en su obra al indicar que el juez debía siempre realizar estos cuestionamientos al momento de resolver: *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo y quando*. Incluso para un jurista como Bártolo, el juez debía atemperar las penas aun en el caso de la existencia del dolo.⁵⁰⁹

En la situación de que se intentara condenar a un hombre únicamente con base en presunciones, Tiraquellus señalaba que el juez debía valorar siempre, en favor del acusado, el parentesco con la víctima, la amistad, las buenas relaciones precedentes y la causa del acto. Todos estos elementos servirían para mitigar la pena, siempre bajo el arbitrio del juez.⁵¹⁰

⁵⁰⁴ C. 2.12.3.

⁵⁰⁵ D. 48.19.16.

⁵⁰⁶ Jean DELUMEAU, *La confesión y el perdón*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 89-107.

⁵⁰⁷ Bernard SCHNAPPER, *Les peines [...]*, pp. 27-28.

⁵⁰⁸ Citado por Cristof ROLKER, *Canon Law and The Letters of Ivo of Chartres*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 165.

⁵⁰⁹ Citado por Jean-Marie CARBASSE, *Histoire [...]*, p. 248.

⁵¹⁰ André TIRAQUELLUS, *De poenis [...]*, pp. 105-106.

Los límites de éste eran claros: no se podía condenar a pena libremente, tampoco a la muerte sin texto, ninguna condena en casos de prueba insuficiente y ningún tipo de castigo sin texto.⁵¹¹ Así, un asunto al que los juristas prestarían especial atención sería al de los límites superiores del arbitrio. Como bien indica Carbasse, sus límites eran menos jurídicos que morales, pues el juez ejercía su labor bajo la mirada de Dios, es decir, debía hacer prevalecer la justicia por encima del derecho.⁵¹²

Los juristas se preguntaban entonces si era posible condenar a muerte a un acusado ante la ausencia de un texto formal. En el siglo XIV Bártolo y Baldo clamaban porque sí, mas sólo en los casos no previstos por el derecho romano y si la gravedad del asunto lo demandaba.⁵¹³ Julio Claro se manifestaba por prohibir al juez la imposición de la pena perpetua de cárcel y la de muerte, aun cuando tuviera arbitrio.⁵¹⁴ Pedro Murillo, por su parte, dejaba al arbitrio del juez la agravación de la pena cuando ésta se realizara en contra del príncipe, el padre, el señor, el patrón, o bien, si el crimen se cometía en una iglesia, teatro, plaza o durante la noche. Igualmente se agravaba en el caso de la reiteración.⁵¹⁵

Con respecto a los demás autores, tampoco había un consenso absoluto. Inocencio IV permitía modificar la pena en crímenes atroces. Las posturas de Castillo de Bovadilla y Menocchio iban en el mismo sentido: autorizar el arbitrio *usque ad mortem* ante crímenes atroces, mientras que Farinaccio lo permitía con justa causa. El hispano Mathieu y Sanz se inclinaba por la muerte civil cuando no hubiera pena legal.⁵¹⁶ En general, nos indica Pedro Ortego, para que el arbitrio llegara hasta la aplicación de la pena de muerte precisaba que en el crimen se presentaran las siguientes características: consumación, atrocidad, incorregibilidad y pruebas vehementes.⁵¹⁷

Otro aspecto más a destacar en este apartado, y el cual va intrínsecamente unido al tema del arbitrio es el de la conciencia del juez. Desde

⁵¹¹ Bernard SCHNAPPER, *Les peines [...]*, pp. 35-41.

⁵¹² Jean-Marie CARBASSE, *Histoire [...]*, p. 236.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 241.

⁵¹⁴ Julio CLARO, *Opera Omnia [...]*, p. 798.

⁵¹⁵ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, p. 240.

⁵¹⁶ Pedro ORTEGO GIL, "Notas sobre el arbitrio judicial usque ad mortem en el Antiguo Régimen", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Volumen Extra, 2004, pp. 216-225.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 227.

la Edad Media, canonistas, civilistas y teólogos le otorgaron una extrema importancia. Para ellos, la justicia constituía una función divina que se encontraba depositada en los hombres, lo cual la podía tornar falible.

El problema estaba presente desde Irnerio, quien se decantaba porque “el juez debe juzgar según lo alegado y probado en el juicio, y no según su conciencia (*iudex secundum allegata et probate, non secundum conscientiam iudicare debet*)”.⁵¹⁸ La razón de esta interrogante se derivaba directamente de un párrafo bíblico: “No juzgues para que no seas juzgado”.⁵¹⁹

Fueron múltiples los autores que hicieron referencia a este tema: Hugo de Pisa, Azo de Portius y Hostiense, por mencionar algunos. En todos ellos surgía el cuestionamiento de si los jueces debían fundar su sentencia tan sólo en los hechos alegados y probados por las partes. Santo Tomás era partidario de que el juez siguiera a las leyes antes que a su conciencia. Baldo también se adhería a esta opinión: “el juez debe juzgar según lo actuado y probado” y “el juez no debe juzgar según su conciencia”.⁵²⁰

Sobre la interrogante de qué sucedería en caso de que el juez encontrara culpable a un inocente, los doctrinarios consideraban que él sólo dictaba la sentencia y los verdaderos culpables eran aquellos jurados que la habían determinado. James Whitman ha mostrado recientemente como la *reasonable doubt* del *common law* nació como un artificio jurídico para excusar al juez en estos casos.⁵²¹ Para otros autores, como Julio Claro, en ausencia de pruebas, el juez no estaba obligado a castigar, pero en caso de que éstas existieran, nada le impedía condenar, aun cuando su conciencia le indicara lo contrario.⁵²²

Domingo de Soto dedicaba en su obra una cuestión entera a tratar la problemática de las posibles “injusticias del juez”, un tema en el que seguía invariablemente a Santo Tomás.⁵²³ Para él, el juez precisaba de cuatro “cosas”:

⁵¹⁸ Aunque la bibliografía es amplia citamos únicamente como punto de partida: Jean-Marie CARBASSE, y Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, París, PUF, 2008; y Antonio PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Milán, Il Mulino, 2003; y James Q. WHITMAN, *The origins [...]*.

⁵¹⁹ Mateo, 7:1.

⁵²⁰ Baldi PERUSINI, *In Decretales [...]*, No. 14, p. 14 y No. 1, p. 189.

⁵²¹ James WHITMANN, *The origins [...]*, pp. 91-124.

⁵²² Citado por André LAINGUI, *La responsabilité [...]*, p. 498.

⁵²³ Aunque no se limita a tratar a los jueces, pues las injusticias podían ser cometidas también por los demás participantes de los juicios: acusadores, reos, testigos y abogados.

poder de juzgar, rectitud, forma y fuerza ejecutiva. Incumplir con alguna de ellas derivaba en una actuación “notablemente injusta” del juez.⁵²⁴

De este modo, se preguntaba si podía un juez juzgar a alguien que no dependiera de su jurisdicción. Al respecto indicaba que era lícito desobedecer a quien juzgara fuera de su competencia. Señalaba que sólo había cuatro formas de estar sujeto al poder de un juez: por ley ordinaria; cuando se ejercía una autoridad delegada; cuando uno se sometía voluntariamente al juicio de otro; y cuando uno delinquía en el territorio del juez que juzgaba.⁵²⁵

Un segundo cuestionamiento al que intentaba dar solución Soto era si el juez podía decidir “en contra de la verdad”, es decir, si podía condenar a quien sabía legítimamente que era culpable, pero a quien no se le había podido comprobar su culpabilidad, o bien, si podía condenar a alguien, sabiendo que era inocente, aun cuando testimonios legítimos validaran su culpa.⁵²⁶

Soto concluiría que el juez, cuando juzgaba, no lo hacía con autoridad propia, sino “pública”, de esta forma, aun a sabiendas que su decisión atentaba contra la verdad, debía seguir siempre al derecho “tan inviolablemente, que ni puede guiarse por su propio parecer, si es contrario, ni admitir en contra ninguna demostración”.⁵²⁷

El juez podía quedar así exento de culpa, toda vez que “la verdad no puede negarse nunca; mas el juez al condenar a la muerte a un inocente, no afirma nada falso; puesto que por todo el mundo no debería afirmar que tal era culpable; pero de hecho reconoce que ha de ser condenado; y esto es verdad, porque los testimonios lo hacen merecedor de la muerte”.⁵²⁸

⁵²⁴ Domingo de SOTO, *Tratado de la justicia y el Derecho*, Madrid, Reus, 1922, p. 432.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 433. Para Santo Tomás: “No tiene lícitamente potestad coactiva en las cosas humanas sino el que ejerce autoridad pública, y los que la ejercitan son considerados como superiores respecto de aquellos sobre quienes, en su calidad de súbditos, recae la potestad, ya tengan aquellos potestad ordinaria, ya delegada [...] Nadie puede juzgar a otra persona a no ser que ésta sea de algún modo su súbdito, ya por delegación, ya por potestad ordinaria”. Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, Vol. III, p. 522.

⁵²⁶ *Ibidem*, pp. 435-440. En este punto, Santo Tomás indicaría que el juez debía resolver conforme a lo alegado en el juicio y concluía que el hombre “en lo concerniente a su propia persona, debe formar su conciencia por medio de su propia ciencia; mas en lo que pertenece a la potestad pública, debe formar su conciencia según lo que pueda averiguar en el juicio público”. *Ibidem*, p. 554.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 436.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 440. “El juez es intérprete de la justicia; por eso [...] los hombres recurren a él como a cierta justicia animada”. De esta forma, indicaba, la justicia no puede ser dada por sí mismo, sino por un tercero, por lo cual el juez no puede condenar sin acusador. *Ibidem*, p. 554.

Su tercer cuestionamiento consistía en determinar si el juez podía juzgar a alguien sin que existiera alguien que acusara. La cuestión, sin embargo, es brevísima, ya que la respuesta era obvia para Soto: el juez no podía acusar y simultáneamente juzgar, decidir de esta forma sería atentar en contra de la naturaleza de la judicatura, cuya labor consistía en ser un tercero entre dos partes en disputa.⁵²⁹

Finalmente, en la última cuestión, Soto se preguntaba si el juez podía perdonar una pena establecida en derecho. Soto se inclinaba por dar una respuesta afirmativa, mas ésta debía ser mesurada “porque salirse de la justicia y de la ley, no es clemencia, sino un mal público”.⁵³⁰

Las doctrinas anteriores no fueron estériles trabajos que pretendían elucubrar sólo desde la teoría, antes que eso fueron auténticas manifestaciones que tenían su base en el taller de la praxis y con este material informativo pretendían transformar de manera continua la realidad.

El tema, por sus implicaciones resulta extraordinario y en el caso de las Indias el debate también estuvo presente, sobre todo en los siglos XVI y XVII cuando se generó la polémica en torno al probabilismo y probabiliorismo.⁵³¹ En un nivel más cercano a la cotidianidad judicial novohispana y americana, encontramos a dos teólogos que cuestionarían, a nivel del foro interno, a los jueces. Nos referimos a Jerónimo Moreno y Juan de Palafox y Mendoza.

El primero de ellos haría observaciones sobre este tópico, a principios del siglo XVII, en su obra *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces*.⁵³² Le interesaba analizar “los pecados que vemos por experiencia que

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 440.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 442. En este asunto, Santo Tomás distinguía dos aspectos. Primeramente debe juzgar entre un acusador y un reo y además, él dicta la sentencia no como un particular sino en nombre de la potestad pública. Así, en el primer caso, da el ejemplo de un injuriado a quien corresponde ser restituido su derecho. Respecto a la segunda hipótesis indica que hay jueces inferiores y superiores, por lo que sólo al príncipe correspondería absolver lícitamente al reo si el que ha sido injuriado quiere perdonar la injuria y si viera que no es nocivo al bien común. *Ibidem*, p. 555.

⁵³¹ Elaine GODOY PROATTI, “La conciencia y los embates subjetivos y jurídicos de la función del juez en la América colonial del siglo XVII”, en *Revista de Historia del Derecho*, No. 48, Julio-Diciembre de 2014, pp. 143-164.

⁵³² Jerónimo MORENO, *Reglas ciertas, y precisamente necesarias para jueces, y ministros de justicia de las Indias, y para sus confesores*, México, Imprenta de Francisco Salbago, 1732. Para un acercamiento a la obra de este autor: Andrés LIRA, “Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732”, en *Historia Mexicana*, Colmex, México, Vol. LV, No. 4, 2006, pp. 1139-1178; y Alejandro MAYAGOITIA, “Notas sobre las reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y

cometen las justicias, y sus ministros en esta Nueva España”, que de manera sucinta eran los siguientes: ocultar información a los confesores, pagar menos a los indios por sus manufacturas, apropiarse de su trabajo y propiedades, golpes y azotes y un largo etcétera de actividades que no eran aconsejables para un buen cristiano, y menos aún para aquel que ejercía las funciones de juzgador.

La imagen que ofrecía sobre los juzgadores era desoladora: “lo primero que hacen el corregidor o alcalde mayor, que viene a un cargo es informarse del que acaba, de los géneros, en que puede granjear, el cual le advierte de todo, y del modo en que ha de proceder: y tómallo también de memoria, que si el predecesor fue injusto, el que le sucede es injustísimo”.⁵³³

Los juzgadores debían en todo momento seguir una conducta recta y cuando transgredían una ordenanza, no sólo quebrantaban el ordenamiento de los hombres, sino que también pecaban, pues “no empero es verdad de la ley que es justamente penal, y, preceptiva, porque por la parte que es penal obliga a la pena, y por la parte preceptiva obligue en conciencia a pecado mortal, o venial, según la materia grave, o leve [...] y las leyes alegadas a esta regla son penales, y preceptivas”.⁵³⁴

Frente a esta situación de injusticia por parte de los jueces, el fraile los conminaba a “restituir en conciencia” a los indios, es decir, en proporción directa de los que se les había despojado, sólo así podrían obtener la absolución de sus confesores.

Juan de Palafox y Mendoza, obispo-visorrey de la Nueva España, trataría el tema de las injusticias en las que podían incurrir los jueces con un claro ejemplo, quizás el más conocido por la grey: el juicio de Jesucristo.⁵³⁵

Al tratar su juicio ante Pilatos, Palafox reclamaba al romano su actuación, quien, incitado por los judíos, había igualado a Jesucristo como hombre. De esta forma, Pilatos no “había tenido el valor para hacer justicia” y si en el fondo había intentado actuar piadosamente, en realidad sólo había actuado con una “injustísima misericordia” que aumentó la injusticia. Criticaba

ministros de Fray Jerónimo Moreno, O. P.”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 8, 1996, pp. 309-336.

⁵³³ *Ibidem*, p. 4.

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵³⁵ Juan de PALAFOX Y MENDOZA, *Historia Real Sagrada. Luz de príncipes y súbditos. Injusticias que intervinieron en la muerte de Cristo*, Madrid, Melchor Alegre, 1668.

así que la decisión hubiera sido entregada a sus enemigos, los fariseos y Herodes, y que hubiera sido igualado con Barrabás.

También había errado Pilatos, continuaba Palafox, al cuestionar a Jesús de dónde venía, pregunta que no le fue respondida porque él no lo merecía. Este demérito al juez se debía a que en la causa seguida a Jesús, no se había probado nada, con lo cual Pilatos atentaba directamente en contra de uno de los principios básicos del derecho penal que era “en el proceso las acusaciones deben ser probadas”, el cual había quedado inexistente en este juicio. Por ende, afirmaba Palafox:

[...] para salvar al preso inocente el juez recto, no es menester buscarle la patria, o que tenga el preso divinidad, sino que sea inocente: porque al reo no se absuelve por la persona, o por la nación, sino por los méritos de la causa, y el proceso; y no es su calidad sola la que obliga a la sentencia, sino el no hallar probada la acusación [...] Y de aquí tomen ejemplo los jueces, de no buscar la justicia en la calidad, nobleza, patria, o riqueza de las partes: sino en las entrañas del proceso.⁵³⁶

Pilatos, en todo momento, había mostrado una gran soberbia sobre su poder para soltar o castigar a Jesús, aseveración que era falsa, ya que en realidad actuaba bajo los mandamientos de la multitud y no conforme a derecho:

Y asimismo el que en una misma causa dijere que puede absolver, y condenar como quisiere, ya se sale del legítimo poder al absoluto, o disoluto poder, pues nadie puede arbitrar sino con las leyes en la mano, y éstas no dan, ni quitan poder, sino que guían la voluntad a que obre como conoce el entendimiento; y a donde él la señalare, allí se aplique la voluntad: porque de la manera que muestra la mano del reloj la hora, ofrece el derecho al discurso la sentencia; y el juez no tiene más facultad, que declarar lo que las leyes señalan.⁵³⁷

La actuación de Pilatos había sido desastrosa y era claro ejemplo sobre cómo los jueces no debían actuar: “porque en apartándose el que juzga el verdadero camino, que es tener constancia, valor y rectitud al sentenciar, y juzgar, todo viene a ser despeñadero terrible, y lo paga la vida del inocente, y la conciencia del juez”.⁵³⁸

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 236.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 236v.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 234v.

5.4. La misericordia

Existe una metáfora que recorre toda la anatomía jurídica del Antiguo Régimen y es la de un Dios justiciero, pero clemente, capaz de perdonar las ofensas de sus hijos. Nos dice la Biblia al respecto: “¿Qué Dios como tú, que perdona la maldad, y olvida el pecado del remanente de su heredad? No retuvo para siempre su enojo, porque se deleita en misericordia”.⁵³⁹

De forma similar, el rey, como representación de Dios en la tierra, debía ser misericordioso y capaz de otorgar el “perdón” a sus súbditos. Esta tradición es posible rastrearla desde la Antigüedad Clásica, en donde la imagen de un rey justo y clemente era considerada de vital importancia para la paz de los reinos. Séneca, en su *Tratado sobre la clemencia*, indicaba al César que “la clemencia conviene por naturaleza a todos los hombres, pero especialmente se adecua a los emperadores, en la medida en que en ellos tiene más que conservar y se manifiesta en cuestiones de mayor alcance. En efecto ¡cuán poco daña la crueldad de un hombre privado!”⁵⁴⁰

La literatura política medieval y renacentista sería profusa en estas metáforas al plasmar la imagen de un príncipe justiciero. En general la iconografía medieval se interesó por representar a la justicia, a Themis o Astrea, siempre acompañada o en posesión de la misericordia.⁵⁴¹ Cesare Ripa la describía como una mujer “de carne blanca, los ojos grandes y la nariz aguileña”, características que retomaba de Aristóteles. Además, añadía, su postura de brazos abiertos era signo inequívoco de que era guiada por

⁵³⁹ Miqueas, 7:18. Sebastián de Covarrubias indicaría que la misericordia es “condición y atributo de Dios”: Sebastián de COVARRUBIAS, *Tesoro [...]*, p. 551. Igualmente la *caritas* cristiana era un valor basado en el amor y que se anteponía a la fuerza, por lo que al final se terminaba por perdonar al ofensor. Sobre ello véase Roberto BARTOLI, “Riflessioni sulla carità come paradigma giuridico”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milán, Giuffré Editore, No. 42, 2013, pp. 101-122. El tema era recurrente en la jurisprudencia medieval, ya que el “juicio de Dios” era considerado una metáfora del juicio ideal. Al respecto resulta interesante: Robert JACOB, “Jugements des hommes et judgment de Dieu à l'aube du Moyen Age”, en Robert JACOB (ed.), *Le juge et les jugements dans les traditions juridiques européennes*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, pp. 41-50.

⁵⁴⁰ SÉNECA, *Tratado sobre la clemencia*, V, 1.

⁵⁴¹ Samuel EDGERTON, *Pictures and punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Londres, Cornell University, 1980; Robert JACOB, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, París, Le Léopard d'Or, 1994; Mario SBRICCOLI, “La tríade, le bandeau, le genou. Droit et proces pénal dans les allegories de la Justice du Moyen Age à l'âge moderne”, en *Crime, History and Societies*, Vol. 9, No. 1, 2005, pp. 1-42.

Jesucristo.⁵⁴² La importancia de este tipo de imágenes consistía en su función pedagógica, porque la imagen llevaba a la semejanza y ésta a la *imitatio*.

Las *Partidas* también hacían un llamamiento continuo al rey para que asumiera esta virtud: “Misericordia es merced, e gracia, que señaladamente deben de aver en si los Emperadores, e los Reyes, e los otros grandes Señores, que han de judgar, e de mantener las tierras”.⁵⁴³ Y agregaban: “Amado debe ser mucho el Pueblo de su Rey, e señaladamente les debe mostrar amor en tres maneras: [...] La tercera habiéndoles misericordia para perdonarles”.⁵⁴⁴

Francisco de Quevedo tampoco olvidaba esta línea de justicia misericordiosa del rey y le aconsejaba: “Verdad es (Señor) que enmienda mucho el castigo: mas también es verdad, que corrige mucho la clemencia sin sangre, ni horror. Y el perdonar tiene su parte de castigo en el delincuente, que con vergüenza reconoce indigno su delito del perdón, que le concede la misericordia del rey”.⁵⁴⁵

Esta facultad del rey de aparecer misericordioso ante sus vasallos era la que le otorgaba *auctoritas* sobre ellos, es decir, lo legitimaba ante su comunidad como un buen cristiano, respetuoso de los mandamientos de Dios, con lo que asumía las características de un “rey-sacerdote”, capaz de perdonar las afrentas de sus súbditos. Julio Claro mantenía similar opinión: “el príncipe supremo puede remitir las penas de los delitos, tanto las corporales como las pecuniarias”.⁵⁴⁶ Observamos así que el príncipe, al manifestarse soberano, exponía su poder, mientras que el súbdito se beneficiaba de su gracia.⁵⁴⁷

⁵⁴² Cesare RIPA, *Iconologia ovvero descrizione di diverse imagini cavate dall'antichità, e di propria inventione*, Roma, Apreso Lepido Faeij, 1593, p. 328.

⁵⁴³ *Partida* 7, 32, proemio.

⁵⁴⁴ *Partida* 2, 10, 2.

⁵⁴⁵ Francisco de QUEVEDO, *Política de Dios y Gobierno de Cristo*, México, Espasa-Calpe, 1947, p. 170.

⁵⁴⁶ “*Princeps supremus potest poenas delictorum remittere tam corporales quam pecuniaras*”. Julio CLARO, *Opera Omnia [...]*, p. 638.

⁵⁴⁷ La monarquía francesa llevaría al extremo esta situación de manera tal que el homicida, independientemente de si había matado fortuitamente, requería siempre de la obtención de una *lettre de clémence* para ser perdonado, situación que era un mero formalismo, pues implicaba una carga pecuniaria para el delincuente. Así, era común decir que “todo hombre que mata es digno de muerte si no posee carta de perdón”. Citado por Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, París, PUF, 2014, p. 242. Desde el siglo XIII Alberto Gandino escribía que por derecho divino y derecho de gentes no era lícito matar a un hombre pero, subrayaba, si el mismo emperador ha previsto una norma que concede la impunidad ex causa licita debe ser permitido por la norma del *ius proprium* conceder la impunidad pues son válidas *tanquam edictum caesarum*. Sin embargo, detrás de esta táctica jurídica subyacía toda una metáfora

La doctrina castellana así lo expresaba en diversas obras. Por ejemplo, Alonso de Villadiego diría al respecto que “la sentencia definitiva no puede ser mudada por el juez que la dio, sino es por el rey o su consejo”.⁵⁴⁸ En idéntico sentido, Hevia Bolaños expresaba que “la remisión especial, o general, que el príncipe hace del delito, y su pena, siendo hecha antes de la sentencia dada contra el delincuente, le libra de la pena del delito corporal, de infamia, y de bienes”.⁵⁴⁹ Finalmente, Murillo Velarde decía al respecto:

El príncipe o legislador supremo tiene el derecho de gracia, esto es de condonar la pena, aun tasada en la ley, porque él es superior a la ley y es “ley viva” y, por lo tanto, como podría absolutamente revocar la ley, podría dispensar en ella, en este o aquel caso, más aún, también puede hacer esto, aunque la pena haya sido señalada en la ley divina antigua, porque en la ley de la gracia ya no tiene vigor la antigua ley [...].⁵⁵⁰

Por su parte, el juez también cumplía las funciones de representación del poder real. A través de él, la autoridad regia se materializaba, se tornaba tangible; por ello era importante que en su elección se decidiera por un buen cristiano que, como nos dirá Castillo de Bovadilla, “se guarde con la comunidad, con la compañía, causando paz, amistad, concordia, religion Christiana para con Dios, piedad para con la patria, con los padres, hijos, hermanos, deudos y amigos”.⁵⁵¹

En consecuencia, los jueces debían, según las Partidas, “catar [...] cuando quieren dar juyzio descarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan [...]”.⁵⁵² Así, “los judgadores deben mucho catar ante que den pena a los acusados, es escodriñar muy acuciosamente el yerro sobre que la mandan dar, de manera que sea antes bien probado, et catando en que

que hacía aparecer al príncipe como la última fuente de justicia y sólo a él correspondía perdonar. Reynald ABAD, *La grace du roi. Les lettres de clémence de Grande Chancellerie au XVIIIe siècle*, París, PUPS, 2011; George MINOIS, *Le confesseur du roi. Les directeurs de conscience sur la monarchie française*, París, Fayard, 1988, pp. 53-76. También es interesante, aunque siempre circunscrito a la realidad castellana: Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Ecos cronísticos del rey-juez medieval”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Volumen extra, 2010, pp. 303-356.

⁵⁴⁸ Alonso de VILLADIEGO, *Instrucción política y práctica judicial: conforme al estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1778, p. 72.

⁵⁴⁹ Juan de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, Imprenta de Ulloa, 1790, pp. 236-237.

⁵⁵⁰ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, p. 238.

⁵⁵¹ Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y prelados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas*, Madrid, Imprenta de Joaquín Ibarra, 1759, p. 256.

⁵⁵² *Partida 7*, 31, 8.

guisa fue fecho el yerro”.⁵⁵³ “Catar”, es decir, ponderar todos los elementos para hacer más benigna la pena. De igual forma, el justiciable, cuando su causa estaba perdida y no había argumentos legales que lo apoyaran, podía anteponer como último motivo de su defensa la solicitud de piedad y misericordia.

Recordemos además que en el derecho indiano había instituciones jurídicas específicas cuya naturaleza era precisamente la clemencia o la misericordia; como nos recuerda Levaggi éstas eran cuatro: perdón real, perdón de la parte ofendida, visita de cárcel y asilo en sagrado.⁵⁵⁴

En este punto resulta necesario hacer una separación entre piedad, clemencia, misericordia, gracia y perdón, palabras que se encuentran a veces de manera indistinta como sinónimas en los documentos de la época, pero que algunos doctrinarios sí diferenciaban. En la práctica, todas ellas eran utilizadas desde una similar concepción. De nueva cuenta, las *Partidas* hacían una sutil distinción al respecto:

Misericordia, e merced, e gracia, como quier que algunos omes cuydan que son una cosa, pero departimiento hay entre ellas. La misericordia propiamente es, quando el juez se mueve con piedad de si mismos, a perdonar a alguno la pena que devia aver, doliendose del, viendole cuytado o mal andante; o por piedad que ha de sus fijos e de su compañía. Merced es perdón que el rey faze a otro, por merecimiento del servicio que le fizo aquel a quien perdona, o aquellos de quien el descende; e es como manera de gualardon. E Gracia, non es perdonamiento, mas es don que faze el Rey a algunos, que con derecho se puede escusar de lo fazer, si quisiere.⁵⁵⁵

La profesora María Inmaculada Rodríguez alcanza a percibir una diferencia: “Por la causa y fin, los términos serían: misericordia; piedad (el perdón concedido por Viernes Santo); y merced (tratándose sobre todo de una concesión de tipo político). Si se hace desde el punto de vista de la naturaleza del acto, los términos serían los de gracia y merced, en cierto sentido. Y en cuanto a los efectos del acto, responderían los términos de: perdón-indulto, remisión, condonación, mitigación, composición, conmutación, restitución y abolición”.⁵⁵⁶

⁵⁵³ *Partida 7*, 31, 1.

⁵⁵⁴ Abelardo LEVAGGI, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978, pp. 79-80.

⁵⁵⁵ *Partida 7*, 32, 3.

⁵⁵⁶ María Inmaculada RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971, p. 43.

André Tiraquellus recomendaba a los jueces que debían mitigar la pena de los delincuentes de acuerdo a su condición, de forma tal que “si la impunidad o la atenuación del castigo es más aprovechable que la pena, es lógico dejar en este caso el crimen impune, o por lo menos atenuar la pena, más que castigar pura y simplemente al delincuente”.⁵⁵⁷ En el mismo sentido Alfonso de Castro sugería un “juicio sin misericordia a quien no realiza misericordia”.⁵⁵⁸

Sin embargo, debemos recordar la existencia de autores con una opinión diversa a ésta. Así, Alonso de Villadiego escribía que “aunque es verdad, que el Juez inferior puede con causa alterar la Ley, lo más seguro es al Corregidor, o Pesquisidor, no arrojarse a traspasar el rigor de las leyes, à lo menos para ejecutar el caso no decidido por la Ley, sino arbitrario, aunque el delito parezca extraordinario [...]”.⁵⁵⁹

En la península ibérica la práctica del perdón era común, tal y como nos lo ha descrito la historiografía española.⁵⁶⁰ Antonio Manuel Hespanha nos indica, para el caso de Portugal, aunque extensible a España, que el perdón “era un hecho masivo [...] casi una rutina”. No está de más advertir nuevamente que a los ojos de los modernos, una situación como la anterior implicaría un relajamiento del sistema punitivo, pero en las coordenadas jurídicas de la época las soluciones eran diferentes.⁵⁶¹

⁵⁵⁷ André TIRAQUELLUS, *De poenis [...]*, p. 255.

⁵⁵⁸ “*Iudicium sine misericordia illi qui non facit misericordiam*”. Alfonso de CASTRO, *De potestate [...]*, f. 75.

⁵⁵⁹ Alonso de VILLADIEGO, *Instrucción [...]*, p. 66. Sobre las funciones del corregidor castellano resulta importante Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El Corregidor castellano: 1348-1808*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970.

⁵⁶⁰ Rudy CHAULET, “La violence en Castille au XVIIe siècle a travers les Indultos de Viernes Santo”, en *Crime, History and Societies*, Vol. I, No. 2, 1997, pp. 5-27; Tomás MANTECÓN, “Los criminales ante la concesión del indulto en la España del siglo XVIII”, en *Protohistoria*, Año V, No. 5, 2001, pp. 55-82; Tomás MANTECÓN, “La economía del castigo y el perdón en tiempos de Cervantes”, en *Revista de Historia Económica*, Año XXIII, No. Extra, 2005, pp. 69-97; Pedro ORTEGO GIL, “*Innocentia praesumpta*: absoluciones en el Antiguo Régimen” en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 10, 2003, pp. 71-125; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 31, 1961, pp. 55-114.

⁵⁶¹ Antonio Manuel HESPANHA, “De la ‘iustitia’ a la disciplina”, en Bartolomé CLAVERO *et al*, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, p. 177. En este punto, el mismo Hespanha nos da la repuesta: “Se podía templar el rigor del derecho por las siguientes razones: el bien de la república, el bien de la fe, las causas generales de la destrucción de la ilicitud y de la culpa, como la legítima defensa, etc. Pero también otras razones que hoy a nosotros nos parecen bastante raras: la senectud del reo, del detenido, o su juventud, con lo que si no se perdonaba por ser viejo se perdonaba por ser joven”.

La praxis judicial novohispana era abundante en ejemplos de la misericordia del rey. Con el nacimiento de un príncipe era común la concesión de perdones en materia criminal, las *Partidas* lo justificaban: “

Perdón tanto quiere decir como quitar et perdonar á home la pena que debía recibir por el yerro que habie fecho. Et son dos maneras de perdones. La una es quando el rey o el señor de la tierra perdona generalmente á todos los homes que tiene presos por grant alegría que ha: asi como por nascencia de su fijo, ó por vitoria que haya habido de sus enemigos ó por amor de nuestro señor Jesucristo [...].⁵⁶²

Así, por ejemplo, en 1572, por el alumbramiento del príncipe Fernando, se otorgó “el perdón y remisión de todas las personas que estuvieren presas en la cárcel de esa audiencia por delitos leves”.⁵⁶³ Años más tarde, en 1629, y por el mismo motivo, se otorgaría “el perdón a todos los que por cualquier delito estuvieran presos en las cárceles, por causas civiles o criminales”.⁵⁶⁴ Un siglo después, la práctica seguía en uso y en 1757 la autoridad regia ordenó que “usando de clemencia y piedad [...] he acordado de remitir y perdonar [...] a todos los que por razón, de qualesquier delitos, o crímenes, estuvieren en la cárcel de esa Audiencia”.⁵⁶⁵ Agregaba la cédula que si no existiere parte querellante no se procedería en contra de los reos, y aun en el supuesto de que sí la hubiere se les perdonarían todas las “penas civiles y criminales” para que no se procediera en contra de ellos en “ningún tiempo”.⁵⁶⁶

Hasta aquí ha sido posible percibir como el rey (en uso de sus amplias facultades jurisdiccionales) y sus subalternos, los jueces, podían, y lo hacían, perdonar a los criminales. Este trato misericordioso que se le dispensaba al criminal, como ya apuntamos, no se hallaba de manera exclusiva en los manuales jurídicos sino que tenía voz y eco en la realidad del foro.

⁵⁶² *Partida 7*, 32, 1.

⁵⁶³ Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Reales Cédulas Originales, D47, 365, fs. 236v-237.

⁵⁶⁴ AGN, Real Audiencia, 2941, 32, f. 48.

⁵⁶⁵ AGN, Reales Cédulas Originales, 5, 200, f. 516.

⁵⁶⁶ *Id.* Resulta llamativo que la mencionada cédula enunciaba varios crímenes que no podían ser remitidos como “delitos de crimen de lesse mayestatis, pecado nefando, de falsedad de testigos falssos, asi los que los fueren, como los que hubieren inducido a ello, reniego, blasfemias contra Dios nuestro señor, ladrones, o los que hubieren hecho moneda falsa y resistencia a mis justicias, poniendo mano a las armas”.

5.5. La naturaleza de la pena

La pena era el punto final del juicio criminal, con ella se pretendía restablecer el orden que había sido resquebrajado por la conducta del delincuente. En la teología y en el derecho canónico acontecía lo mismo con la penitencia, cuya función consistía en el rescate del alma del pecador, por lo que fue prontamente incorporada en el siglo XII y la confesión haría lo mismo en 1215.⁵⁶⁷

Los debates sobre la pena no eran tampoco sencillos. Desde el comienzo del cristianismo, el mismo San Agustín se cuestionó si el hombre sería castigado “nuevamente” en el juicio final, o si Dios respetaría el principio *ne bis in ídem*. Él se inclinaba por mantener que sí lo haría.⁵⁶⁸

También a él correspondió encontrar en las Sagradas Escrituras un conflicto de exégesis entre el “ojo por ojo”⁵⁶⁹ y el sermón de la montaña,⁵⁷⁰ pues en apariencia ambas líneas entraban en colisión. Su respuesta sería muy original, pues tomó en cuenta el tiempo en el cual había sido escrito cada uno de estos textos. Así, en el Antiguo Testamento, la gente había sido más proclive a la venganza privada, mientras que en el Nuevo Testamento, la misericordia había sido mayor al momento de juzgar.⁵⁷¹

No olvidemos tampoco que la pena era concebida entre algunos autores como una “medicina” que intentaba curar las enfermedades y aflicciones del alma.⁵⁷² Mientras que Diego de Covarrubias veía en ella “el equilibrio de la justicia”.⁵⁷³

En su obra, este último se cuestionaba sobre los alcances de la pena. A simple vista la respuesta era muy obvia, ya que sólo se castiga a quien comete el delito; sin embargo, existían situaciones en las que la solución no era tan

⁵⁶⁷ Antonio CASTILLO, “Letras de penitencia. Denuncia y castigo públicos en la España Imoderna”, en *Via Spiritus*, No. 15, 2000, pp. 57-74.

⁵⁶⁸ Citado por Mathias SCHMOECKEL, “Nemesis: a historical glimpse into the Christian reasons for punishment”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, No. 81, 2013, p. 165.

⁵⁶⁹ Exodo 21:24: “Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie”.

⁵⁷⁰ Mateo 5:43-44: “Habéis oído que se dijo: ojo por ojo, diente por diente. Pero yo os digo: Amad a vuestros enemigos y rezad por los que os persigan”.

⁵⁷¹ SCHMOECKEL, Mathias, “Nemesis [...]”, pp. 163-164.

⁵⁷² “*Poenā non habet solam punitōnis rationem, nec ad solam delicti punitōnem infligitur, sed etiam ad medicinam ipsi delinquent, et aliis qui illius exemplo peccare possent*”. Alfonso de CASTRO, *De potestate [...]*, f. 31. Así lo indicaba también Santo Tomás: “Desde otro ángulo puede ser considerada la pena como medicina que no sólo es sanativa del pecado pasado, sino que tiene asimismo virtud para preservar del pecado futuro y para empujarnos a hacer algo bueno”. Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, Vol. I, p. 238.

⁵⁷³ Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, Barcelona. Bosch, 1959, p. 287.

clara. Si bien existía el principio de que “nadie puede ser castigado sin culpa”, ya que su transgresión iba en contra del derecho natural, había ocasiones en las que algunas leyes castigaban a inocentes en provecho de la República, situación a la cual no se oponía porque había argumentos a su favor.

Para justificar este tipo de penas, se apoyaba en ejemplos bíblicos como cuando Dios exterminó al hijo de David nacido de una relación ilícita (Reyes 2:12) y en el famoso caso de Sodoma (Génesis 19). De esta forma, “la ley humana, por causas muy santas y en utilidad de la República”, podía condenar a hijos y nietos a la pérdida de los bienes y servir así como mecanismo disuasorio de nuevos crímenes.⁵⁷⁴

Raymundo de Peñafort nos decía al respecto que las penas eran de dos tipos: una era la pena eterna y la otra la pena temporal. La temporal se subdividía en canónica y legal. Por su parte, la canónica nuevamente era subdividida en espiritual, corporal y pecuniaria.⁵⁷⁵

Pedro Murillo nos legó un espléndido panorama sobre la pena. En su obra, destacaba, siguiendo a los poetas clásicos, que en la edad de oro, todos los hombres eran buenos por lo que no había necesidad de la pena ni el miedo. Sin embargo, en la edad de hierro, en la que se encontraba en aquel momento, “huyeron el pudor, la verdad y la fe: y, en su lugar, prevalecieron los fraudes y los engaños, las insidias y la violencia y el amor desordenado de poseer. De aquí, que fue necesario establecer los suplicios, tormentos y penas, para que a los que no impulsa el amor, los reprima el temor”.⁵⁷⁶

A continuación, Murillo nos exponía una variedad de formas que podía adquirir la pena: medicinales, civiles y vindicativas. Son estas últimas las que adquieren una mayor diversidad de formas: capital-no capital, ordinaria-extraordinaria, personal-real, positiva-privativa y *ferendae sententiae-latae sententiae*.⁵⁷⁷

La pena implicaba también una restitución del daño causado, por ende uno más de los elementos de la pena era la figura de la *restitutio* o restitución, es decir, no bastaba con castigar al reo, sino que además éste debía resarcir el

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 264.

⁵⁷⁵ “*Poenarum species sunt duae: alia enim est poena aeterna, alia temporalis. Temporalis subdividitur, quia alia est canonica, alia legalis. Canonica iterum subdividitur, quoniam alia spiritualis, alia corporalis, alia pecuniaria*”. Raymundo de Peñafort, *Summa*, 3, 3, 1.

⁵⁷⁶ Pedro MURILLO VELARDE, *Curso [...]*, p. 236.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp. 237-238.

daño ocasionado a la víctima, el cual, en muchas ocasiones era difícil de establecer. Su fundamento se encontraba en las Sagradas Escrituras⁵⁷⁸ y en el *Decretum*.⁵⁷⁹

Debemos de tener muy presente esta figura, pues su utilización fue muy amplia en el caso de América, tal y como ha insinuado Lavene, quien nos indica que desde el siglo XVI se observa en los tratados jurídicos amplias páginas dedicadas a esta temática, pero no sería hasta la obra de Juan de Medina, *De poenitentia, restituione et contractibus*, cuando la restitución sería abordada de manera central.⁵⁸⁰

Sobre esta figura se expresaba Juan Zapata y Sandoval en los siguientes términos: “El juez [...] está obligado por justicia legal a observar las leyes y a dar sentencias justas en orden al bien común; y sin embargo, si da una sentencia injusta, está obligado a restituir, no por justicia legal, sino por conmutativa en vista del derecho conmutativo que de tal delito resulta”.⁵⁸¹

El padre Villalobos indicaba al respecto que esta figura provenía del derecho civil, de la posesión, en la cual el poseedor restituía al legítimo dueño el bien que le pertenecía. Sin embargo, esta figura, por sí sola y en el caso de un hurto, era incompleta, pues de la misma no se seguía que se hubiera realizado la “satisfacción del daño”, por ende, definiría a esta figura de la siguiente forma: “restitución es el acto de justicia por el cual se restituye el daño próximo realizado”. Además, añadía, la restitución era un acto contrario a la lesión, ya que está quitaba mientras aquella “regresaba lo que se quitó”.⁵⁸²

Diría de ella, siguiendo a Santo Tomás, que era una figura de la justicia conmutativa que provenía del derecho divino y natural. Y si bien había quienes

⁵⁷⁸ Lucas 19:2-10: “Pero Zaqueo dijo resueltamente: —Mira, Señor: Ahora mismo voy a dar a los pobres la mitad de mis bienes y, si en algo he defraudado a alguien, le devolveré cuatro veces la cantidad que sea. —Hoy ha llegado la salvación a esta casa —le dijo Jesús—, ya que este también es hijo de Abraham. Porque el Hijo del hombre vino a buscar y a salvar lo que se había perdido”.

⁵⁷⁹ *Decretum*, XIV, 9, 6.

⁵⁸⁰ Vincenzo LAVENE, “Restituire, condonare. Lessico giuridico, confessione e pratiche sociale nella prima età moderna”, en Karl HÄRTER y Cecilia NUBOLA, *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardomedioevo ed età contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 2011, p. 318; y Horacio RODRÍGUEZ-PENELAS, “La restitución, pena económica del delito en la realidad hispanoamericana. La visión de un teólogo (Mercado) y de un jurista (Albornoz)”, en Juan CRUZ CRUZ, *Delito y pena en el siglo de oro*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 111-124.

⁵⁸¹ Juan ZAPATA Y SANDOVAL, *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta*, Introducción, traducción y notas Arturo E. Ramírez Trejo, México, UNAM, Tomo III, 1999, p. 12.

⁵⁸² Enrique de VILLALOBOS, *Suma [...]*, p. 164.

se inclinaban por afirmar que también podría pertenecer al mundo de la justicia distributiva, al final terminaba por encuadrarse en la conmutativa, porque se atendía siempre a la igualdad y no al merecimiento de las personas.⁵⁸³

La restitución resultaba muy importante para la “salud del alma”. Al cuestionarse al respecto quién estaba obligado a la restitución y de qué forma, indicaba diversas hipótesis, la mayoría hacían referencia a la materia del incumplimiento de los contratos, por ende las omitimos, sin embargo, en la materia criminal sí indicaba algunos supuestos.

Primeramente, decía que aquel cuyo acto hubiera sido realizado con la diligencia debida y sin la voluntad de zaherir, no estaba obligado a restituir, pues este acto no había sido realizado “contra justicia”, y quien recibió el daño tampoco podía solicitar lo restituido pues no era *rationaliber iniustus*, por lo cual no podía pedir cosas imposibles.⁵⁸⁴

En una segunda hipótesis, abordaba el tema de si el que cometía el acto con culpa lata o dolo estaba obligado a la restitución. Respecto a aquel que hubiera realizado el acto con “culpa levísima”, o simplemente culpa en materia jurídica, decía que la restitución operaba de diversa forma, pues se debía atender a la “calidad del negocio” y por ende al nivel de negligencia en el cual había incurrido, pues no todos los asuntos eran semejantes. Por ende, en el fuero exterior quedaría obligado a restituir, pero en el foro interno no, en tanto no hubiere recaído en él una sentencia condenatoria.⁵⁸⁵

Para el caso de la restitución en un asunto consumado por ignorancia daba un ejemplo notable. Así, indicaba, cuando alguien tuviera la intención de asesinar a su vecino, pero yendo a cazar supusiera haber matado a un ciervo, y al verificarlo se percatara que en realidad había matado a su vecino, en este caso no había lugar a la restitución, pues el acto había sido realizado sin voluntad y *per accidens*.

También se cuestionaba si cabía la restitución en el caso de que alguien hubiera cometido un ilícito pero éste le fuera imputado a otro. En este asunto, afirmaba, sí estaba obligado a restituir a quien recibió el daño. Sin embargo, con respecto al tercero que había sido culpado erróneamente cabían dos

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 166.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 167.

posibilidades. Si había ejecutado la conducta sin el conocimiento de que el ilícito le sería imputado a otro, no estaba obligado a restituir; pero, si había realizado su conducta con culpa levísima, es decir, conocía que un tercero sería culpado por su conducta, sí debía restituirlo.⁵⁸⁶

Vemos entonces que sólo mediante la restitución podría alcanzarse la plenitud de la pena, era ella la que restablecía el orden jurídico, su función era enteramente reparadora de las leyes violentadas.

Finalmente, los teólogos tenían varios cuestionamientos sobre la obligatoriedad de las leyes humanas: ¿que obligaba a los súbditos a obedecer estas leyes? Es más, ¿que los forzaba a obedecer las leyes penales? La mayoría de los teólogos y juristas buscaban en sus obras determinar los límites de las leyes.⁵⁸⁷

Las leyes humanas basaban su obligatoriedad en su derivación del derecho natural, es decir, en su conformidad con él. De esta forma, para que una ley fuera justa precisaba de cuatro causas: final, eficiente, material y formal. Por lo menos así lo expresaba Soto:

De la final, que se haga para el bien común [...] Segunda, de parte del agente, es decir, que quien la dio no haya traspasado los límites de su facultad [...] Tercera, de parte de la materia, porque así como lo bueno, según el tiempo y el lugar, no debe prohibirse; así las obras malas no son materia de mandato [...] Cuarto, de parte de la forma: porque, siendo la ley regla, debe resplandecer por la rectitud y equidad para que guarde tal proporción en conferir honores y cargos a los ciudadanos [...] ⁵⁸⁸

Sin embargo, podía suceder que algunas leyes fueran injustas, en este caso no obligaban *per se* sino *per accidens*. Soto consideraba que este tipo de leyes afectaban al bien divino o al bien del hombre. Cuando afectaban al bien divino, dichas leyes eran completamente injustas y no debían obedecerse; en cambio, si afectaban al bien del hombre, sólo debían ser obedecidas en los casos en que de su incumplimiento se derivara un daño mayor.⁵⁸⁹ Aunque podía darse el caso en que los mandamientos de un tirano no fueran

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 168.

⁵⁸⁷ Sobre la obligatoriedad de la ley la literatura es amplia. A modo de ejemplo véase Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *La ley natural. Una realidad por explicar*, México, UNAM, 2013, pp. 31-97; Alfonso RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 141-168;

⁵⁸⁸ Domingo de SOTO, *Tratado [...]*, p. 149.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 151.

obedecidos, o bien, podía también acontecer que una ley fuera injusta pero que de su incumplimiento se derivara una mayor injusticia.

Por lo que respecta a la materia penal, los tratadistas distinguían tres tipos de leyes: las morales, las leyes penales y las leyes mixtas. Las primeras, mandaban o prohibían sin pena; las segundas, no prohibían ninguna conducta y sólo imponían una pena; finalmente, las terceras, impedían la realización de un comportamiento y castigaban a quien no realizare ese mandamiento.⁵⁹⁰

La principal duda residía en determinar si las leyes meramente penales obligaban juntamente a culpa y a pena.⁵⁹¹ Para Domingo de Soto, cuando una ley imponía una pena, dejaba de manera inmediata de obligar bajo culpa, aunque hacía una distinción: “Cuando se une la pena a la culpa [...] la obligación se impone bajo el reato de la culpa: mas cuando la ley tiene más bien la forma de concesión o de dispensa, entonces esa ley no obliga a culpa; peor tampoco lo que se añade a modo de pena tiene verdadero ser de tal, sino de recompensa o de pacto”.⁵⁹²

Hemos visto hasta aquí como la pena actuaba como una retribución del daño causado, cuyo fin era restaurar el orden. Para un teólogo como Alfonso de Castro, el hombre era castigado primeramente con el remordimiento, luego con el castigo de la ley humana y al final por Dios.⁵⁹³

La anterior aseveración tenía cabida en una sociedad como la novohispana, en la que una nueva religiosidad se había asentado y cuya principal característica era la expansión del miedo entre la población.⁵⁹⁴ Andrés Lira nos retrató a la perfección esta imagen:

Una sociedad regida por el orden religioso, atormentada por la posibilidad de condenación eterna, hacía de los pecadores menesterosos sedientos de perdón, de la recuperación de la gracia por medio de la confesión y la penitencia, deseosos del

⁵⁹⁰ Orazio CONDORELLI, “Le origini teológico-canonistiche della teoria delle *leges mere poenales* (secoli XIII-XVI), en Mathias SCHMOECKEL *et al*, *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Vol. III, Colonia, Böhlau, 2012, pp. 55-98.

⁵⁹¹ Sobre este tema véase Sebastián CONTRERAS, “Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en Domingo de Soto y Francisco Suárez”, en *Revista Direito GV*, Sao Paulo, Vol. XII, No. 1, Enero-Abril de 2016, pp. 87-101; y William DANIEL, *The purely penal law theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suárez*, Roma, Gregorian University Press, 1968.

⁵⁹² Domingo de SOTO, *Tratado [...]*, p. 172. Véase en el mismo sentido Enrique de VILLALOBOS, *Suma [...]*, pp. 39-40.

⁵⁹³ Alfonso de CASTRO, *De potestate [...]*, f. 3.

⁵⁹⁴ Estela ROSELLÓ, *Así en la tierra como en el cielo: manifestaciones cotidianas de la culpa y el perdón en la Nueva España de los siglos XVI y XVII*, México, El Colegio de México, 2006.

convencimiento del perdón y de la disminución de las penas que debían purgar después de la muerte corporal. Como quiera que haya sido, lo primero era lograr el perdón de los pecados mortales, los que conducían a la condenación eterna, para tratar de disminuir las penas que no por transitorias dejaban de ser aflictivas, y que si bien podían aminorarse, estaban a la vuelta de la muerte.⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ Andrés LIRA GONZÁLEZ, "Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732", en *Historia Mexicana*, Vol. V, No. 4, Abril-Junio de 2006, p. 1142.

CONCLUSIONES

La Real Audiencia de México fue una de las instituciones más activas de la Nueva España. Desde su establecimiento en 1535 desempeñó un papel estratégico en funciones de gobierno y de justicia. Fue en este último ámbito en donde de manera pronta su función se vería desbordada por la cantidad de negocios que eran sometidos a su competencia.

Por consiguiente, la fundación de una Sala del Crimen se hizo necesaria y para 1568 ésta se encontraba en pleno funcionamiento, con una jurisdicción de cinco leguas a la redonda de la Ciudad de México para conocer en primera instancia los crímenes que ahí se realizaban. También resolvía las apelaciones de los asuntos resueltos por ella en primera instancia, así como las de las demás alcaldías y corregidurías pertenecientes a la jurisdicción de la Real Audiencia de México.

Esta Sala, como lo pudimos constatar, no estuvo exenta de problemas, discusiones y a veces afrentas entre sus miembros, e incluso, en algunas ocasiones, con otras jurisdicciones. Destacaron sobre todo los conflictos entre el virrey y los alcaldes del crimen; entre éstos y los oidores de la Real Audiencia; y las disputas con el Tribunal del Santo Oficio, el Consulado de Comercio y el corregidor de la ciudad de México.

En todas estas desavenencias es posible descubrir una innegable contienda por la *iurisdictio*, entendiendo ésta no sólo como la facultad para juzgar sino más allá de esto, la asunción de un poder que debía ser ejercido por un juez, representante del Rey en estas tierras. Precisamente en esta actuación descansaba su legitimidad, su *auctoritas*, ante las distintas corporaciones, estamentos y jurisdicciones que componían a la variada y dispersa Monarquía Católica.

Respecto a los crímenes que conocía la Sala, éstos eran muy variados, como la praxis lo demuestra, sin embargo, los datos por nosotros recabados nos permiten afirmar que el crimen más frecuente era el de lesiones, aunque también era el que menos sentencias definitivas presentaba, debido quizás a que los mismos asuntos alcanzaban a resolverse en una composición ajena a los tribunales.

Los demás delitos (homicidios y sexuales) eran bastante inusuales debido a su propia naturaleza excepcional, pues se trataba de conductas que aparecían en situaciones límite del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, los extremos de estos crímenes (parricidio y sodomía) eran todavía más infrecuentes.

Dentro de esta jurisdicción ubicamos también a su elemento constituyente, su célula básica encargada de dotarla de vida: el proceso criminal. Por medio de éste, los diversos actores, querellante y acusado, disputaban sus controversias ante un tercero imparcial, el juez. En estos juicios la mayoría de los participantes eran indios, dato obvio por tener entonces una población mayoritaria, mas también era posible encontrar a individuos de otras calidades como mulatos y españoles, quienes eran tratados en similares condiciones en el foro judicial.

Resulta llamativa la forma en que los indios hicieron uso del derecho castellano para demandar justicia, conducta que nos muestra una clara apropiación por parte de los nativos de las diversas estrategias legales implementadas por la Monarquía. Podemos agregar que en este sentido, la Monarquía también los hacía partícipes activos en los litigios. Un dato de indudable validez y que robustece esta afirmación era la frecuente utilización de intérpretes, quienes ayudaban a los indios (bien fuera en náhuatl u otomí) en sus declaraciones. No somos los primeros en afirmar esto, pero este hallazgo sirve para confirmar lo ya esbozado anteriormente por otros autores.

Fue así como el proceso criminal se erigió en el medio más eficaz para dirimir aquellas conductas transgresoras del orden de los variados pueblos sujetos a la jurisdicción de la Sala del Crimen. Pero debemos recordar que estos casos representan tan sólo una pequeña porción de todos los asuntos que quizás no habían podido ser resueltos por los sistemas punitivos periféricos, es decir, se acudía ante la justicia real cuando habían fallado en el camino algunos otros medios de composición .

Otro aspecto relevante a destacar de este proceso es el relativo a sus operadores jurídicos (alcaldes, alcaldes mayores, gobernadores y corregidores), los cuales eran mayoritariamente personas legas en jurisprudencia, y aunque en teoría precisaban de la asistencia de un letrado

que tramitara las actuaciones judiciales, pero su carencia tornaba casi imposible el seguimiento de esta normativa.

La situación antes descrita no era óbice para que sus servicios fueran realizados, pues existía un conocimiento de las actuaciones judiciales que se había ido sedimentado por la praxis y, quizás, por el uso de manuales de autores prácticos, de forma tal que el conocimiento de los laberintos judiciales se había “vulgarizado”, entendido éste proceso no en un sentido peyorativo sino como una reducción, por parte de los operadores jurídicos, de las formas legales debida a su desconocimiento.

Así, aun con la ausencia de una cultura jurídica formal, los funcionarios judiciales realizaban el proceso prácticamente de manera similar que en otras latitudes de la Monarquía Católica. Esta maquinaria judicial, a pesar de sus limitantes materiales y humanas tenía presente que la impartición de justicia era imprescindible para la supervivencia de la Nueva España.

El dictado de las sentencias era una cuestión aparte, ya que los autos del expediente eran enviados por las autoridades locales (y quienes habían tramitado el asunto) a la Sala del Crimen. Ahí, un letrado o alcalde mayor redactaba la sentencia.

Estas decisiones, contrario a las actuales, destacaban por su brevedad y sencillez lingüística. En ellas había una ausencia clara de la motivación y fundamentación, características presentes en el derecho moderno, pero las cuales eran prescindibles en aquel momento. El juez consideraba que no había necesidad de justificar sus decisiones, ya que gozaba de un amplio arbitrio en sus facultades al momento de juzgar y bastaba solamente que sus sentencias, conforme a las *Partidas*, no fueran en contra del derecho, es decir, en contra de la totalidad de las fuentes normativas en las que tenía sustento la jurisprudencia.

En síntesis, pudimos contrastar y descubrir (con base en algunos trabajos realizados con anterioridad sobre diversas jurisdicciones de la Monarquía Católica), una sorprendente similitud entre el proceso criminal novohispano con el experimentado en otras latitudes de los dominios castellanos. De esta forma, el proceso seguía básicamente las siguientes etapas: presentación de la querrela; aprehensión de los responsables, declaración del reo y de los testigos; término probatorio de nueve días, el cual

podía ser ampliado hasta por nueve días más; cierre del proceso y envío de los autos a la Sala del Crimen; pronunciamiento de la sentencia y devolución de los autos a las autoridades locales; y, finalmente, ejecución de la sentencia y pago de costas judiciales.

Hemos sido testigos de cómo a pesar de haber sido trasladado el derecho castellano a América, éste no perdió su identidad y esencia. La gramática del *ius commune* continuaba siendo la misma en tierras americanas, los cambios operaban sobre todo a nivel sintáctico, en el acomodamiento de los términos procesales y en sus actores, era ahí en donde se generaban las alteraciones.

Si bien estas modificaciones eran necesarias para ajustar el derecho castellano a una realidad que literalmente desbordaba las hipótesis sobre las que se había sido construido allende el mar; no obstante, éstas constituían solamente una *peccata minuta* que en nada socavaban este orden, sino que eran la prístina confirmación de un derecho maleable, cuya naturaleza radicaba en ese profundo sustento de la realidad y no en su menosprecio.

Con los elementos anteriores, y apoyados siempre en tres de las cuatro fuentes bacilares sobre las que descansaba el derecho penal del Antiguo Régimen (ley, doctrina y praxis judicial), pudimos descubrir el *stylus curiae* de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de México, es decir, las peculiaridades distintivas de este tribunal en el acto de juzgar.

Fue así como uno de los aspectos centrales de esta tesis pudo ser constatado al analizar las decisiones judiciales de los letrados de la Sala del Crimen, las cuales confirmaron nuevamente las versiones que sobre el tema se han encontrado en la historiografía jurídica reciente, es decir, revelamos cómo, la mayoría de las veces, las sentencias judiciales eran más benignas que lo establecido por los tratadistas y la legislación.

Sin embargo, debemos acotar, los presentes resultados valen tan sólo para la jurisdicción y los siglos aquí analizados, pues la enormidad del territorio de la Monarquía Católica amerita estudios que indaguen aún más en las particularidades de cada jurisdicción.

Este *stylus curiae* de imponer una penas inferiores más indulgentes cede el paso a una segunda afirmación no menos importante, la relativa al fundamento de las actuaciones de la judicatura en el arbitrio judicial, es decir,

en la discrecionalidad del juez para imponer sanciones, una facultad que como ya se observó tenía límites racionales como lo eran la equidad y la justicia y el derecho natural, sin olvidar a los principios religiosos, la razón natural y los derechos canónico y romano. El arbitrio aparece así, en este trabajo, como la trabe que unía y literalmente atravesaba las columnas de la ley, la doctrina y la praxis.

Todo esto pudo confirmarse en los tres crímenes aquí explorados y cuyas sentencias mostraban el poder del juez para imponer unas penas que se alejaban de lo descrito en la ley y la doctrina. Los crímenes de homicidio (no intencional y por ebriedad) y sexuales (adulterio, estupro e incesto) entraban en colisión directa con lo expresado por las leyes y tratadistas, pero siempre en beneficio del reo.

Sin embargo, también pudimos exhibir que en ciertos crímenes, la gravedad de éstos impedía la clemencia del juez en sus sentencias. Fue así como en el parricidio, en las lesiones del alguacil y en la sodomía descubrimos que ese arbitrio judicial tenía límites que debían ser atendidos siempre de acuerdo a las características intrínsecas de cada asunto.

En el parricidio el reo se había asesinado a su cónyuge y al vástago, era un acto demasiado atroz que atacaba no sólo al derecho de los hombres sino también al derecho natural. En las lesiones ocasionadas por el alguacil, la gravedad de su pena atendía al hecho de haber sido realizadas por una autoridad investida con la vara de la justicia, situación que atentaba en contra de los fines de su investidura y, en consecuencia, producía un daño en la imagen del rey, de quien era representante.

Finalmente, en la sodomía, el acto de los reos había ido también en contravención del derecho natural, ya que los sodomitas habían mantenido relaciones sexuales sin atender a su finalidad que era la procreación. De esta forma, habían mancillado no sólo sus cuerpos sino también la imagen de Dios, debía entonces aplicárseles la pena más severa: la hoguera. Por consiguiente, en estos crímenes la clemencia del juez no tenía cabida, ya que se habían conculcado algunos de los valores más estimados por la sociedad cristiana.

Todos los elementos antes descritos de la maquinaria punitiva novohispana, eran tan sólo la representación más visible de un último fundamento que daba cohesión y firmeza al derecho penal del Antiguo

Régimen: la teología, que actuaba como el cemento encargado de unir los ladrillos de todas las fuentes normativas.

La teología y el derecho comparten origen común y por consiguiente, en los siglos posteriores a su alumbramiento se tendieron puentes de comunicación entre ellas, por lo que es sencillo encontrar elementos teológicos en la jurisprudencia, más aún, el fin último de la teología (la salvación del hombre) está representado por una metáfora jurídica: el juicio final. Hubo entonces un proceso de juridificación de los conceptos teológicos.

En el terreno práctico encontramos claramente estas manifestaciones en el perdón otorgado a los reos, tanto por los querellantes, los jueces y el rey. Se trataba en ese momento de salvar a las almas antes que de condenarlas, a veces inducido por el temor a ser castigado uno mismo por no llevar a cabo tal acto de contrición, como lo indicaba un indio en su lecho de muerte y quien perdonaba a su agresor: “porque si Dios nuestro señor fuere servido de llevarle de esta presente vida de la dicha herida le perdone sus pecados y haya mérito de su alma”.

Pero era sobre todo en el lenguaje de los distintos operadores del sistema jurídico en donde aparecía con más potencia. Ellos, ante la ausencia de argumentos jurídicos que pudieran ayudarles en su defensa, terminaban por apelar casi siempre a la misericordia del juez. Era esta la expresión más cristalina de la noción que se tenía de justicia en la sociedad novohispana.

El juez en este caso, se constituía en más que un verdugo y ejecutor de la ley, en un pastor que guiaba a sus ovejas descarriadas por los senderos del bien, o bien, como también lo enseñaba la teología, se convertía en un médico armado con una medicina, la pena, la cual curaría y regeneraría el daño ocasionado por el delincuente al cuerpo social.

Vemos así que el derecho criminal novohispano, entendido éste como un apéndice o rama del derecho castellano, y en sentido más amplio del *ius commune*, funcionaba con base en la “multinormatividad”: las expectativas de comportamiento de los individuos quedaban reguladas así no solamente por el derecho sino también por religión, por lo que la unicidad de la ley era prácticamente impensable.

El siglo XXI personifica un reto en la configuración de una nueva ciencia penal. Actualmente, distintos teóricos como Luigi Ferrajoli y Claus Roxin, han

pretendido asentar un nuevo campo epistemológico del derecho penal, cuyo rostro más fehaciente es su marcado humanismo en la aplicación de las penas. Esta tendencia se ubica así en las antípodas del legalismo de las décadas anteriores.

En esta coyuntura, el presente trabajo encontró su más clara finalidad: exhibir que en siglos anteriores era posible resolver, aunque desde premisas teóricas diversas, y sin el apremio de la ley, con dispositivos normativos más benignos. Basta una breve revisión a un vocablo tan taladrado actualmente como lo es la “ponderación” (de amplio uso en la jurisprudencia constitucional y penal), para percibir que la justicia criminal aquí tratada también realizaba ejercicios de enjuiciamiento similares pero a través de instrumentos conceptuales como la misericordia y la equidad. Por medio de éstas, al final del camino, se llegaba a los mismos resultados que los elaborados conceptos utilizados hoy en día por los juristas: *nihil novum sub sole*.

La función del historiador del derecho consiste precisamente en cuestionar el devenir del derecho y mostrarnos la ausencia de teleologismo en las instituciones jurídicas contemporáneas. Por consiguiente, el paradigma del derecho moderno no resulta ser ni el mejor, ni el más evolucionado, sino una más de las alternativas históricas en las que ha encontrado su manifestación. Esta visión pudiera parecer romántica en un mundo cargado de “posmodernidad”, sin embargo, los hechos no dejan lugar a equívocos.

El derecho moderno, como lo ha indicado Paolo Grossi, presenta un serio desfasamiento entre la realidad y la ley. El contenido normativo se extravió en algún momento del camino y olvidó que su función era la aplicación del derecho (lo que sea que esto signifique) a personas concretas y diversas, obviando su edad, género, etnia y estatus; en su lugar, optó por realizar *tabula rasa* de las heterogéneas individualidades del universo jurídico y aplicar a todos el principio de igualdad, aunque su empleo estricto provocara finalmente desigualdad.

Ahora mismo, la ciencia jurídica se encuentra en un nuevo renacimiento que procura conseguir lo que Gustavo Zagrebelsky llama un “derecho dúctil”, es decir, un nuevo derecho que rescate ese humanismo de los siglos pasados. Las reflexiones aquí vertidas pueden ayudar a comprender una realidad jurídica antigua, pero no por ello menos funcional.

Juan Bautista Vico destacaba en su obra que la historia era cíclica y encontraba momentos de agonía y de nueva vitalidad. El derecho moderno quizás pueda voltear al pasado y de manera humilde encontrar nuevos bríos para continuar con este ciclo, sin olvidar que todo ordenamiento jurídico es falible, tal y como lo expresaba Domingo de Soto: “porque la ley humana, por justa que sea, no es otra cosa que una criba con que se limpia el trigo: no puede separar lo justo de lo injusto tan exactamente que alguna vez no se escape algún grano entre las inmundicias”.

FUENTES

I. ARCHIVOS

Archivo General de Indias (México)

Archivo General de la Nación (Criminal, Indiferente Virreinal, Reales Cédulas)

Archivo General de Notarías

II. LEGISLACIÓN

Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República Mexicana para delitos contra la Federación

Ordenanzas de la Real Audiencia de México

Recopilación de las Leyes de Indias

Siete Partidas

III. OBRAS PRIMARIAS

Alegato jurídico de Cristóbal de Villarreal en defensa de Manuel Martínez de Alcázar, México, 16¿?

AQUINO, Santo Tomás de, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1994, Vols. I-IV.

—————, *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*, Pamplona, EUNSA, 2005.

CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro, *El alcalde de Zalamea*, Disponible en: <http://www.comedias.org/calderon/alczal.pdf>. [Consultado el 13 de abril de 2016].

CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y prelados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas*, Madrid, Imprenta de Joaquín Ibarra, 1759.

CASTRO, Alfonso de, *De potestate legis poenalis*, Lovanii, Ex officina Antonii Maria Bergagne Bibliop. Iurat, 1557.

CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*. Disponible en:

http://parnaseo.uv.es/Lemir/Revista/Revista19/Textos/Quijote_1.pdf.

[Consultado el 5 de mayo de 2016].

CICERÓN, “En defensa de Sexto Roscio Amerino”, en *Discursos*, Trad. Jesús Aspa Cereza, Madrid, Gredos, 1995.

CLARO, Julio *Opera Omnia sive practica civilis atque criminalis*, Lugduni, Ioannem Pavihe, 1661.

Código penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, sobre delitos del fuero común y para toda la República Mexicana para delitos contra la Federación, Chihuahua, Librería de Donato Miramontes, 1883

COVARRUBIAS, Sebastián de, *Tesoro de la lengua castellana, o española*, Madrid, Impresor Luis Sánchez, 1611.

ESCRICHE, Joaquín de, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, Imprenta de Valentín Espinal, 1840.

FEIJOO, Jerónimo Benito, *Teatro crítico universal o discursos varios en todo género de materias para desengaño de errores comunes*, Real Compañía de Impresores, Madrid, 1775.

GÓMEZ, Antonio, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Madrid, Imprenta Real, 1795.

GRATIANUM, *Decretum*. Disponible en: <http://geschichte.digitale-sammlungen.de/decretum-gratiani//text/>. [Consultado el 10 de mayo de 2014]

GUARDIOLA Y SANZ, Lorenzo de, *El corregidor perfecto, y juez dotado de las calidades necesarias*, Madrid, Imprenta Real, 2ª ed., 1796.

GUZMÁN, Mateo, *Guzmán de Alfarache*. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/131262.pdf>. [Consultado el 13 de febrero de 2016].

HEVIA BOLAÑOS, Juan de *Curia Philipica*, Imprenta de Ulloa, Madrid, 1790.

HIPONA, San Agustín de *De la verdadera religión*. Disponible en: <http://www.dfists.ua.es/~gil/de-vera-religione-esp.pdf>. [Consultado el 26 de marzo de 2017].

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, Trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2a ed., 2000.

- HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, Venetiis, Vol. V, 1574.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, Imprenta de Repullés, 2a ed., 1822.
- LÓPEZ, Gregorio, *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio glossadas por el señor D. Gregorio López*, Madrid, Imprenta de Benito Monfort, 1767.
- MOLINA, Tirso de, *El burlador de Sevilla o el convidado de piedra*. Disponible en: <http://www.comedias.org/tirso/burlador.pdf>. [Consultado el 8 de abril de 2017].
- MORENO, Jerónimo, *Reglas ciertas, y precisamente necesarias para jueces, y ministros de justicia de las Indias, y para sus confesores*, México, Imprenta de Francisco Salbago, 1732.
- MURILLO VELARDE, Pedro, *Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]*, México, Facultad de Derecho de la UNAM-El Colegio de Michoacán Vol. IV, 2005.
- PALAFIX Y MENDOZA, Juan de, *Historia Real Sagrada. Luz de príncipes y súbditos. Injusticias que intervinieron en la muerte de Cristo*, Madrid, Melchor Alegre, 1668.
- PEREDA, Julián, *Covarrubias penalista*, Barcelona, Bosch, Barcelona, 1959.
- PERUSINI, Baldi *In Decretales Subtilissima Commentaria*, Venetii, Apud Bernardinum Maionirum, 1571.
- PRADILLA BARNUEVO, Francisco de la, *Suma de las leyes penales*, Madrid, Imprenta Real, Tomo I, 1644.
- QUEVEDO, Francisco de, *Política de Dios y Gobierno de Cristo*, México, Espasa-Calpe, 1947.
- , *Prosa completa*, Madrid, Ediciones Ibéricas, 1958.
- RIPA, Cesare, *Iconologia overo descrittione di diverse imagini cavate dall'antichità, e di propria inventione*, Roma, Apresso Lepido Faeij, 1593.
- MATEO Y SANZ, Lorenzo, *Tractatus de Re Criminali sive Controversiarum*, Lugdundi, Sumptibus Petri Bruyset et Sociorum, 1738.
- SAXOFERRATO, Bártolo de, *Processus Satanae contra genus humanum*, Toulouse, Henri Mayer, 1485.
- , *In primam Digesti Veteris partem*, Iuntas, Venecia, 1570.

SAAVEDRA Y FAJARDO, Diego de, *Idea de un príncipe político christiano representada en cien empresas*, Amsterdam, Apud Ioh laussonum Iuniore, 1664.

SÉNECA, *Tratado sobre la clemencia*, Trad. Carmen Codoñer, Madrid, Tecnos, 1988.

SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *Política Indiana*, Madrid, CSIC, 2001.

SOTO, Domingo de, *Summa de la doctrina christiana: Compilada y declarada por Fray Domingo de Soto de la Orden de Sancto Domingo*, Salamanca, Andrea Portonaris, 1552.

—————, *Tratado de la justicia y el derecho*, Madrid, Reus, 1922.

TIRAQUELLUS, André, *De poenis temperandis [1559]*, André Laingui (Introducción, traducción y notas), París, Economica, 1986.

TOLEDO, Francisco de, *Instrucción de sacerdotes y suma de casos de conciencia*, Valladolid, Francisco de Córdoba, 1627.

VERACRUZ, Fray Alonso de la, *Espejo de los cónyuges*, México, Los libros de Homero, 2007.

VILLADIEGO, Alonso de, *Instrucción política y práctica judicial: conforme al estilo de los consejos, audiencias y tribunales de corte y otros ordinarios del Reyno*, Madrid, Imprenta de Benito Cano, 1778.

VILLALOBOS, Enrique de, *Summa de la Theología moral y canonica. Segunda parte*, Barcelona, Sebastián de Cormellas, 1636.

ZAPATA Y SANDOVAL, Juan, *Disceptación sobre justicia distributiva y sobre la acepción de personas a ella opuesta*, Arturo E. Ramírez Trejo (Introducción, traducción y notas), México, UNAM, Tomo III, 1999.

IV. OBRAS SECUNDARIAS

AGÜERO, Alejandro, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII Y XVIII*, Madrid, CEPC, 2008.

—————, “El testimonio procesal y la administración de justicia penal en la periferia de la Monarquía Católica”, en *Acta Historiae*, No. 19, 2011, pp. 43-60.

_____, “Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII-XVIII”, en LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús, *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 128-138.

ALONSO ROMERO, María Paz, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982.

_____, “El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 5, 2001, pp. 23-54.

ÁLVAREZ CORA, Enrique, “Tipicidad y fragmentariedad criminal en la España moderna”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 20, 2013.

_____, “La definición del delito entre los siglos XVI y XVII”, en *Ius Fugit*, No. 19, 2016, pp. 35-63.

ANDRÉS SANTOS Francisco J. y AMEZCUA AMEZCUA Luis C., “La moderación de la pena en el caso de las *personae miserabilis* en el pensamiento jurídico hispano-americano en los siglos XVI y XVII”, en *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Enero-Junio de 2013, pp. 245-264.

ARCHIBALD, Elizabeth, *Incest and the medieval imagination*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los visitantes (Siglos XVI y XVII)*, México, UNAM, 1981.

BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte y GAUDEMET, Jean, *Introduction historique au droit. XIII-XX siècles*, París, L. G. D. J., 2a ed., 2003.

BAZÁN, Iñaki, “El estupro. Sexualidad delictiva en la Baja Edad Media y primera Edad Moderna”, en *Mélanges de la Casa de Velázquez. Nouvelle Série*, No. 33 (1), 2003, pp. 13-46.

_____, “La construcción del discurso homofóbico en la Europa cristiana medieval”, en *En la España medieval*, Vol. 30, 2007, pp. 433-454.

_____, “EL modelo de sexualidad de la sociedad cristiana medieval: norma y transgresión”, en *Cuadernos del CEMyR*, No. 16, Diciembre de 2008, pp. 167-192.

BERGER, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia, The American Philosophical Society, 1953.

BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, Trad. Mónica Utria de Neira, México, FCE, 1996.

- BORAH, Woodrow, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, FCE, 1985.
- BOUREAU, Alain, "Droit et théologie au XIIIe siècle", en *Annales*, No. 6, Noviembre-Diciembre de 1992, pp. 1113-1125.
- BOURDIEU, Pierre, "Los tres estados del capital cultural", en *Sociológica*, México, UAM-Azcapotzalco, No. 5, pp. 11-17.
- BRAVO LIRA, Bernardino, "Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación", en *Revista de Historia del Derecho*, No. 28, 1991, pp. 7-22.
- BRUNDAGE, James et al, *Sexual practices and the Medieval Church*, Nueva York, Prometheus Books, 1982.
- , *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*, Trad. Mónica Utria de Neira, México, FCE, 2000.
- E. BURGINKLE, William, *Sodomy, Masculinity and Law in Medieval Literature. France and England, 1050-1230*, Nueva York, Cambridge University Press, 2004.
- CALASSO, Francesco, "Iurisdictio nel diritto comune clasico" en *Annali di Storia del Diritto*, Milán, Vol. 9, 1965, pp. 89-110.
- Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, París, PUF, 1998.
- , *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París, PUF, 2ª ed., 2006.
- , *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, París, PUF, 2008.
- CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador, "La lucha contra la corrupción en la Nueva España según la visión de los neoestoicos", en *Historia Mexicana*, Vol. LV, No. 3, 2006, pp. 717-765.
- CARO BAROJA, Julio, "Honor y vergüenza", en J. G. PERISTANY, *El concepto del honor en la sociedad mediterránea*, Barcelona, Labor, 1968.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "Los escolásticos sobre la prostitución", en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. VII, Tomo 1, 2006, pp. 217-263.
- , *La ley natural. Una realidad por explicar*, México, UNAM, 2013.

- CASTAÑEDA, Carmen, "Penas para los violadores y estupradores en la Nueva Galicia", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 10, 1998, pp. 139-157.
- CASTILLO, Antonio, "Letras de penitencia. Denuncia y castigo públicos en la España moderna", en *Via Spiritus*, No. 15, 2000, pp. 57-74.
- CHAULET, Rudy, "La violence en Castille au XVIIe siecle a travers les Indultos de Viernes Santo", en *Crime, History and Societies*, Vol. I, No. 2, 1997, pp. 5-27.
- CHIODI, Giovanni, "Crimini enormi e tortura ex processu informativo: una violazione dei diritto di difesa dell' imputato?", en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, No. 13, 2016, pp. 72-107.
- CLAVERO, Bartolomé y et al, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990
- CLOUD, J. D. "Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis", en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Vol. 88-1, 1971, pp. 1-66.
- COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, María José, *El delito de estupro en el derecho castellano de la baja edad moderna*, Madrid, Dykinson, 2012.
- CONDORELLI, Orazio, "Le origini teológico-canonistiche della teoría delle leges mere poenales (secoli XIII-XVI)", en SCHMOECKEL, Mathias et al, *Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur*, Colonia, Böhlau, Vol. III, 2012, pp. 55-98.
- CONTRERAS, Sebastián, "Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en Domingo de Soto y Francisco Suárez", en *Revista Direito GV*, Sao Paulo, Vol. XII, No. 1, Enero-Abril de 2016, pp. 87-101.
- CÓRDOBA, Ricardo, "Consideraciones en torno al delito de agresión sexual en la Edad Media", en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 5, 2008, pp. 187-202.
- COSTA, Pietro, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milán, Giuffrè, 1969.
- CRADDOCK, Jerry R., "Los pecados veniales en las Partidas y en el Setenario: dos versiones de Graciano, Decretum D.25 c.3", en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, No. 3, 1992, pp. 103-116.

- CUENA BOY, Francisco, "El castigo de las injurias causadas a los indios. Una página característica de Diego de Avendaño", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 19, 2012, pp. 9-25.
- CUTTER, Charles, *Libro de los principales rudimentos tocante a todos los juicios, criminal, civil y ejecutivo*, México, UNAM, 1994.
- DANIEL, William, *The purely penal law theory in the Spanish Theologians from Vitoria to Suárez*, Roma, Gregorian University Press, 1968.
- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformations of the *Ius Commune* (ca. 1500-1650)*, Leiden, Brill, 2013, pp. 250-275.
- , "The Judge's Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness", en MARTYN, Georges, MUSSON, Anthony y PIHLAJAMÄÄKI, Heikki, *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlín, Duncker and Humblot, 2013 pp. 69-94.
- DELUMEAU, Jean, *La confesión y el perdón*, Trad. Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 1992.
- DÍEZ SALAZAR FERNÁNDEZ, Luis M., "La 'poena cullei', una pena romana en Fuenterrabia (Guipúzcoa) en el siglo XVI", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 59, 1989, pp. 581-595.
- DOUGNAC, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, 1994.
- DUVE, Thomas, "Algunas observaciones acerca del modus operandi y la prudencia del juez en el Derecho Canónico Indiano", en *Revista de Historia del Derecho*, No. 35, 2007, pp. 195-226.
- EDGERTON, Samuel, *Pictures and punishment. Art and Criminal Prosecution during the Florentine Renaissance*, Londres, Cornell University, 1980.
- ENGELMANN, Woldemar, *Die schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung. Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1895.
- EVANS, G. R., *Law and Theology in the Middle Ages*, Londres, Routledge, 2002.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, Madrid, Iustel-UNED, 2009.

FIRPO, Arturo R. "Los reyes sexuales (Ensayo sobre el discurso sexual durante el reinado de Enrique IV de Trastámara, 1454-1474)", en *Mélanges de la Casa de Velázquez*, No. 20, 1984, pp. 217-227.

MARGADANT S., Guillermo Floris, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1971.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, "Imbecillitas sexus", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 20, 2013, pp. 27-66.

Susana GARCÍA LEÓN, "Un formulario de causas criminales de la Nueva España", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 9, 1997, pp. 83-148.

—————, *La justicia en la Nueva España. Criminalidad y arbitrio judicial en la Mixteca Alta (siglos XVII y XVIII)*, Madrid, Dykinson, 2012.

GARNOT, Benoit, "Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Règime", en *Crime, History and Societies*, Vol. IV, No. 1, 2000, pp. 103-120.

GARRIGA Carlos y LORENTE, Marta, "El juez y la ley. La motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, No. 1, 1997, pp. 97-144.

—————, "Justicia animada. Dispositivos de la justicia en la Monarquía Católica", en *Cuadernos de derecho judicial*, No. 6, 2006, pp. 59-106.

GARZA CARVAJAL, Federico, *Butterflies Will Burn. Prosecuting Sodomites in Early Modern Spain and Mexico*, Austin, University of Texas Press, 2003.

GODOY PROATTI, Elaine, "La conciencia y los embates subjetivos y jurídicos de la función del juez en la América colonial del siglo XVII", en *Revista de Historia del Derecho*, No. 48, Julio-Diciembre de 2014, pp. 143-164.

GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Marcial Pons, 1996.

—————, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003

GRUNERT, Frank, "Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel

- Francisco de Vitoria”, en SCHLOSSER, Hans y WILLOWEIT, Dietmar, *Neue Wege Strafrechtsgeschichtlicher Forschung*, Colonia, Böhlau, 1999, pp. 313-332.
- GRUZINSKY, Serge, “Las cenizas del deseo. Homosexuales novohispanos a mediados del siglo XVII”, en Sergio ORTEGA NORIEGA (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana*, México, INAH, 1986, pp. 255-283.
- HESLES BERNAL, José Carlos, *El vuelo de Astrea. Configuración jurídico-política de la Monarquía Católica*, México, Porrúa, 2005.
- HESPANHA, Antonio Manuel, “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”, en *Economía de la gracia*, Trad. Ana Cañellas Haurie, Madrid, CEC, 1993.
- , *Imbecillitas. As bem-aventuracas da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, Sao Paulo, UFMG, 2008.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho romano*, Madrid, Ariel, 15ª ed., 2004.
- JACOB, Robert, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age a l'age classique*, París, Le Léopard d'Or, 1994.
- , “Jugements des hommes et judgment de Dieu à l'aube du Moyen Age”, en Robert JACOB (ed.), *Le juge et les jugements dans les traditions juridiques européennes*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1996, pp. 41-50.
- JIMÉNEZ FAJARDO, José, *La esencia del pecado venial en la segunda edad de oro de la teología escolástica*, Facultad Teológica de la Compañía de Jesús, Granada, 1944.
- LACARRA LANS, Eukene, “Incesto marital en el derecho”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 7, 2010, pp. 16-40.
- LANGBEIN, John H., “The historical origins of the sanction of imprisonment for serious crimes”, en *The Journal of Legal Studies, The University of Chicago Law School*, Vol. V (1), Enero de 1976, pp. 35-60.
- LAINGUI, André, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI-XVIII siècle)*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1970.
- , “La théorie de la complicité dans l'ancien droit penal”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, No. 27, 1977, pp. 27-65.

_____, "Theologie morale, casuistique et droit pénal. Le juge criminel dans la Somme Theologique de Saint Thomas d'Aquin", en *Houd voet bij Stuk*, Lovaina, F. Stevens-D. Van den Auweele, 1990, pp. 481-502.

LAVENE, Vincenzo, "Restituire, condonare. Lessico giuridico, confessione e pratiche sociali nella prima età moderna", en Karl HÄRTER y Cecilia NUBOLA, *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardomedioevo ed età contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, pp. 389-411.

LAVRIN, Asunción (coord.), *Sexualidad y matrimonio en la América hispana, siglos XVI-XVIII*, México, Conaculta, 1991.

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

LIDA DE MALKIEL, María Rosa, *La Idea de la Fama en la Edad Media Castellana*, México, FCE, 1983, p. 30.

LIRA, Andrés, "El indio como litigante en cincuenta años de audiencia (1531-1580)", en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM-ELD, 1995, pp. 765-782.

_____, "Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732", en *Historia Mexicana*, Colmex, México, Vol. LV, No. 4, 2006, pp. 1139-1178.

LOZANO ARMENDARES, Teresa, *No codiciarás a la mujer ajena. El adulterio en las comunidades domésticas novohispanas. Ciudad de México, siglo XVIII*, México, UNAM, 2005.

MALDONADO DE ELIZALDE, Eugenia, "*Lex Iulia de Adulterii Coercendiis* del emperador César Augusto (y otros delitos sexuales asociados)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, No. 17, 2005, pp. 365-413.

MALINOWSKI, Bronislaw, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1985.

MANTECÓN, Tomás, "Mujeres forzadas y abusos deshonestos en la Castilla moderna", en *Manuscrits*, No. 20, 2000, pp. 158-185.

_____, "Los criminales ante la concesión del indulto en la España del siglo XVIII", en *Protohistoria*, Año V, No. 5, 2001, pp. 55-82.

_____, "El peso de la infrajudicialidad en el control del crimen durante la Edad Moderna", en *Revista de Historia Moderna*, No. 28, 2002, pp. 43-76.

_____, “El mal uso de la justicia en la Castilla del siglo XVII”, en FORTEA, José I., GELABERT, Juan E. y MANTECÓN, Tomás (coords.), *Furior et rabies. Violencia, conflicto y marginación en la Edad Moderna*, Santander, Universidad de Cantabria, 2002, pp. 69-98.

_____, “La economía del castigo y el perdón en tiempos de Cervantes”, en *Revista de Historia Económica*, Año XXIII, No. Extra, 2005, pp. 69-97.

MARCHETTI, Paolo, “I limiti della giurisdizione penale. Crimini, competenza e territorio nel pensiero giuridico medievale”, en BELLABARCA Marco (comp.), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Berlín-Bolonia, Il Mulino-Duncker und Humblot, 2001.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, “Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Vol. Extraordinario, 2010, pp. 303-356.

_____, “El proceso canónico y la verdad”, en Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (coord.), *El ius commune y la formación de las instituciones de derecho público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 209-239.

MAYAGOITIA, Alejandro, “Notas sobre las reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de Fray Jerónimo Moreno, O. P.”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 8, 1996, pp. 309-336.

MECCARELLI, Massimo, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milán, Giuffré Editore, 1998.

MKNIGHT, J., “Justicia sin abogados en la frontera hispano-mexicana del norte”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, No. 10, pp. 597-610.

MOLINA, Fernanda, “La herejización de la sodomía en la sociedad moderna. Consideraciones teológicas y praxis inquisitorial”, en *Hispania Sacra*, Vol. LXII, No. 126, Julio-Diciembre de 2010, pp.539-562.

MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano*, Trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, Analecta Editorial, 1999.

MONTANOS FERRÍN, Emma, “La inexistencia de circunstancias agravantes en el derecho histórico”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 74, 1988, pp. 399-441.

—————, *Estudios de Historia del Derecho Criminal*, Madrid, Dykinson, 1990.

—————, “An de die vel de nocte”, en *Rivista Internazionale di Diritto Comune*, No. 9, 1998, pp. 48-80.

—————, “La atroz pena del saco en el sistema del derecho común”, en *Rivista Internazionale di diritto commune*, No. 19, 2008, pp. 153-162.

MONTERO AROCA, Juan, *La herencia procesal española*, México, UNAM, 1994.

MONTERO CARTELLE, Emilio, “La sexualidad medieval en sus manifestaciones lingüísticas: pecado, delito y algo más”, en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 7, 2010, pp. 41-58.

MORÁN MARTÍN, Remedios, *Historia del derecho privado, penal y procesal. Parte teórica*, Madrid, Universitas-UNED, Tomo I, 2002.

MORALES PAYÁN, Miguel Ángel, *La configuración legislativa del delito de lesiones en el Derecho Histórico Español*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1997.

MORIN, Alejandro, “Pecado e individuo en el marco de una antropología cristiana medieval”, en *Bulletin du Centre d'Études Médiévales d Auxerre*, No. 2, 2008, pp. 1-19.

OLIVIER, Guilhiem, “Conquistadores y misioneros frente al pecado nefando”, en *Historias*, México, No. 28, Abril-Septiembre de 1992, pp. 47-56.

ORLANDIS, José, “Sobre el concepto de delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, No. 16, 1945, pp. 112-192.

—————, “Las consecuencias del delito en el derecho de la Alta Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, No. 18, 1947, pp. 61-165.

ORTEGA BAÚN, Ana E., *Sexo, pecado, delito. Castilla de 1200 a 1350*, Madrid, Bubok, 2013.

ORTEGA NORIEGA, Sergio (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana*, México, INAH, 1986.

ORTEGO GIL, Pedro, "El parricidio en la práctica de la Real Audiencia de Galicia", en *Dereito*, Vol. 5, No. 1, 1996, pp. 245-273.

—————, "La estancia en prisión como causa de aminoración de la pena (siglos XVII-XVIII)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LIV, 2001, pp. 43-70.

—————, "Innocentia praesumpta: absoluciones en el Antiguo Régimen" en *Cuadernos de Historia del Derecho*, No. 10, 2003, pp. 71-125.

—————, "Notas sobre el arbitrio judicial usque ad mortem en el Antiguo Régimen", en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Volumen Extra, 2004, 211-233.

—————, "Sentencias criminales en Castilla: entre jueces y abogados", en *Clío y Crimen. Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 10, 2013, pp. 359-372.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Milán, Il Mulino, 2003.

PAYER, Pierre J. *The Bridling of Desire: Views of Sex in the Later Middle Ages*, Toronto, University of Toronto Press, 1993.

PENNINGTON, Kenneth, *The Prince and the Law, 1200-1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Los Angeles, University of California Press, 1993.

PRODI, Paolo, *Il sacramento del potere: il giuramento político nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bolonia, Il Mulino, 1992.

RAMOS VÁZQUEZ, Isabel, "La represión de los delitos atroces en el derecho castellano de la Edad Moderna", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 26, 2004, pp. 255-299.

—————, "Cárceles públicas y privadas en el derecho medieval y castellano. El delito de cárceles particulares", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 28, 2006, pp. 339-386.

REYES, Guillermo de los, "Curas, Dones y Sodomitas': Sexual Moral Discourses and Illicit Sexualities among Priests in Colonial Mexico", en *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, Vol. 67, No. 1, Enero-Junio de 2010, pp. 53-76.

RIQUELME JIMÉNEZ, Carlos José, *La administración de justicia en el Siglo de Oro: la obra de Francisco de Quevedo*, Madrid, Instituto de Estudios Manchegos-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2004.

RODRÍGUEZ ARROCHA, Belinda, “La concepción jurídica y moral del adulterio en Roma: fuentes para su estudio”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, No. 27, 2010, pp. 127-138.

—————, *La justicia penal en Canarias en el Antiguo Régimen, siglo XVI a XVIII*, Tesis doctoral, Universidad de la Laguna, 2010.

RODRÍGUEZ FLORES, María Inmaculada, *El perdón real en Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1971.

RODRÍGUEZ ORTIZ, Victoria, *Historia de la violación. Su regulación jurídica hasta fines de la Edad Media*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-PENELAS, Horacio, “La restitución, pena económica del delito en la realidad hispanoamericana. La visión de un teólogo (Mercado) y de un jurista (Albornoz)”, en CRUZ CRUZ, Juan, *Delito y pena en el siglo de oro*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 111-124.

ROLKER, Cristof, *Canon Law and The Letters of Ivo of Chartres*, New York, Cambridge University Press, 2009.

ROSELLÓ, Estela *Así en la tierra como en el cielo: manifestaciones cotidianas de la culpa y el perdón en los siglos XVI y XVII en la Nueva España*, México, Colmex, 2006.

ROUMY, Franck, “L’ignorance du droit dans la doctrine civiliste des XIIe-XIIIe siècles”, en *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, No. 7, 2000.

SALAS, Alberto Mario, *Crónica florida del mestizaje de las Indias, siglo XVI*, Buenos Aires, Losada, 1960.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José “En torno al Derecho indiano vulgar”, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, No. 1, 1994, pp. 13-24.

—————, “El arbitrio judicial en la Nueva España. Los delitos contra la vida en las cuerdas de reos”, en José SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, (coord.), *El arbitrio judicial en el Antiguo Régimen. España e Indias, siglos XVI-XVIII*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 461-471.

SBRICCOLI, Mario, “La tríade, le bandeau, le genou. Droit et proces pénal dans les allegories de la Justice du Moyen Age a l’age moderne”, en *Crime, History and Societies*, Vol. 9, No. 1, 2005, pp. 1-42.

SCHMOECKEL, Mathias, "Nemesis: a historical glimpse into the Christian reasons for punishment", en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, No. 81, 2013, pp. 159-197.

SCHNAPPER, Bernard, *Les peines arbitraires du XIII au XVIII siècle (doctrines savante et usages français)*, París, Librairie Générale de droit et Jurisprudence, 1974.

SCHNYDER, Sibylle, *Tötung und Diebstahl. Delikt und Strafe in der gelehrten Strafrechtswissenschaft des 16. Jahrhunderts*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2010.

SCHULTZ, Fritz, *Principios del derecho romano*, Trad. Manuel Abellán Velasco, Madrid, Civitas, 1990.

Kurt SEELMANN, *Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

—————, "Thomas von Aquin am Schnittpunkt von Recht und Theologie", en *Luzerner Hochschulreden*, Lucerna, No. 11, 2000.

SERRA RUIZ, Rafael, "Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español", en *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, 1966.

SIMÓN LÓPEZ, María, *Delitos carnales en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Granada, Tesis doctoral, 2010.

SOBERÁNES FERNÁNDEZ, José Luis, *Los Tribunales de la Nueva España*, México, UNAM, 1980.

SOLÓRZANO TELECHEA, Jesús Ángel, "Poder, sexo y ley. La persecución de la sodomía en los tribunales de la Castilla de los Trastámara", en *Clio y Crimen. Revista del centro de Historia del Crimen de Durango*, No. 9, 2012, pp. 285-396.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

THÉRY, Julien "Atrocitas/enormitas. Esquisse pour une histoire de la catégorie de 'crime énorme' du Moyen Âge à l'époque moderne", en *Clio-Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, No. 4, 2011. Disponible en: <http://www.cliothemis.com/Atrocitas-enormitas-Esquisse-pour>. [Consultado el 10 de enero de 2014]

THOMAS, Yan, "Parricidium. Le père, la famille et la cité (La lex pompeia et le système des poursuites publiques, en *Mélanges de l'École française de Rome Antiquité*, Roma, 1981, pp. 643-715.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco, "El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 31, 1961, pp. 94-114.

—————, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969.

TORRES AGUILAR, Manuel, *Teatro de iniquidad: un escenario de abusos en la justicia de Nueva España*, Messina, Rubbetino, 2001.

TRASLOSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge, "El pecado y el delito. Notas para el estudio de la justicia criminal eclesiástica en la Nueva España del siglo XVII", en *Alegatos*, No. 58, Septiembre-Diciembre de 2004, pp. 369-378.

—————, "Orden judicial y herencia medieval en la Nueva España", en *Historia Mexicana*, Vol. LV, No. 4, 2006, pp. 1105-1138.

VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, CEC, 1992.

—————, "Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought. An essay in Reinterpretation", en *Ius commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgechichte*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, Vol. XIX, 1992.

—————, "Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de historiografía procesal en España (1979-1988)", en *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 21-56.

VINCI, Stefano, "La diffusione del processo romano-canonico in Europa. Il Liber Belial tra fonti giuridiche canonistiche e romanistiche", en *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, Fráncfort, MPIELH, 2012.

VON WEBER, Hellmuth, "Influencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 23, 1953, pp. 741-764.

WHITMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, Yale University Press, 2008.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, USA, Oxford University Press, 1996.