

**FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**EL ESTANCAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS
DE JUSTICIA PENAL EN NUEVA ESPAÑA**

**TESINA QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN HISTORIA,
PRESENTA:**

ADRIANA TERÁN ENRÍQUEZ

ASESOR: MTRO. ALFREDO RUIZ ISLAS



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

*En nombre de mi madre,
de mi Lucy, y en el mío propio,
dedico este trabajo a mis amados tíos:
Gloria, Conchita, Jesús,
María y Joaquín.*

EL ESTANCAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA PENAL EN NUEVA ESPAÑA

SUMARIO

- 1.- Introducción.**
- 2.- Justicia y cultura en el ámbito criminal.**
- 3.- El derecho penal romano y su impacto en la península ibérica.**
- 4.- El procedimiento penal en el reino de Castilla (siglos XVI-XVII).**
- 5.- La justicia en Nueva España: audiencia de lo criminal.**
- 6.- Tránsito ilustrado en materia penal: humanización de las penas.**
- 7.- La *ajenidad* novohispana ante la Ilustración en materia penal.**

CONSIDERACIONES FINALES.

FUENTES.

1.- Introducción.

Los procesos para la aplicación de la justicia penal, que suelen culminar en la imposición de penas corporales, son el lugar donde se puede observar con claridad, la eficacia del entramado normativo que una sociedad o sus cabezas, han impuesto para organizar un grupo social. La reflexión sobre las conductas que se consideran tan graves como para recibir una pena dolorosa, las reglas y la forma de actuar que el derecho establece y que deben seguir quienes determinan que la persona merece esa pena, nos ofrece una proyección de lo que esa comunidad pretende *llegar a ser*. La práctica en la vida real nos podría ayudar a comprender *cómo es*. El estudio de la evolución de lo que se ha llamado por la modernidad *derecho penal*, nos ofrece también la posibilidad de observar el modo en que va cambiando la forma de valorar al ser humano frente al poder¹.

A pesar de la importancia del estudio del pasado de esta rama jurídica, los juristas se han ocupado con mucho mayor interés de la evolución del derecho en sus aspectos de regulación de relaciones privadas, de índole comercial, las que conllevaron la integración de principios en materia civil y mercantil. Las normas que regían en el pasado las sanciones para quienes violasen la ley, suelen considerarse “superadas” y se les estudia como arqueología jurídica, con el argumento de la nula recepción que de ellas tiene el derecho penal actual, que ciertamente se construye a partir de los principios propuestos por los ilustrados en materia de humanización de penas desde el siglo XVIII, y con mayor impacto en el siglo XX, cuando se proponen, con cariz humanitario, proyectos estatales sobre la prevención del delito y la readaptación social de los infractores.

Así, la rama criminal, que es una de las fibras más sensibles del mundo jurídico, ha sido poco abordada desde la perspectiva del impacto que tiene en la sociedad como factor represivo, amén de su carácter de elemento organizador de las congregaciones humanas. Esta carencia de investigaciones se acentúa en el ámbito mexicano. Si bien abogados especialistas en derecho penal han escrito algunas reflexiones sobre el derecho prehispánico, resaltando

¹ Cfr Michel Foucault, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992, p. 56.

su carácter religioso y enfatizando, casi como frailes del siglo XVI, la extrema crueldad y rigor para la aplicación de las penas de este sistema jurídico, son pocos los que se han interesado en exponer lo que pasó en este rubro durante los tres siglos de dominación española.

Generalmente los estudios enfocados en este período, con interés de carácter judicial penal, se abocan al estudio del Tribunal Inquisitorial, que suele llamar la atención en virtud de la fama brutal que adquirió por las inclementes matanzas de supuestos herejes que se cometieron en Europa². Sin embargo, en Nueva España el Tribunal del Santo Oficio tuvo menos impacto pues materialmente no se daba abasto con las causas. El Tribunal de la Inquisición en estas tierras, se mantuvo “en calidad de testigo, y de vez en cuando de censor”³. El número de las causas que atendió en América, fue mucho más bajo del que juzgó en sus versiones europeas.

Asimismo, temas como el trato al reo en los tribunales seculares (la Acordada por ejemplo) han sido poco reflexionados desde la luz de las propuestas ilustradas del siglo XVIII europeo. La cultura creada en el difuso territorio novohispano fue el resultado del sincretismo de las costumbres de grupos humanos diversos, pero principalmente de la colisión que representó el encuentro de poblaciones diferentes y desconocidas entre ellas: europeos y mesoamericanos. Ambos conglomerados humanos llevaban un ritmo de evolución social y cultural propio.

La dominación cultural occidental lleva a leer habitualmente el proceso de aculturación desde los ojos europeos, mientras que es relativamente reciente el rescate del modo en que aquellos nativos sobrevivientes de esta tierra sintieron y vivieron este choque⁴.

La organización jurídica de cada una de estas sociedades era también distinta. Las nociones de derecho, justicia, orden, equidad, u otros relacionados, son producto de las experiencias históricas pertenecientes a

² Cfr Solange Alberro, *Inquisición y Sociedad en México 1571-1700*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 198.

³ *Idem*.

⁴ En las últimas décadas con mayores herramientas epistemológicas, se ha abierto la posibilidad de analizar con diferentes perspectivas el suceso de la conquista, para lo cual destacados investigadores han aportado reflexiones, sobre todo desarrollando esta vez el punto de vista indígena.

cada cultura, y de este modo cada una de ellas tenía sus propios elementos conformadores de un sistema de derecho propio.

Entre los pueblos mesoamericanos, una tradición jurídica oral y consuetudinaria era la que marcaba los lineamientos sociales. Se vivía en un estadio comunal en que la realidad giraba en torno a la religión y los dioses decidían la manera en que el ser humano debía vivir y morir, siempre usando como intermediarios a los sacerdotes, que definían gobiernos teocráticos y posteriormente monárquicos, aunque con una cimentación de origen divino. Su sistema normativo se atenía a mantener el orden cósmico, el equilibrio vital, por lo que sus reglas jurídicas eran dictadas por las divinidades y transmitidas por los viejos y sacerdotes. En este mundo la secularización del derecho no tuvo cabida.

Al considerar el pasado del altiplano central mesoamericano, resulta evidente que en el siglo XVI hubo un cambio radical en su estructura. La ocupación del territorio por miembros de una cultura muy distinta a las que habitaban hasta ese momento el continente, provocó un choque social que alteró los equilibrios de este mundo prehispánico.

En materia de aplicación de penas, los castellanos creían haber superado estadios primitivos en los que enmarcaban las prácticas indígenas, que castigaban con severidad determinados delitos. Se impuso un modo europeo de impartir justicia, que se arrastraba desde la Edad Media y que en tierras americanas tomó un carácter propio⁵.

La implantación de las instituciones jurídicas castellanas en tierras americanas fue una política de gobierno durante el siglo XVI y característica de los gobiernos de la dinastía de los Austrias, los cuales vivieron su esplendor durante los gobiernos de Carlos I y Felipe II, con la culminación del proceso de centralización del poder en la península ibérica, y con el aprovechamiento de los numerosos recursos naturales que llegaban de América, para luego dejar paso al esplendor francés y caer durante el XVII en una crisis económica que afectará el ámbito político y, junto con ello, lo referente a la aplicación de

⁵ Debe tenerse en cuenta que uno de los logros de Isabel I de Castilla y León, poco antes del gran descubrimiento que el Viejo Continente hizo, fue centralizar la aplicación de la justicia, que entre otras medidas restaba poder a los señores feudales, obteniendo de este modo la posibilidad de fortalecer la autoridad central del reino. Las prácticas en materia de aplicación de justicia penal seguían siendo crueles, sin embargo, los procedimientos, aunque delineados, se alejaban de la ley.

justicia en general⁶. Así como el mundo jurídico hispano siguió su curso histórico en la península, cada institución de las traspasadas a América, adquirió su propio matiz en la medida en que se adecuó a una realidad diversa. Entre estas figuras se hallaba la referente a los procesos para la aplicación de la justicia penal.

Se ha indicado ya que los contextos social y económico determinan la forma en que se desarrollan las instituciones que se crean para gobernar un territorio. Ahora se comentará el caso novohispano, que será sobre el que se reflexione a lo largo del trabajo.

En la Nueva España, los criterios que definieron la estratificación social a lo largo de los siglos virreinales fueron, esencialmente, el jurídico-teológico que, con base en normas de derecho y religiosas, establecía las diferencias habidas entre uno y otro núcleo social; el étnico, en los años inmediatos de la conquista imposible de ocultar, pero más difícil de diferenciar en la medida en que las razas se mezclaban; y el económico, que funcionaba en relación directa con los otros dos criterios.

La sociedad novohispana, como todas las sociedades humanas desde los orígenes de la humanidad, necesitaba garantizar su seguridad individual y colectiva. Aunque fueron muy distintas las circunstancias en que se desarrolló el núcleo social en la Nueva España del siglo XVI, recién iniciada la conquista, a la del siglo XVIII, en los albores de la independencia, lo cierto fue que la dificultad para controlar los actos delictivos representó una constante en el proceso de integración de la sociedad indiana. Para las autoridades indianas representó un problema, que no dejó de acecharles. Las audiencias, al principio gobernadoras, y luego del establecimiento del virreinato esencialmente judiciales, se organizaron para aplicar justicia de carácter penal, tratando de adaptarse a las circunstancias del contexto, que exigían un trato diferenciado para los indígenas, pero recurriendo a instituciones jurídicas castellanas como la figura de la *apelación*, o la costumbre de cobrar si se

⁶ Para una referencia completa del período, véase John Lynch, *España bajo los Austrias (imperio y absolutismo)*, Barcelona, Ediciones Península, 6ª ed., 1989, pp. 51 y 221, *passim*

quería ventilar un litigio ante los oídos⁷. En los trescientos años de dominio español se fueron asentando las instituciones y funcionando al modo indiano.

Para el siglo XVIII, en Europa, la cuestión del trato al delincuente o trasgresor generó cierta controversia por las circunstancias relativas a las ideas ilustradas, que por un lado daban pie a la sociedad para reforzar los mecanismos que cubrieran su necesidad de seguridad, y por otro comenzaban tímidamente a preocuparse por los derechos de los procesados y delincuentes en tanto seres humanos, o a cuestionar la licitud ética de los procedimientos penales. A España estas ideas llegaban en débiles ecos, y el consecuente letargo novohispano era evidente y casi lógico.

Este trabajo tiene el objetivo de reflexionar sobre el modo en que los principios de justicia de carácter penal en Nueva España tuvieron un estancamiento en comparación de las ideas ilustradas en materia penal que se presentaban en Europa, principalmente en la península itálica. Para ello, se examinará el modo de concebir y aplicar la justicia penal en Castilla y la ruta por la que éste desembocará en Nueva España, para adquirir aquí un matiz propiamente americano. Si en España las ideas ilustradas penetraban a cuentagotas, en América fue aún más lenta su adopción.

Los principios de humanidad en los castigos, de proporcionalidad entre la conducta y la pena, o el de estricta legalidad, así como el monopolio de la acción penal por parte del gobierno, fueron propuestos desde mentes europeas que reflexionaban en torno al valor intrínseco del ser humano y a su capacidad de raciocinio, y aunque su adopción por parte del poder político obedeció más bien a fines económicos y de poder, como Foucault propuso⁸, lo cierto es que varios monarcas europeos decidieron poner en marcha reformas jurídicas que los incorporasen. En América, en cambio, parecía que la población indiana se hallaba en un sopor jurídico que estancaba a la sociedad, en este caso particular a la novohispana, en un ambiente medieval donde los principios de justicia penal seguían empalmándose con las normas religiosas y la justicia aún

⁷ Esta costumbre la refiere Ethelia Ruiz en su estudio sobre la segunda audiencia y el virreinato de Antonio de Mendoza, al analizar el problema de la administración de justicia para los indígenas, ya que éstos no podían costear los gastos que acarreaba un juicio. Ethelia Ruiz Medrano, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: segunda audiencia y Antonio de Mendoza*, Colegio de Michoacán y Gobierno del Estado de Michoacán, México, 1991, p. 39.

⁸ Cfr. Michael Foucault, *Microfísica del poder*, op.cit y *Vigilar y castigar (Nacimiento de la prisión)*, Madrid, siglo XXI, 1998, *passim*.

podía ser aplicada por particulares, prácticamente siguiendo las antiguas formas de la venganza privada.

2.- Justicia y cultura en el ámbito criminal.

La condición humana requiere de un organizador que regule la vida en sociedad, de la que somos dependientes como especie, y que permite el desarrollo vital de los seres humanos. De esta manera, cada cultura forma su modo de organización propio y tiene ciertos códigos de comunicación y regulación asumidos por los miembros del grupo. Estos códigos implican, por ejemplo, un lenguaje común con significados asequibles para esa sociedad. Conceptos abstractos como el de *justicia* conducen a un entendimiento más profundo de la cultura, para intentar desentrañar el alcance semántico de este vocablo.

El discurrir vital hace dinámicas a las culturas, que se van adaptando, con más o menos rapidez, a los cambios en la población, en la cultura, a eventos políticos o naturales. La cultura novohispana se integró con los elementos propios de la cultura castellana y peninsular, mezclados con lo que quedó de las culturas mesoamericanas previas a los descubrimientos marítimos europeos. En materia jurídica, lo heredado por Castilla fue el derecho romano, recuperado por Alfonso X en sus siete partidas.

Los romanos bautizaron la forma de organización humana con la palabra latina *directus*, que luego se vulgarizará en diversas expresiones en lenguas romances, por lo que esta raíz será la que la cultura occidental herede para nombrar la normatividad a la que se debe atener. La palabra “derecho” lleva dicha carga semántica en el castellano.

Si se alude a su raíz etimológica, derecho es justamente lo directo, lo que es recto, salvo de vericuetos y distracciones. Se empalma con el término justicia, otra palabra de origen latino que alude a la virtud de “dar a cada uno lo suyo” definición atribuida al jurista romano Ulpiano, quien vivió en el siglo III d.n.e, ya en el imperio. De este modo, el derecho se transforma en esa forma de organización que hace actuar rectamente, aludiendo a la rectitud como la justicia. Tales son valores que, sin embargo, cambian acorde con las sociedades y los tiempos.

En términos generales, puede definirse al derecho como una forma de organización social, creada por la comunidad a la que rige para armonizar el período vital de los hombres que la integran y heredar el sistema jurídico a

quienes corresponda seguir viviendo en ese contexto histórico. Se hace objetivo en códigos normativos que dibujan un orden social.

La necesidad de reprimir al integrante de la sociedad que violenta la norma aceptada por su entorno social, da origen a instrumentos de control para juzgar y castigar la trasgresión. Estos instrumentos varían en cada lugar y época en que se estudie al ser humano en su devenir histórico. En comunidades primitivas, la venganza privada, la ley del talión o la barbarie extrema¹ en los castigos fueron comunes, aceptadas y promovidas, atendiendo sobre todo a la intención de provocar dolor en el cuerpo del infractor, a la vez de ofrecer un escarmiento que, con el carácter público que tenía la aplicación de la pena, fungía también como entretenimiento para los integrantes del grupo. La persona no se consideraba como ente individual sino como parte de un entorno que había alterado, por lo que el castigo resultaba necesario, sin tener en cuenta sus características como ser individual. A su vez, el derecho y la religión eran uno solo, por lo que las leyes tenían un carácter sagrado, “el derecho no había nacido de la idea de justicia, si no de la religión y no se concebía fuera de ella².”

En la medida en que las sociedades crecieron, las relaciones entre sus miembros se hicieron más complejas, por lo que se fue gestando paulatinamente también un cambio en la relación del individuo con su entorno, con el poder, con otros de su misma especie, e inclusive consigo mismo.

Aunque se puede distinguir una línea de continuidad en la cultura europea que pasa por comunidades primitivas, culturas antiguas, Grecia, Roma, Edad Media, Renacimiento, Modernidad y posmodernidad, lo cierto es que estas categorías conviven paralelamente en la realidad, por lo que cada núcleo social combina, o ha combinado, características que definen a cada uno de estos estadios históricos.

La manera en que se gobierna cada grupo social ha sido determinante para conocer la forma en que se trata a los trasgresores del orden y la ley. Los sacerdotes en las teocracias castigaban duramente a estos transgresores, argumentando que la persona había violentado un orden sagrado. En las monarquías, la figura del Rey se convertía en inviolable por lo que se explica

¹ Ello resulta notoriamente contrastante con la propuesta cristiana de “poner la otra mejilla”.

² Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 144.

que los delitos de *lesa majestad* fuesen castigados con crueldad extrema. Las democracias castigarán en nombre de la *voluntad general* por lo que, en algunas de ellas, los delitos considerados atroces reciben una pena igualmente atroz, que la sociedad impone como desquite a su afectación.

En la historia de Europa el establecimiento del cristianismo como religión oficial del imperio romano en 380, penetró en las organizaciones políticas con esta nueva filosofía religiosa monoteísta que confirmaba que el poder provenía de Dios, y su vicario era quien lo debía ejercer. Las coronaciones que el papa presidía tomaron prácticamente una esencia sacramental que legitimaba el poder de los reyes en cuestión, colocándolos por encima del resto de los mortales, por lo que la traición a ellos se denominaba “alta” traición³.

Paralelo al inicio del período denominado por los historiadores como “modernidad”, acabada la Edad Media, las figuras estatales comenzaron a cobrar forma dando origen a los Estados modernos. De este modo, las primeras organizaciones estatales procuraron centralizar las tareas legislativas y judiciales, haciendo a la cabeza del Estado una entidad con derecho de vida o muerte sobre los sujetos. Conforme fue cambiando la estructura estatal llegó un momento que esta facultad sobre la vida de un individuo debía estar sustentada en una norma jurídica, llámese cédula real en el Antiguo Régimen, o código a partir del siglo XIX.

A pesar de la nula sistematización del derecho hasta antes del siglo XIX, la ramificación de la realidad humana y social motivó una distinción de normas acorde con las relaciones y actuaciones que ellas regulaban. Para llegar a acuerdos de voluntades se seguían ciertos patrones o fórmulas aceptadas por el grupo, que finalmente le daban estabilidad a las relaciones sociales y sentaban las bases de la estructura jurídica⁴. La trasgresión a la norma impuesta y aceptada por una comunidad creaba una circunstancia distinta en la que era necesario emplear la fuerza que daba la unión del grupo para demostrar que no se debía romper el orden impuesto ni ir en contra de los valores creados culturalmente en dicha congregación. Este razonamiento, de

³ Cfr. Walter Ullmann, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona, Ariel, 1999, p. 85 y ss.

⁴ Un ejemplo de ello es el sistema procesal formulario usado entre los romanos, que establecía las palabras precisas que debían de decir los contratantes y testigos, o la actitudes corporales exactas que debían tener, para que los contratos fuesen válidos.

naturaleza casi intuitiva, es lo que da origen a la parte de la organización jurídica que se encargará de someter a aquél que salga de la norma y castigarlo, como parte del proceso para mantener la armonía alcanzada por el grupo.

Esta armonización se ve conformada por una serie de elementos que concuerdan con los intereses del grupo o de sus líderes. Estos elementos son conceptuales y propiamente físicos. Los conceptuales se refieren, por ejemplo a las difusas nociones de justicia, paz, venganza, reparación o rescate, y también aquellos conceptos más definidos como la norma en sí, o los tipos penales que se tienen en el derecho penal actual. Los elementos propiamente físicos son los sujetos que se ven inmiscuidos en la actualización de la hipótesis normativa⁵, que en un principio sólo son los directamente relacionados, es decir, el trasgresor y el afectado, y que luego, en la medida en que la sociedad se desarrolla dan pie a la entrada en juego de un tercero, representante del poder de quien gobierna, es decir, un juez.

En sociedades muy pequeñas, en las que cada miembro era conocido y valorado, la trasgresión se castigaba de manera particular, dándose pie a lo que se conoce como la etapa de la venganza privada, en donde prevalecía la Ley del Talión, que finalmente se consideraba justa para paliar el daño que había sufrido aquel a quien hubiesen violentado de cualquier modo. La propuesta de Foucault en este sentido, es que el procedimiento para llegar al castigo en estas primeras épocas tenía poco que ver con alcanzar la verdad sobre quién y cómo se había cometido la violación. El objetivo en las sociedades antiguas fue imponer el dicho del más poderoso, coincidiese o no con la realidad, y encontrar siempre a alguien que expiara la culpa, fuese o no realmente responsable⁶.

El fortalecimiento y progreso de instituciones de carácter político, íntimamente ligado con los aspectos de carácter económico, implican también una centralización de la justicia, cuya aplicación se limita cada vez más a los que ostentan el poder, para finalmente monopolizar el ejercicio de acciones

⁵ La hipótesis normativa es el supuesto que establece la norma y que se actualiza cuando en la realidad sucede el acontecimiento descrito. Cuando la norma establece una pena capital para el que mate a una persona, no se refiere a ningún individuo en particular, hasta que se actualiza la hipótesis y el sujeto que cometió el homicidio, ahora si en concreto, es condenado a muerte.

⁶ Michel Foucault, *Microfísica del poder*, op.cit., pp. 63-88.

contra quienes violenten la norma. La comunidad ha puesto, por razones pertenecientes a cada una, órganos de gobierno facultados para castigar al trasgresor.

El castigo incluye el resarcimiento para quien fue perjudicado con la violación de la norma, la posibilidad de que el culpable expíe su conducta, e inclusive la necesidad de que responda ante la autoridad a la que está sometido, llámese ésta *rey, tlahtoani, señor feudal, ahau*, u otro, o respondiendo ante una autoridad corporativa como los senados o consejos. El resarcimiento paliará el deseo de venganza del afectado, mientras que la expiación lo purificará por medio de algún sacrificio que se le impondrá por la fuerza, aludiendo al sometimiento a que está sujeto con respecto de la autoridad.

La excesiva severidad en las penas, desde las sociedades antiguas hasta por lo menos el siglo XVIII, implicaba un fin tanto de escarmiento como de expiación, y reflejaba el franco miedo a perder la armonía social alcanzada. Ello se comprende con mayor claridad si se tiene en consideración que, en las sociedades occidentales, el ser humano se comienza a descubrir como persona aislada y con valor intrínseco, hasta el movimiento racionalista del siglo XVII. Antes de ello, el sujeto es parte de una comunidad y como tal se responsabiliza de la armonía de ésta, y la severidad del castigo es comprendida en función del bienestar social, sin tener en cuenta las situaciones particulares de cada persona⁷. Esta reflexión expresa el modo en que la Ilustración fue devolviendo al ser humano su individualidad, aunque el proceso para que esta nueva manera de autoconcebirse llegase a todos los estratos sociales fue lento, por lo que, aun cuando encontramos en el siglo XVII los motores de la Ilustración, sus efectos no serían inmediatos.

Las formas de castigo varían en función de quien la aplica, a quién se le aplica, y a quiénes va dirigido el mensaje del castigo. De este modo, las

⁷ Foucault va más allá, y refiere que poco tiene que ver el desarrollo de la razón en los siglos previos al Renacimiento, con los cambios procedimentales en materia penal exigidos para llegar a la verdad: "Ninguna historia expresada en términos de progreso de la razón, perfeccionamiento del conocimiento, puede dar cuenta de la adquisición de la racionalidad de la indagación. Su aparición es un fenómeno político complejo y el análisis de las transformaciones políticas de la sociedad medieval explica cómo, porqué y en qué momento aparece este tipo de establecimiento de la verdad a partir de procedimientos jurídicos completamente diferentes [...] Sólo el análisis de los juegos de fuerza política de las relaciones de poder puede explicar las razones del surgimiento de la indagación". *Idem.*, p. 83.

tecnologías empleadas para castigar se atienen a estas circunstancias o incluso a la sofisticación misma que conlleva el desarrollo de la ciencia. El castigo solió implicar fines de escarmiento para advertir de esta horrorosa experiencia a quien se atreviera a violentar la norma, siendo el objetivo final hacer una exhibición del poder que detenta quien gobierna⁸.

El trasgresor se convierte en enemigo, y no sólo de quien ha agredido, sino de la comunidad misma⁹. El trato al trasgresor irá desde una negociación de carácter privado, en que éste puede solventar el castigo a cambio de otras acciones, hasta la punición pública por parte del órgano de poder, todo ello establecido de diferente forma en cada sociedad.

⁸ Véase Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México, 1975, *passim*.

⁹ Hay cierto orden aceptado en las diversas sociedades, que algunos han generalizado con base en el *Ius Naturalismo* o Derecho Natural, en el que se intuyen ciertas normas, como las relativas por ejemplo a los diez mandamientos cristianos, que ordenan no hacer algunas cosas que se consideran naturalmente malas: robar o matar por ejemplo.

3.- El Derecho Penal Romano y su impacto en la península ibérica.

En el afán del teórico del derecho de concebir a la sociedad en cuanto ente que irá siendo sujeto de una construcción progresiva del marco normativo de la *civitas*, los tratados más importantes de derecho suelen considerar el ámbito civil, y los romanistas abordan lo penal vinculado con la teoría sobre las fuentes de las obligaciones¹. Ello deriva, con seguridad, de que el cuerpo de derecho romano rescatado por Justiniano desarrolla principalmente figuras de carácter civil, cuya dinámica heredaron los códigos contemporáneos de los sistemas jurídicos romano-germánicos.

Si se busca un ejemplo del modo de organización del derecho penal en una sociedad, debe reconocerse que, para las culturas de occidente y sus hijas, la importancia del legado jurídico romano es indiscutible. La noción de derecho penal romano corresponde a la sencillez y a la practicidad que distinguieron a las creaciones jurídicas de este pueblo asentado en la península itálica en el área del Lacio². El arraigo a la tradición de este pueblo marcó sus pautas jurídicas, “el romano está ligado a la costumbre de los padres, se remite allí complacido, se siente seguro y tranquilo cuando se atiene a ella³.”

En Roma, el delito era considerado principalmente como una fuente de obligaciones. La teoría de las obligaciones romana fue tan impactante que es la que llega a los sistemas jurídicos de cuño romano-germánico hoy en día. Comúnmente, las obligaciones surgen cuando, en un acuerdo de voluntades, las partes se obligan a una conducta de acción u omisión. Sin embargo, hay otras circunstancias, fuera de los contratos o los convenios, que también hacen surgir obligaciones, y una de ellas es justamente el delito, aquellos hechos ilícitos que causan un daño a otro, o al Estado. Se consideraban civiles porque

¹ Una de las más importantes aportaciones del mundo jurídico romano a la posteridad fue su teoría de las obligaciones. La obligación (*obligatio*), es definida en el derecho romano como el vínculo jurídico que nos constriñe a pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad. Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos que hacen surgir un vínculo obligacional entre dos personas. Estos hechos pueden ser contratos, es decir acuerdo de voluntades, o delitos, que se generan cuando hay un daño injustamente causado a una persona, contrario a derecho y castigado por la ley. Véase Sara Bialostosky, *Panorama del derecho romano*, 7ª ed., México, Porrúa, 2005, pp. 113 y ss.

² Con respecto a estas características del Derecho Romano véase Fritz Schulz, *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 1990, *passim*

³ *Ibidem* p. 108.

eran especiales de la ciudad, de la *civitas*, lo que quería decir que sus leyes solo tenían validez en la ciudad y para los ciudadanos, que compartían el culto religioso en esa sociedad⁴. La ley penal era “una obligación moral cuya observancia prescribe el Estado⁵”.

Con la practicidad que caracterizó el pensamiento jurídico romano, se distinguió entre aquel delito que afectaba al Estado, llamándolo *crimina* o *judicia publica*, y aquellos otros que agredían a particulares, nombrándolos *delicta* o *maleficia*, cuyas consecuencias se consideraban parte del derecho privado, acarreando habitualmente penas de carácter pecuniario, aunque no se excluían las corporales⁶.

El vocablo *crimen* derivó del latín *cernere*, que significa cribar o separar lo que se refería a limpiar el trigo con una criba. En materia jurídica designaba alegóricamente “lo que había que cribar” y se convirtió en una voz procesal que significó “inculpación de un delito”. *Delictum*, por su parte, significaba literalmente *resbalar*, por lo que se refería a cometer una falta⁷.

Las emblemáticas XII tablas romanas contenían, en las tablas octava y novena, los lineamientos a seguir en materia criminal. Establecían algunas conductas tipificadas como delitos, siendo ejemplos de ello las canciones infamantes, las lesiones, el encantamiento de cosechas, haber segado furtivamente las siembras, provocar incendios, cortar árboles, robar, matar, la usura, el fraude, o el falso testimonio, entre otras⁸. Se establecía la pena que correspondía a cada una e incluso se incluía una posibilidad de negociación de la sanción punitiva. Un ejemplo interesante es el segundo apartado de la octava tabla, que dice: “Quien ha roto un miembro a otro, si no llega a un arreglo con él, habrá de sufrir la ley del talió⁹”.

Se distingue inclusive a la premeditación de la negligencia:

⁴ En referencia al culto, nos refiere Fustel de Coulanges que en la Roma antigua “El derecho no había nacido de la idea de la justicia, sino de la religión, y no se concebía fuera de ella. Para que existiese una relación de derecho entre dos hombres, era preciso que entre ellos hubiese ya una relación religiosa, es decir, que profesasen el culto de un mismo hogar y los mismos sacrificios”. Fustel de Coulanges, *op.cit.*, p. 144 y 145.

⁵ Teodoro Mommsen, *El derecho penal romano*, tomo I, Madrid, Jiménez Gil Editor, 1999, p. 6.

⁶ Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1961, p. 454.

⁷ Cfr Teodoro Mommsen, *op.cit.*, p. 12.

⁸ Cfr. Antonio Ruiz Castellanos, *Ley de las doce Tablas*, Madrid, Biblioteca latina, 1992, pp. 79-91.

⁹ *Ibidem*, p. 79.

Quien prendiera fuego a un edificio o a un montón de trigo situado cerca de una casa, se prescribe que una vez atado se le azote y sea quemado, si es que lo hubiese hecho consciente y premeditadamente; en cambio, si fuera accidentalmente, es decir, por negligencia, se prescribe que repare el daño, y en caso de no poder hacerlo, se le castigará menos severamente¹⁰.

Esta sociedad, que asentaba su derecho en el siglo V a.n.e., al que se remontan las doce tablas, establecía las conductas que consideraban graves teniendo en cuenta su actividad agrícola y su raigambre cultural, y las castigaban, para luego tener un desarrollo jurídico en otro tipo de procedimientos. La evidencia más clara del empalme primero entre la magia y la realidad es que se castigase el delito de “encantamiento de cosechas”, lo que refiere a los códigos particulares de esta sociedad y nos revela la concepción que de sí misma tuvo, lo cual orienta sobre el modo en que se va integrando la cultura.

En el período arcaico la facultad punitiva pertenecía al varón cabeza de la familia, en el ámbito privado. Al instaurarse la monarquía en Roma, se hizo la distinción entre delitos públicos - *crimina pública* - y privados - *delicta* -, siendo los primeros los que correspondía castigar al poder público romano. Es en las autoridades públicas donde reside el *imperium*, el principio de autoridad, que tiene como fin conservar la disciplina pública, “como en las manos del padre de familia la disciplina doméstica¹¹.”

El procedimiento que se seguía en materia penal se pretendía análogo del proceso civil, y los problemas de carácter criminal fueron incluso resueltos por juicios arbitrales¹². Sin embargo, había situaciones que forzosamente se hacían propias de un proceso que debía castigar a quien hubiese cometido un delito, por lo que se instauró también un proceso de tipo inquisitivo. Si bien estos procesos fueron en un principio de carácter formulario, es decir, de

¹⁰ *Ibidem*, p. 83.

¹¹ “Como el padre, así también el magistrado está autorizado a castigar a su discreción” A este poder se le señalaron límites jurídicos, pero dentro de estos límites, el magistrado procedía según su libre arbitrio “no de otra manera que el pater familias en las relaciones con sus dependientes; es él quien determina la punibilidad, la clase y la medida de la pena”. Fritz Schulz, *op.cit.*, p. 197.

¹² Teodoro Mommsen, *op.cit.*, p. 335.

práctica ritual, en la que algunas palabras precisas servían para la defensa¹³, también presentaron cambios interesantes en la medida en que el derecho debió atender las necesidades de la inmensa estructura estatal romana y estableció mecanismos de indagación que superaban las pesquisas individuales de otros pueblos, aunque luego retornaron éstas en la medida en que las oleadas de los grupos que llamaron “bárbaros” invadieron el Imperio.

Con un proceso penal básicamente sancionador, la forma más común de aplicación de justicia era el *suplicium*, aunque también se tenía en cuenta la indemnización con el pago de dinero o *damnum*. Durante la República romana, los delitos en contra de la cosa pública adquirieron nueva dimensión e importancia, por lo que los ilícitos cometidos por funcionarios, o en contra de la religión oficial fueron duramente castigados¹⁴.

En el derecho romano clásico (a partir del 130 a.n.e. aprox.), las fases del procedimiento judicial se establecieron en cinco pasos¹⁵:

- 1.- Emplazamiento (*dies dictio*).
- 2.- Sumario (*inquisitio*).
- 3.- Sentencia (*iudicatio multae irrogatio*).
- 4.- Apelación (*provocatio*).
- 5.- Sentencia final (*iudicatum populi*)

El período entre la inquisición y la sentencia era muy importante, se le conoció como *anquisitio* (anquisición) y era en el que se llevaban a cabo la citación y los plazos, se admitía la autodefensa o defensa por tercera persona,

¹³ Aunque en el desarrollo del proceso hay una participación activa del abogado que en su práctica, y acorde con su capacidad oratoria, esgrimirá argumentos en contra o a favor del infractor, en Roma las fórmulas son parte intrínseca del derecho. La norma se establece a partir de la retórica, por eso la importancia del formulismo. Las palabras eran las precisas, y no otras, ni aunque fueran equivalentes. Gayo, en sus *Institutas*, refiere el caso de un hombre cuyo vecino le había cortado las viñas. La ley decía árboles, y él pronunció “viñas” por lo que perdió el proceso. Fustel de Coulanges, *op.cit.*, p. 144.

¹⁴ Teodoro Mommsen refiere una costumbre que se tenía a partir del último siglo de la república: “cuando alguien estaba sometido a un proceso penal, ya fuese en aquellos en los que intervenían los comicios, ya de aquellos otros que se sometían al tribunal del jurado, él mismo y sus más próximos parientes y amigos, procuraban excitar la compasión de los ciudadanos vistiéndose de luto, a cuyo efecto se despojaban de los signos reveladores de su rango que tenían derecho a llevar, y aparecían en público vestidos descuidadamente y sin cortarse la barba ni en cabello” Teodoro Mommsen, *op.cit.*, p. 384.

¹⁵ José Manuel Pérez Prendes, *et.al.*, *Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1999, p. 234-236.

y el magistrado, que actuaba como un Ministerio Público moderno, daba sus opiniones sobre el caso. Se ventilaban las pruebas de una y otra parte, que solían ser la confesión, declaraciones y testimonios de hombres libres o no libres (*quasitestimonios*), registros domiciliarios o incautación de papeles¹⁶. Luego de ello se procedía a pedir consejo (*concilium*) para dictar sentencia, que se expresaba en una tablilla que tenía de un lado la letra *A*, de *absuelvo*, y por el otro la letra *C*, de *condeno*. El magistrado, o el jurado, se encargaba de borrar la letra que no fuese a usar y luego mostraba la letra que quedaba y que hacía evidente su decisión.

Lo ordinario fue que la sentencia se ejecutase inmediatamente después de pronunciada, puesto que legalmente no era necesario que mediara plazo entre la sentencia y su ejecución¹⁷. En cuanto a la ejecución propiamente, refiere Mommsen: “una vez conducido el reo al lugar del suplicio, el magistrado, vestido de luto, esto es, con la toga del revés, subía al estrado del tribunal y rogaba a los oficiales que desempeñaran su función en nombre de la ley”¹⁸.

La *lex valeria* de 509 a.n.e. introdujo una institución pública romana trascendente para los procesos criminales, que si en un principio sólo estaba contemplada para patricios, ya para el derecho clásico incluía a todos los ciudadanos. Este recurso procesal era el llamado *provocatio ad populum*, por el cual el condenado a muerte podría lograr que la sentencia del magistrado fuese sometida a juicio del pueblo, procurando con ello evitar excesos en la aplicación de justicia. De este modo se pasa de un sistema de "cognitio" con calidad de inquisitorio (acusación, defensa y sentencia a cargo del magistrado), al sistema de la "acusatio" (acusación popular, aunque la sentencia seguía estando cargo del magistrado)¹⁹.

¹⁶ Con respecto a la confesión, Mommsen nos indica que se equiparaban a confesos los individuos que se hallaban en las siguientes situaciones: que se hubiesen sorprendido en flagrancia, que se suicidara luego de haber sido acusado, o “aquellos que estando pendientes de una acusación capital tratase de corromper a su acusador”. Véase Teodoro Mommsen, *op.cit.*, p. 422.

¹⁷ Este vacío legal, ayudó a veces a que las sentencias no se ejecutaran pues no había ley que estableciera el plazo, lo que benefició solo a ciertos reos de importancia. Legalmente el único caso en que se debía aplazar la ejecución era cuando la condenada fuese una mujer en cinta, por lo que se ejecutaba la sentencia luego del nacimiento del bebé. Teodoro Mommsen, *ibidem*, Tomo II, p. 360.

¹⁸ *Ibidem* p. 363.

¹⁹ *Cfr.* Fritz Schulz, *op.cit.*, p. 198.

En este proceso acusatorio, de *quaestiones* o jurados, el acusado está a la par que el acusador y se garantizaba una defensa amplia para el acusado: “En la ley *Ursonensis* se asignan al acusador principal cuatro horas, y a cada uno de los acusadores adjuntos dos horas, mientras que la defensa dispone del doble de tiempo ocupado por todos los acusadores en conjunto²⁰.”

Durante el imperio se aumentaron las facultades estatales y el magistrado tomaba a su cargo todos los pasos del proceso penal de acusación, aporte de pruebas y sentencia, en un proceso llamado *cognitia extraordinaria*, en donde además cada delito era atendido por un tribunal especializado en él²¹.

Cuando el imperio romano adoptó al cristianismo como religión oficial, muchas prácticas jurídicas se suavizaron atendiendo a los principios de bondad que regían a la comunidad cristiana y que ahora debían perfilar los ideales del imperio.

Sin embargo, no sólo los postulados cristianos ayudaron a atenuar el rigor del derecho penal: el principio de humanidad, o *humanitas*, creado por los romanos, implicaba “un sentimiento de dignidad y de sublimidad que son propios de la persona humana y que lo sitúan por encima de todas las demás criaturas del mundo²².” Su influencia en el derecho procesal penal se nota, sobre todo porque exige moralmente la eliminación de la pena de muerte, aunque la presencia de esta condena fue intermitente dependiendo de la severidad de los sistemas políticos²³. Aún con ello, la *humanitas* exigía “que el acusado tenga garantías frente a la prepotencia del Estado a través de la seguridad de la defensa y de la cooperación de no funcionarios en la decisión”, exigía además que no se consintiese la tortura, ni del acusado, ni de los testigos²⁴.

²⁰ *Ibidem* p. 227.

²¹ De este modo, para tiempos de Augusto había diez tribunales penales especializados: 1.- De *repetundi* (concusión). 2.- *Sacrilegium et peculatum*. 3.- Homicidio. 4.- *Ambitus*. (Delitos electorales) 5.- *Crimen magistatis*. 6.- Falsedad e injurias graves. 7.- Coacción. 8.- Secuestro. 9.- Adulterio. 10.- Usura. Véase Eugene Petit, *op.cit.*, pp.454-465 y Sara Bialostosky, “Delitos electorales: *ambitus*, de Roma al derecho positivo mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, Tomo LIV, número 242, México, 2005, pp. 321-330.

²² Este concepto de *humanitas*, nace en el círculo del joven Escipión, en el que se cultivaba la filosofía griega, Fritz Schulz, *op.cit.*, p. 212.

²³ La pena de muerte se limita notoriamente a partir del siglo II a.n.e Cicerón afirma que había “hombres esforzados que pensaban poder renunciar a la pena de muerte”, *Ibidem*. p. 223.

²⁴ *Ibidem* p. 226.

Otra manifestación de esta *humanitas* en el derecho penal fue que las condenas se limitaran sólo al culpable y no trascendieran a sus descendientes, como pasaba en muchas culturas antiguas.

Los pueblos germanos llevaron consigo sus propios usos jurídicos en materia criminal que se amalgamaron con los del derecho romano, dando lugar a las formaciones de códigos diversos, si nos referimos a Hispania, serán los visigóticos. Los herederos de los visigodos, que sortearon la presencia musulmana, fueron formando los códigos que los regirán en la llamada Edad Media.

La atomización política que se vivió en el Medioevo, luego del desmoronamiento del imperio romano, afectó también al ejercicio de la justicia. En la península ibérica, los reinos que iban surgiendo luego del asentamiento en el poder de los visigodos y de la conquista musulmana, concedían diversos privilegios a los feudos, entre ellos, los relativos al ejercicio de la justicia.

De entre los reinos que fueron surgiendo, la unión de Castilla y León, consolidada en el siglo XII, dio lugar al nacimiento de lo que se conoció como la “corona de Castilla”, que se desarrollará en el corazón de la península y será protagonista, algunos siglos después, del descubrimiento de un nuevo continente²⁵.

Castilla formó su telar jurídico con las gruesas hebras del derecho romano mezclado con el derecho germánico, sistema que se empalmaba con los principios de derecho canónico que regían a la *ecumene* católica, y que se habían incorporado durante la Edad Media al cuerpo jurídico romano. Todo ello desembocó en la organización jurídica castellana, que pretendía dominar a la península ibérica, con un marcado matiz religioso, de carácter cristiano, lo cual sentará luego las bases para el derecho que se intentará implantar en las Indias.

²⁵ Si bien hay distinciones entre las formaciones jurídicas de los reinos de Castilla y de León, una vez unificados se procuró homogeneizar los aspectos normativos, a la vez que se iban consolidando los vínculos políticos.

4.- El procedimiento penal en el reino de Castilla (siglos XVI-XVII).

Luego de la simbólica expulsión de los moros con la rendición del bastión granadino, Isabel de Castilla y Fernando de Aragón se convirtieron en los señores feudales más poderosos en la península ibérica, asumiendo el papel de reyes defensores de la religión católica, heredada del imperio romano. Como unificadores del poder político dejaron atrás la monarquía de carácter feudal para iniciar un período de fortalecimiento que haría vislumbrar los primeros indicios de un ente político en la península ibérica. Esta primera estructuración política se caracterizó por concentrar el poder en una cabeza, que luego de la muerte de Juana se constituyó en la de Carlos I de España, y V emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, rey que ampliará los panoramas territoriales de tal modo que llevaría a su reino al nivel de primera potencia política y económica europea en el siglo XVI.

La característica del reino en la península ibérica a partir del siglo XVI, y por lo menos hasta principios del XIX, será la de concentración de poder en el rey quien tendrá un dominio absoluto, por lo menos en teoría¹, de la tierra que gobernaba y de sus súbditos, por derivar su soberanía directamente del Dios cristiano. Esta intención de poder ilimitado encontraba ciertas resistencias, entre ellas en el poder de las mismas corporaciones que se intentaban integrar a la naciente estructura política: el ejército y la iglesia. El poder del rey lo había concedido el vicario de Cristo, el papa, quien representó la otra figura política protagonista en esta etapa.

Al período en que virtualmente tenía el poder total la figura del monarca, se le conoce como de *monarquía absoluta*², y aunque la forma de ejercicio del poder varió de modo notable durante los tres siglos que abarca esta clasificación de gobierno (del XVI al XIX), el fundamento divino de la envergadura política regia fue la constante esencial, por lo menos hasta la

¹ Cabe recordar el poder que tenían los favoritos del rey, los validos, o el sistema pactista entre feudos que motivaban privilegios y concesiones, como el fuero, que era la capacidad de algunos ayuntamientos para dictarse sus propias leyes. Estas normas constituyeron lo que se conoce como derecho foral. Con esta aclaración enfatizamos que el poder de los reyes era absoluto solo en teoría.

² *Absoluto* se entiende en este contexto como libre o totalmente exento de cargas, de sujeción o de lazos que obliguen, Véase, José Antonio Maravall, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV al XVII)*, tomo I, Madrid, Alianza, 1986, p. 279.

reaparición de las viejas cortes medievales luego de la invasión napoleónica a España.

El postulado de que la soberanía era una sola, indivisible, resultó indiscutible en la teoría política del absolutismo, ya que explicaba que el gobierno se debía dar a una sola persona, o rey³. El poder como unidad era parte de los privilegios de la condición mayestática del Rey. Una de las formas de ejercicio de ese poder fue precisamente la que consistía en hacer justicia, especialmente la que se refería al ámbito criminal. En un rubro tan delicado, tan sensible, como lo era la justicia penal, la figura del rey logró tener cierto control de las venganzas privadas medievales, poniéndolas al menos bajo su aprobación. Si bien se mantuvieron algunos tribunales de vecinos, que con la anuencia soberana podían ejecutar sentencias de corte penal, se tuvieron que adecuar a procesos ordenados desde la cabeza política y las audiencias, a través de las cuales el rey aplicaba la ley, también se regularizaron en procesos estandarizados. Estos tribunales privados subsistieron sobre todo para juzgar a los salteadores que eran muy temidos en los oscuros caminos entre poblados.

Con el poder heredado de un largo ejercicio de gobierno en el medioevo, la nobleza y el clero pidieron en Cortes, en 1476 en Madrigal, y luego en 1480 en Toledo, que los reyes organizaran la aplicación de justicia. En Madrigal de las Altas Torres fue creada la Santa Hermandad⁴, que era una asociación de vecinos cuya finalidad principal era perseguir a los bandoleros llamados *golfines*⁵, que invadían los caminos medievales poniendo en peligro el patrimonio de los pequeños burgueses. Esta Hermandad utilizó el poder conferido por el rey para someter a juicio sumario a estos personajes, juicio del que habitualmente resultaban culpables porque casi siempre eran apresados en flagrancia, y su sentencia se ejecutaba en el acto de modo violento⁶.

³ El teórico representativo de estas propuestas es Bodin, *cfr*, MARAVALL, José Antonio, op.cit., p. 328 y ss.

⁴ *Cfr*. Araceli Guillaume-Alonso, *Una institución del Antiguo Régimen: La Santa Hermandad Vieja de Talavera de la Reina (siglos XVI y XVII)*. Salamanca, Gráficas del Tajo, p. 21.

⁵ Golfín deriva del alemán Wolf que significa lobo, término que metafóricamente atañe a los salteadores de caminos y robadores de ganado. Al respecto véase: Constancio Bernaldo de Quiroz, *El bandolerismo en España y México*, México, Editorial Jurídica-Mexicana, 1959, pp. 16 y 17.

⁶ En los primeros tiempos se daba muerte a saeta colocando a la persona en un palo derecho clavado en el campo, donde era asaeteado. El derecho medieval señalaba que debían ser siete el número de saetas empleadas. Varió el modo de ejecución de sentencia, pero por su

Las figuras de tribunales privados con procedimientos especiales fueron reconocidas siempre que el rey hubiese dado su anuencia para que fungieran como ejecutores de justicia. Estas gracias regias se otorgaban a modo de fueros a municipios o congregaciones de vecinos que apoyasen al monarca en el ejercicio de su poder. Sin embargo, la justicia proveniente del mismo rey se debía atener también a procedimientos judiciales que tuvieron por raíz al derecho romano, y que eran ejecutados por un órgano creado especialmente para ello.

De este modo pueden distinguirse, a lo largo del período de monarquías absolutas en la península ibérica, dos clases de aplicación de justicia, una que podría llamarse institucionalizada, que descansaba en las Audiencias regias, y la otra que era como una continuación de la aplicación de justicia por propia mano medieval, pero con la anuencia del rey que pretendía centralizar el poder.

La función entonces de administración de justicia institucionalizada fue delegada por el rey a ciertos letrados instruidos en derecho que oían las causas por las que se alegaba justicia, por lo que se les denominaba oidores, conformando la Audiencia o Real Chancillería que correspondía a Castilla, de la que Isabel llevaba y legó el linaje real. Este organismo tenía como objetivo centralizar la justicia real y era integrado, junto con los oidores, por los alcaldes de corte, constituyendo éstos la primera instancia, mientras que los oidores resolvían en apelación⁷. Los asuntos se atendían en dos salas dependiendo de la naturaleza de la causa, fuese civil o criminal. Los asuntos de carácter criminal los atendía la sala del crimen, integrada por los oidores que antes habían sido llamados *de casa y corte*, y que administraban justicia en nombre del rey. Había delitos que estaban reservados para que el rey los atendiese directamente, como el referente a la provocación de incendios o al rapto⁸, aunque lo cierto fue que los alcaldes también los resolvían, a menos que fuese un caso destacado públicamente.

El procedimiento que se utilizaba desde el poder para castigar conductas consideradas delictuosas, en la España de la monarquía absoluta, tenía un

crueldad, la muerte por saeta impactó en la mentalidad popular. Véase: Araceli Guillaume-Alonso, *op.cit.* p.12.

⁷ Cfr. José Luis Soberanes Fernández, "La administración de justicia en la Recopilación Indiana", en *Estudios Jurídicos de la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, México, Porrúa, 1987, pp. 165-176.

⁸ *Ibidem* p. 169.

formalismo que muchas veces aletargaba la aplicación de justicia. El monarca era quien legislaba y lo hacía con el apoyo de sus Consejos, cuyos integrantes pretendían que se hiciesen leyes que remediaban los males que aquejaban a la administración de justicia en el reino, de entre ellos, uno de los más arraigados era justamente el de su lentitud⁹.

El modelo jurídico del siglo XVI hispano, sobre el que se construiría la normatividad del reino, era básicamente el heredado de la mezcla del sistema jurídico romano con algunas costumbres germanas, que dieron lugar al derecho visigótico, y que a veces inclusive incorporaron elementos musulmanes, manifestando de esta forma, en el plano jurídico, la convivencia de grupos que hizo a la península un mosaico cultural de características peculiares. Aún con ello para el siglo XVI, siguiendo la pista a la Antigüedad clásica, se pretendió rescatar con mayor cuidado las instituciones de derecho romano. De este modo, el derecho penal se basaba en gran medida en lo construido por los antiguos habitantes de la península itálica.

Los pueblos germanos asentados en la península ibérica luego del derrumbe político del Imperio Romano de Occidente también aportaron rasgos jurídicos al mundo hispano. Al considerar su principio de vivir con lealtad al orden natural establecido por las divinidades, ejercían prácticas punitivas a quien cometiese actos atentatorios contra este orden, que implicaban a los que agredían a otras personas, su patrimonio, o incluso la vida de ultratumba¹⁰. Ello acarreaba la pérdida de la paz, que se constituía como uno de los valores de mayor importancia, por lo que quien la violentara era castigado por la comunidad frecuentemente con la muerte, siempre que se ejecutase la pena de manera pública.

Los rasgos generales del proceso judicial germánico fueron la unidad (no se distingue entre procesos penales y civiles), la publicidad, la oralidad y su

⁹ Cfr. Roberto Roldán Verdejo, *Los jueces de la monarquía absoluta (Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV y XVIII)*, Madrid, Universidad de la Laguna, Secretariado de Publicaciones, 1989, p. 277.

¹⁰ La profanación de sepulturas era un delito gravemente penado. Sobre el particular véase: José Manuel Pérez-Prendes, *op.cit.*, p. 467. Otro ejemplo de esta forma germánica de creer que la divinidad guardaría el orden de la comunidad, fueron las llamadas *Ordalías* o juicios de Dios, que transitaron luego al derecho medieval cristiano. Consistían en juzgar la inocencia o culpabilidad de una persona con base en una prueba sobrenatural o divina. Así, por ejemplo, una de las formas de practicarla consistía en que los acusados metieran la mano en agua hirviendo, y en la medida en que les quemase la piel, eran más o menos culpables.

carácter acusatorio¹¹. Los momentos sucesivos del procedimiento eran los siguientes: iniciación; convenio de estar a Derecho, es decir, de someterse a lo que diga la asamblea; réplica; propuesta de pruebas; sentencia; ejecución, todo ello ante una asamblea general. Con respecto al derecho penal, la máxima *nullum crimen sine lege*, no tuvo cabida¹².

Como se ha comentado, durante la Edad Media el rey tornó esta asamblea en instituciones especiales para la aplicación de justicia, e incorporó elementos cristianos y una forma de valoración de las pruebas menos rígida.

El concepto de “honor”, y su alta valoración en la Edad Media, influyeron grandemente en la concepción y represión de delitos en este período. Los atentados al honor, es decir, a la aparente rectitud de una persona o linaje, acarreaban constantemente retos y duelos que solían involucrar a toda la familia, incluyendo la descendencia. A esta figura se le llamó venganza de la sangre, especialmente en España la “saña vieja”, y cobró la vida de una gran cantidad de personas que arrastraban estigmas y confrontaciones familiares¹³. Esta situación también evidenciaba la importancia de los estamentos, ya que el reto o el duelo se debían dar entre hombres de la misma condición estamental, en una sociedad donde la igualdad ante la ley, estaba aún lejos de ser postulada.

La convivencia y posterior amalgamamiento de los sistemas jurídicos germánico y romano (que ya venía influido por valores cristianos) suavizó las prácticas vengativas con figuras como el asilo en los templos o el beso de la paz, que incluía el respeto al monarca. Se estableció también un sistema de composición penal, en el que había ciertas negociaciones entre el agredido y el agresor para definir el castigo que debía sufrir el infractor.

Los visigodos asentados en la península depuraron el derecho romano e hicieron códigos con legislación escogida. Eurico en 476 instauró un régimen

¹¹ *Ibidem.*, p. 472.

¹² Cfr. Roberto Roldán Verdejo, *op.cit.*, p. 55. En derecho penal moderno una de las reglas más importantes es la que se expresa en el principio *nullum crimen sine lege*, que se traduce como “no hay crimen sin ley”. Esto significa que para que un delito sea considerado como tal debe estar expresamente descrito por una ley. Ello para evitar interpretaciones que pudieran violentar la libertad o la vida de las personas.

¹³ En el derecho germano, a quien era sometido a este tipo de venganza se equiparaba con un animal dañino (el lobo) quedando excluido de la convivencia normal con el núcleo social, aunque dentro de su familia tenía derechos como de matrimonio o herencia. Luego, la paz se podía comprar. *Idem.*

jurídico personal en el que se aplicó el derecho romano a los romanos y el derecho germano a los visigodos. En la medida en que esta forma fue siendo poco efectiva luego del natural mestizaje entre ambos pueblos, Alarico en 506 hizo una selección de normas romanas compatibles con el derecho germano para que finalmente en 654 la *lex visigothorum*¹⁴ termine con el estatuto personal, haciendo homogéneas las normas para todo aquel habitante del reino visigodo¹⁵.

La invasión árabe a la península enrareció el ambiente jurídico. Los reinos que paulatinamente iban transigiendo entre el Islam y el cristianismo, fueron recuperando sus normas jurídicas también. Alfonso X se encargó de hacerlo para Castilla y, gracias a las escuelas de glosadores y postglosadores¹⁶, con sus *Siete Partidas* en el siglo XIII, revaloró el derecho romano compilado por Justiniano en el siglo VI.

Se solía usar en Castilla, en materia criminal, un proceso acusatorio que aplicaba las leyes penales bajo el principio de la existencia de un acusador particular al que, si no lograba demostrar el delito que pretendía imputar al acusado, se le aplicaba la pena que hubiese solicitado para el presunto culpable¹⁷. Para el siglo XV este proceso fue poco a poco sustituido por un sistema inquisitivo, cuyos orígenes se hallan en procedimientos de derecho canónico-romano¹⁸, aunque algunos autores encuentran antecedentes en el ámbito laico¹⁹. En el procedimiento inquisitivo el aparato gobernante era quien iniciaba el proceso, con lo que el Rey asimilaba el *ius puniendi*, es decir, el

¹⁴ La traducción de este documento del latín al castellano hecha en el siglo XIII se conoce como Fuero Juzgo. Al contemplar y asimilar en un solo cuerpo jurídico las normas que pervivían paralelamente en la península, termina con la situación de que a cada persona se le aplicase el derecho que correspondía a su origen. De este modo se comenzó a formar un sistema jurídico homogéneo para los todos los habitantes del territorio visigodo, formando un estatuto de carácter territorial.

¹⁵ Cfr. P.H. King, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Madrid, Alianza, 1981, p. 26-30.

¹⁶ Estas escuelas estudiaron el derecho romano en la Edad Media. A la escuela de los glosadores se le debe el trabajo de análisis del Digesto de Justiniano en Bolonia, por lo que se le hacían anotaciones que se conocieron como glosas. Luego los postglosadores se distinguirían por hacer glosas de las glosas originales. La influencia de estas escuelas se hace patente en Castilla en el texto de las *Siete Partidas* de Alfonso X (1221-1284). Véase Rolando Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, Huber, 1999, pp. 104 y ss.

¹⁷ Cfr. María Paz Alonso, *El procedimiento penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, USAL, 1982, pp. 13- 63.

¹⁸ Cfr. Nicolau Eimeric, *Manual de inquisidores*, 2ª ed., Barcelona, Fontamara, 1982, pp. 21-25.

¹⁹ Algunos de ellos son López Ortiz, Román Riaza, García Gallo o Joaquín Cerdá. Véase Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1992, p.156.

derecho a imponer penas por violar la ley²⁰, intentando superar la etapa de la venganza privada, como se ha referido con anterioridad.

Una de las características del proceso inquisitivo eclesiástico, que luego influyó en el funcionamiento de las hermandades, y posteriormente en la Acordada, fue la pretendida rapidez del proceso. *Simpliciter et de plano, si ne advocatorum estrepitu et figura*²¹ fue la consigna que tuvieron los inquisidores para actuar, aunque realmente pocas veces se reflejó en la duración de los procedimientos. Las instrucciones se extendieron:

Los trámites del proceso han de ser lo más corto que posible fuere, dejándose de dilaciones superfluas no parándose sus sustanciación ni en los días que huelgan los demás tribunales, negándose toda apelación que sólo sirva para diferir la sentencia, no admitiendo muchedumbre inútil de testigos, etc., puesto que no se han de omitir las precauciones necesarias para averiguar la verdad, ni negarse al acusado la defensa legítima²².

Aún cuando nominalmente se llamase inquisitivo, lo cierto es que el proceso seglar conjugaba características de ambos procesos establecidos en las *Partidas*, en virtud de que por lo general había un denunciante o acusador que avisaba al juez la comisión del delito, o el fiscal hacía suya la acusación del particular para poder iniciar el proceso²³.

Las formas del proceso en Castilla eran entonces las heredadas de este derecho clásico, filtrado a través de las partidas alfonsinas, y que exigía una serie de pasos que hacían del mismo procedimiento, una penitencia que el individuo debía saldar aunque su culpabilidad ni siquiera hubiese sido probada. Debe entenderse esta situación en un contexto en el cual los orígenes del proceso penal que se adopta son una reacción ante un poder nobiliario que acaparaba entre otros el ámbito judicial dentro de su esfera de poder, por lo que los monarcas pretendían limitar esta potestad construyendo una infraestructura procesal que incluyera toda la carga formal sugerida por el

²⁰ El derecho de aplicar una pena por la violación de una norma, es a lo que se refiere el *ius puniendi*. En la medida en que lo va monopolizando un órgano político, el derecho penal se va alejando de la llamada venganza privada.

²¹ Simple y llanamente, sin recursos de aparato ni solemnidades.

²² Nicolau Eimeric, *op.cit.*, p. 21.

²³ *Cfr.* Araceli Guillaume-Alonso, *op.cit.*, p. 233.

derecho clásico. En pleno siglo XVIII, este sistema era el camino ya creado y que transitaban aún los juristas de la época.

El proceso en Castilla podía empezar por pesquisa o sospecha, acusación o inquisición del mismo juez. El juzgador ordenaba al escribano abrir proceso, con lo que se iniciaba una fase de información sumaria de la que generalmente resultaba indicada una persona como sospechosa de haber cometido el delito perseguido. Este individuo era encarcelado y se le confiscaban sus bienes. Hasta este momento se mantenían en secreto para el reo los motivos de su detención y las diligencias llevadas a cabo desde el inicio del proceso. El juez continuaba en la búsqueda de pruebas, que habitualmente consistían en testimonios o en la misma confesión, que debemos recordar se consideraba como la “reina de las pruebas”, siendo válido para su obtención el uso del tormento. Finalmente, se procedía a la publicación de dichas pruebas para realizar la acusación formal que daba lugar a un escrito de defensa para que, en caso de incertidumbre, se dictase una sentencia de tormento con miras a conseguir otra confesión de culpabilidad o una declaración que implicase a algún cómplice. Después de ello venía la sentencia final, que era generalmente condenatoria²⁴.

Puede percibirse en esta descripción del proceso el modo en que las leyes del rey pretendían que, apenas existiese base probatoria suficiente, la sentencia fuese dictada por el juez; sin embargo, estas etapas bien definidas del proceso se diluían en un complicado sistema que incluía excepciones, problemas de competencia y jurisdicción, recursos o sentencias interlocutorias, entre otras actuaciones, que además debían constar por escrito, lo que lo hacía francamente tardado y engorroso.

Si con ello se creía guardar las normas pertinentes para dar seriedad al proceso penal, la realidad era que afectaba a los reos gravemente, pues se veían envueltos en un proceso largo que resultaba un castigo, finalizara o no en absolución el juicio. La relación que había entre la complejidad del proceso y una pretendida garantía en el procedimiento resultaba de difícil comprensión. No era la intención combinar una cabal protección a la persona del reo, con el

²⁴ Cfr. Francisco Tomás y Valiente, *op.cit.*, p. 158-159.

poder regio que exigía eficacia en el cuidado de su colectividad, sino poner en evidencia siempre el interés regio por proteger la paz en el reino.

Más por motivos administrativos que filantrópicos, se pensó en suprimir algunos de los pasos procesales para recortar la cantidad de tiempo entre la ejecución del delito y la imposición de la pena, logrando con ello que el impacto de la pena fuera mayor ante los ojos de una sociedad que acababa de presenciar el delito, además de aminorar el sufrimiento del reo, aun a pesar de que probablemente la sentencia no le fuera favorable.

Por otra parte, la relación religión - gobierno se trasladaba al ámbito de lo penal, equiparándose el delito con el pecado y la pena con la penitencia, así como el pensamiento de que el alma era más valiosa que el cuerpo, por lo que se debía salvar antes lo espiritual que lo material, con lo que la tortura tenía una justificación tanto a nivel religioso como laico²⁵.

²⁵ Cfr. Bartolomé Clavero, "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones", en Tomás y Valiente, Francisco, *et.al.*, *Sexo Barroco y otras trasgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 57-90.

5.- La justicia en Nueva España: audiencia de lo criminal.

La Real Audiencia era la encargada en Nueva España de impartir justicia. La materia que se refería a delitos y castigos se conocía como *de lo criminal*, y había una parte de la Audiencia que se dedicaba a ella. El procedimiento llevado a cabo para impartir justicia penal se pretendía análogo al descrito para la metrópoli, heredado de la Edad Media hispana, con una clara influencia de derecho canónico inquisitorial y principios de derecho romano.

Sin embargo, la situación novohispana era distinta, y las diversas instituciones jurídicas importadas del Viejo Continente tuvieron un arraigo y un desarrollo propio. En las huestes que conquistaban las nuevas tierras, bajo un régimen militar, quien se aventuraba a la conquista de tierras, fuese como capitán general o adelantado, era el encargado de impartir una justicia inmediata sin formalidades, teniendo en cuenta lo apremiante de su situación. Aun con ello, conforme se sometían los pueblos indígenas y los colonos españoles se afianzaban en la nueva tierra, hubo instituciones, como la judicial, que apelaron a las formalidades requeridas por la comunidad hispana que poco a poco se integraba en las Indias.

La Nueva España inmediata a la conquista fue un territorio desde el principio difícil de organizar, tanto administrativa como judicialmente. El gobierno de Hernán Cortés, y las dos Audiencias que le siguieron, definitivamente fracasaron en el intento por estructurarle de un modo conveniente para la Corona. El del primero no funcionó más bien por circunstancias personales del propio Cortés, quien con su constante actividad expedicionaria encabezó un fracasado viaje a las Hibueras en 1524. Por esta expedición dejó en estado de incertidumbre por dos años el gobierno de la Nueva España, y sus enemigos aprovecharon su ausencia para concretar la intención del rey de someter a juicio de residencia sus actividades como funcionario¹.

El Consejo de Indias envió a Luis Ponce de León como juez de residencia en el proceso para Cortés, sin embargo falleció el 20 de julio de

¹ Cfr. José Luis Martínez, *Hernán Cortes*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 310 y ss.

1526, casi llegando a la Nueva España. El encargo de hacer la residencia y ejercer gobierno, quedó entonces en manos de Marcos de Aguilar, juez de residencia que acompañaba al fallecido Luis Ponce de León, pero que al poco tiempo también murió. El gobierno quedó en manos de los oficiales reales Alonso Estrada y Gonzalo de Sandoval, quienes lo compartieron hasta el 22 de agosto de 1527 cuando, en virtud del testamento de Aguilar, se ordenó que Estrada gobernase solo, con los cargos de gobernador y justicia².

Desde la metrópoli se había decidido intentar una nueva forma de gobierno, en atención a la rebatiña que se había dado por el poder justo entre Cortés y los oficiales reales. De este modo, el 9 de diciembre de 1528 tomó posesión la primera Audiencia gobernadora, con Nuño de Guzmán como presidente quien, con sentido más militar que político, buscó su beneficio personal y se dedicó a intentar disminuir aún más el poder de Cortés. Cuando llevó a cabo acciones de gobierno, algunas se distinguieron por ser sumamente crueles, en un intento por demostrar su poder a la cabeza de las nuevas tierras. Muchas quejas de su actuación llegaron entonces al rey, quien lo destituyó, ordenando se crease la segunda Audiencia encabezada por Fernando Ramírez de Fuenleal que, aunque corrigió algunos atropellos de Cortés y Guzmán, y se perfilaba como un buen órgano de gobierno, tampoco obtuvo la confianza del rey.

Se encontró por último la forma que pensaron ideal para el gobierno de la Nueva España: el sistema del virreinato; de este modo, y en teoría, la Audiencia continuaría sólo ejerciendo sus funciones judiciales, y el virrey estaría a cargo del papel administrativo de gobierno. Aún con ello, la Audiencia nunca dejó de tener importantes funciones administrativas, situación que dio origen a la ineficacia judicial en materia criminal, lo que motivó la creación de tribunales especiales tendientes a compartir la responsabilidad en la administración de justicia³.

Este rápido recorrido por los primeros intentos de gobierno de la Nueva España muestra lo difícil que resultó encontrar un gobierno ideal para estas tierras, y a su vez hace pensar en la incertidumbre en que se hallaban los

² Bernal Díaz del Castillo, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, 15ª ed., México, Porrúa, 1992, pp. 533. Véase también José Luis Martínez *op.cit.*, pp. 318 y 319.

³ *Ibidem*, p. 535.

gobernados, sin autoridades definidas en quien confiar, teniendo tras de sí, muy cercano, el duro proceso de una conquista de carácter militar.

Con el establecimiento del virreinato, ciertamente hubo una estabilidad política en la Nueva España, que propició la colonización del territorio. El miedo de que los indígenas reaccionaran en una sublevación se fue diluyendo poco a poco, en la medida en que los autóctonos aceptaron su sumisión. De este modo las instituciones jurídicas implantadas germinaban en tierras indias con peculiaridad, adaptándose paulatinamente a un entorno lejano al poder regio, pero dependiente de él.

La Audiencia estaba dividida en dos salas principales, una de lo civil y otra del crimen. Esta última se creó en 1568, y se componía de tres alcaldes, cuyo número se elevó a cuatro en 1603⁴. Funció como tribunal de primera instancia y como órgano de apelación en contra de las decisiones tomadas por los magistrados de la Corona o municipales, y además aprobaba antes de su ejecución las condenas más severas impuestas por los magistrados inferiores del virreinato. La sala del crimen impartía legalmente justicia de primera instancia en el área inmediata a su residencia y en un radio de cinco leguas en torno a la capital⁵, aunque la Audiencia de México se veía forzada a traspasar esos límites debido a la situación social que había dejado la conquista, que tornaba insegura la ciudad en formación. Con respecto a sus facultades judiciales, tanto en materia civil como en la criminal se trató de seguir el esquema europeo de aplicación de justicia, que ya ha sido referido.

La Audiencia fue siempre ejemplo de una confusión entre funciones políticas y judiciales. Jugaba el papel de Suprema Corte de Justicia del virreinato, y a su vez servía como Consejo de Estado del virrey⁶. El éxito político de la institución contrastó con su ineficacia judicial. Fue incapaz de solventar la gran cantidad de causas litigiosas que se le presentaban, pues sus funcionarios eran insuficientes y mostraban poco interés en sus funciones judiciales, que contrastaban con la conveniencia de moverse bien en el plano

⁴ Cfr. Pilar Arregui Zamorano, *La Audiencia de México según los visitadores (siglos XVI y XVII)*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985 pp. 28 y 29.

⁵ *Ibidem*, p. 30.

⁶ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

político para gozar de mayor poder; además se tenían numerosos problemas de competencia con otras autoridades que también estaban facultadas para detener malhechores. Por ello dejó de cubrir la urgente exigencia de justicia que necesitaba el reino⁷.

Supuestamente, los agentes de la sala del crimen debían patrullar las calles aprehendiendo a los delincuentes y llevándolos ante los alcaldes del crimen de la corte. Sin embargo, el duque de Linares, quien fue virrey de la Nueva España entre 1711 y 1716, expresó que no se cumplía con esta función. En las instrucciones que debía dejar para su sucesor, advertía:

La sala del crimen, siendo la más necesaria, es la más omisa en el despacho, pues no puedo conseguir que salgan a ejercer su oficio en las rondas, sin que les sirva de disculpa la ocupación de otras dependencias; reduciéndose a ir por las mañanas tarde a la sala y salir temprano, les parece que han cumplido⁸.

Los problemas de la Audiencia se reflejaban a escala en las otras autoridades encargadas de impartir justicia que también resultaban ineficaces, como por ejemplo el corregidor o alcalde mayor, que al igual que la audiencia compartía funciones políticas y judiciales.

Existían los llamados “casos de corte”, que eran representados por delitos que, por su trascendencia y gravedad, debían ser procesados por la Audiencia en primera instancia, fuera cual fuere el lugar en que se hubieren cometido dentro del virreinato, por ejemplo: asesinato, violación, incendio, traición, actos delictuosos de magistrados inferiores, u ofensas contra viudas y huérfanos⁹.

La Nueva España no estaba exenta de los problemas sociales y económicos que padecen los grandes centros urbanos. La delincuencia fue uno de los factores que acechó de manera más importante al modo de vida novohispano. El problema de la delincuencia se produjo en el nuevo centro

⁷ Cfr. José Luis Soberanes Fernández, *Historia del Derecho Mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, 1996, pp. 66, 67 y 68.

⁸ Ernesto de la Torre Villar (coord.) *Instrucciones y Memorias de los virreyes novohispanos*, México, Porrúa, 1991, p. 772.

⁹ Cfr. John Leddy Phelan, *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century*, Madison, University of Wisconsin, 1967, p.197.

urbano, y se agudizó en la medida en que la población se mezclaba y crecía. El problema intentó ser controlado con la forma que se había aprendido en el medioevo europeo: con la rigurosa imposición del orden desde la Corona misma.

Las crónicas escritas por viajeros que pasaron por la Nueva España daban testimonio de la situación de miseria de la población y de la inseguridad que se vivía, así como del poco control que las autoridades tenían de estas situaciones. Ello lo revelaba en el siglo XVII el testimonio de Francesco Gemelli Carreri, y a principios del XIX el de Alejandro Von Humboldt, por ejemplo¹⁰.

Se idearon e implementaron numerosas medidas destinadas a guardar la paz en el reino. Entre ellas, por ejemplo, la regulación en materia de portación de armas, estrictamente prohibida para las castas y razas “inferiores”, y permitida en cierta medida para los españoles, especialmente para los encomenderos con el fin de que se protegiesen en caso de sublevaciones¹¹. Se dictaron providencias especiales para evitar la vagancia en el reino, como expulsar a los españoles que no siendo casados vagaran por América. Algunas otras castigaban severamente los motines en las calles y barrios, limitando el número de personas de una misma casta o raza, que podían reunirse en lugares cerrados y públicos¹². El toque de queda desde la catedral, todas las noches a partir de las nueve y hasta las diez, tenía por objeto advertir a los súbditos que debían retornar a su casa, para que luego de las diez el corregidor o alcalde mayor y su equipo salieran a realizar la ronda¹³, con el fin de recoger armas a los que aún transitasen, alumbrando a su paso las oscuras calles, combatiendo la embriaguez, los juegos prohibidos y el contrabando¹⁴.

¹⁰ Cfr. Francesco Gemelli Carreri, *Las cosas mas considerables vistas en la Nueva España*, México, Ediciones Xóchitl, 1946, p. 126 y Alexander Von Humboldt, *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 2004, p.69.

¹¹ Concedido este derecho por Real Cédula de 13 de noviembre de 1535. Al respecto véase: Vasco de Puga, *Provisiones, Cédulas e instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, Vol. III, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1945, p. 109.

¹² Uno de los motines más relevantes fue el de 1692, derivado de la carencia de granos que había dejado las malas cosechas. Véase Natalia Silva, *La política de una rebelión: los indígenas frente al tumulto de 1692 en la Ciudad de México*, México, COLMEX, 2007, p. 211.

¹³ Cfr. Gregorio Torres Quintero, *México hacia el fin del virreinato español.*, México, CONACULTA, 1990, p. 145.

¹⁴ Con respecto a los juegos y diversiones públicas, y su impacto en el siglo XVIII, véase Juan Pedro Viqueira Albán, *¿Reprimidos o relajados? Diversiones públicas y vida social en la ciudad de México en el siglo de las luces*, México, FCE, 1987, p. 22. Ana María Prieto Hernández,

Las normas de control eran muchas y variadas, a veces eficaces y otras de difícil aplicación, pero lo cierto fue que no lograron hacer mucho en cuanto al control de la delincuencia, y menos aún proporcionar la seguridad que los novohispanos requerían.

Los cambios políticos en la metrópoli, situaciones eventuales como el cambio de la Suprema Autoridad Real, guerras u otras situaciones que se presentaban en Europa, sumadas a lo tardado de la comunicación entre España y América, fueron circunstancias que ocasionaron una sensación de incertidumbre entre las autoridades, quienes no sabían con certeza si actuaban o no acorde con la voluntad del rey, en tanto que llegaban las reales cédulas. En la misma península la situación de la legislación y la práctica judicial parecían caóticas, ya que las antiguas leyes muchas veces se contradecían con las que recién se dictaban, dejando a los jueces un gran trabajo de interpretación, del que continuamente se aprovechaban¹⁵. Este trabajo de exégesis debían hacerlo también los litigantes. El cambio de criterio de los reyes era otra cuestión a la que debían atender los juristas, ya que mientras a uno se le hacía correcta y de aplicación eficaz la pena de muerte, por ejemplo, a otro, ya imbuido por ideas ilustradas le resultaba exagerada en algunos casos, y pedía el respeto exacto de su voz, es decir, de la ley.

Con estos inconvenientes marchaban las causas judiciales en la Audiencia en Nueva España, lo que provocó inconformidades con respecto a su actuación, que se expresaron con mayor fuerza durante el siglo XVIII con la creación, por ejemplo, de un tribunal especial dedicado a la aprehensión de salteadores de caminos, aunque después amplió sus facultades a rondar por la ciudad. El Real Tribunal de la Acordada, que operó en Nueva España de 1719 a 1813, fue un tribunal que en sus primeros tiempos tenía carácter ambulante e impartía justicia en materia criminal. Se caracterizó por actuar en un proceso sumario en el que una sentencia condenatoria (generalmente de muerte) era

Acerca de la pendenciera e indisciplinada vida de los léperos capitalinos, México, Dirección General de Culturas Populares e Indígenas, 2001, *passim*.

¹⁵ Cfr. Andrés Moreno Mengíbar, prólogo al *Discurso sobre las penas* (1782) de Manuel de Lardizábal y Uribe, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2001, p. 24 y 25.

ejecutada en el mismo lugar de la comisión del delito. Sus sentencias no eran apelables, y sus cárceles no eran sometidas a ninguna revisión¹⁶.

Esta situación pone en evidencia lo expresado sobre la poco eficaz audiencia de lo criminal, que intentaba solventarse con este tipo de tribunales en donde se simplificaba todo el proceso penal, más por la necesidad de una justicia pronta y de escarmiento, que para dulcificar el trato al reo, evitándole sufrir la duración del proceso ordinario. Esta idea que colocaba el sufrimiento del reo en un primer plano, va a proponerse sobre todo luego de que las ideas ilustradas recuperen, para el hombre, un valor intrínseco, y critiquen la disposición que de un ser humano pueden tener otros, sacrificando su libertad y su vida, dos derechos que los liberales defenderán con vehemencia, más aún si quien dispone del ser humano es quien ostenta el poder.

Las Leyes de Indias de 1680, texto recopilador de las normas dadas para regir al mundo indiano, tenían un apartado especial en materia de delitos, penas y cárceles en su libro VII¹⁷. Las leyes que regían estos aspectos estaban claramente enfocadas al ahorro económico que la Corona hacía en el cuidado de los presos, pero sin dejarlos del todo al arbitrio de los vasallos. Las costas de las cárceles eran cubiertas por la misma ciudad, villa o lugar donde estuviese, ayudada por las fianzas a las que algunos presos eran condenados¹⁸, y las confiscaciones de bienes; inclusive la alimentación de los presos corría a su propio cargo.

La separación que debían tener por sexo los presos, el auxilio espiritual que se imponía y se cumplía con los capellanes que obligatoriamente debían atender en las cárceles, la limpieza que se debía tener al interior de la prisión, el trato que los custodios debían dar al preso, manteniendo la correspondiente lejanía¹⁹, fueron parte de las medidas que el reino empleaba en el trato a estas personas consideradas como criminales.

¹⁶ Cfr. Colin MacLachlan, *La justicia criminal del siglo XVIII en México. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*, México, SEP, 1976, pp. 90-91. Con respecto a la cárcel de la Acordada, puede leerse una descripción detallada de estos calabozos que "...más parecen infernales que de cárcel católica..." en: Teresa Lozano Armendares, *Recinto de maldades y lamentos: la cárcel de la Acordada*, en *Estudios de Historia Novohispana*, Vol. 13, México, Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), 1993, pp. 149-157.

¹⁷ Cfr. Raúl Carrancá y Rivas, "Las penas y las leyes de Indias", en *Estudios jurídicos de la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, México, Porrúa, 1987, pp. 433- 449.

¹⁸ Libro VII de las Leyes de Indias, Tit. VI "De las cárceles y carceleros", Ley I, *Ibidem*. p.433.

¹⁹ Se prohibía por ejemplo que jugasen o comieren con ellos. Libro VII, Tit. VI, Ley XII, *Ibidem*. p.435.

El sistema de fueros no era cuestionado y se establecía con claridad que, si algún caballero o funcionario de alto rango requería de prisión, se le alojara en casa de los alguaciles o ministros para evitar la carcelería común²⁰. Los pobres también gozaban de la caridad cristiana y podían salir de la cárcel si así lo determinaba la autoridad, aunque no hubiese pagado las costas que correspondían por estar en ella²¹. Se recibían también donaciones caritativas para los gastos de la cárcel.

La ley XXIII establecía una especie de defensor de oficio, llamado regidor diputado, que debía ir los sábados a las cárceles para reconocer las causas de los reos que no tuviesen quien los defendiera, sobre todo si eran extranjeros²².

En una sociedad estratificada socialmente en castas, como lo era la novohispana, el trato a cada sector social era distinto, lo que tenía sustento legal²³. Los indígenas tenían un trato distinto del resto de los reos. Tenían un tribunal especial para resolver los litigios que se suscitaren entre ellos²⁴, y ayuntamientos gobernados por caciques indígenas. Eran protegidos por el rey, quien había asumido la obligación de velar por ellos desde el descubrimiento, lo que se confirmó con el testamento de Isabel la Católica, quien encargaba encarecidamente a sus sucesores vigilar el buen trato a los indígenas. Esta actitud proteccionista se combinó con el carácter servil que se le exigió al conquistado, y que se encubrió con las figuras de las encomiendas.

La ley XI del título VII del libro VII de las Leyes de Indias indicaba el trato que se debía dar cuando los aborígenes tuviesen que pagar créditos, como obligaciones derivadas de un delito, o incluso de algún negocio civil²⁵. Se le daban al acreedor prácticamente en calidad de esclavos, aunque se suavizaba el trato si estaban cubriendo una deuda producto de un delito no grave,

²⁰ Libro VII, Tit. VI, Ley XV, *Ibidem*. p.436.

²¹ Libro VII, Tit. VI, Ley XVIII, *Ibidem*. p.437.

²² Libro VII, Tit. VI, Ley XXIII, *Ibidem*. p.438.

²³ Es a partir de los postulados sustentados por las Revoluciones burguesas, que el principio de igualdad ante la ley rige los sistemas jurídicos de Occidente. Esto en teoría, ya que en la realidad y en la práctica jurídica, se suele seguir beneficiando a determinada clase social o política.

²⁴ Para abundar sobre el tema véase Woodrow Wilson Borah, *El juzgado general de indios de la Nueva España*, México, FCE, 1985.

²⁵ Libro VII, Tit.VII, Ley XIV, *Ibidem*. p.441.

dejándoles vivir incluso con sus mujeres y ejerciendo sus oficios, por los cuales debían ser retribuidos justamente.

Sobre los delitos y las penas y su aplicación, las Leyes de Indias establecían textualmente:

Que todas las Justicias, averigüen, y castiguen los delitos.

Ordenamos y mandamos a todas nuestras Justicias de las Indias, que averigüen y procedan al castigo de los delitos, y especialmente públicos, atroces y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precisión, y cuidado, sin omisión, ni descuido usen de su jurisdicción, pues así conviene al sosiego público, quietud de aquellas Provincias y vecinos²⁶.

Con esta ley se dejaba claro el objetivo de las leyes penales y el ejercicio que del derecho debían hacer todos aquellos funcionarios reales que aplicasen justicia. Sin embargo, la dureza de los principios en materia de justicia penal era respaldada por la misma ley, que estaba lejos de absorber las ideas humanitarias que se comenzaron a proponer principalmente desde la ilustración italiana.

²⁶ Libro VII, Tit. VIII, Ley I, *Ibidem*, p.443.

6.- Tránsito ilustrado en materia penal: humanización de las penas.

Acorde con la mentalidad de los juristas conservadores, que pretendían seguir una tradición clásica en un marco de fortalecimiento de la autoridad estatal, la desordenada legislación dieciochesca¹ debía ser aplicada tomando como base los principios del derecho romano. Al pretender asumir las máximas romanas, y en este afán de extremar las formalidades para que hubiese un apego a las normas del apenas dibujado Estado, la aplicación del derecho se tornaba lenta. Si en el aspecto civil esta situación era notoria, en materia penal resultaba aún más impactante, al involucrar materialmente a un individuo cuya libertad se restringía corporalmente a lo largo del engorroso proceso, que generalmente iba acompañado de torturas y confiscación de bienes, conductas propias de un régimen que se sustentaba en la fuerza.

Hasta antes del período que los historiadores suelen nombrar como ilustrado, es decir, el siglo XVIII en general, el ser humano se concebía como parte de un todo social, sin que hubiese una conciencia definida de la individualidad de cada persona, menos aún de los derechos que podían corresponder a su esencia humana. La pertenencia a determinado grupo definía las prerrogativas que cada uno poseía por ser parte de un estamento, más no por ser parte del género humano. La organización corporativa medieval es un buen ejemplo de este sistema de pensamiento, que negaba la posibilidad del desarrollo del conocimiento, ante la revelación incuestionable de la luz divina.

De este modo, el trato para quien violase la ley, que en este momento incorporaba elementos laicos y religiosos, respondía a la necesidad de reprensión de la colectividad, y en ningún momento atendía al reo como una persona merecedora de un trato digno, a excepción de los procesos religiosos en donde se buscaba constantemente salvar el alma a expensas a menudo de lo corporal, usando la posibilidad del arrepentimiento como salvación espiritual.

Las políticas de orden y seguridad colectiva condicionaron la forma de actuar de los estados absolutistas, que se gestaron en el siglo XVI y que entraron en crisis en la medida en que se desarrolló el XVIII. Infundir temor

¹ Este conjunto poco ordenado de legislación, es distintivo de la etapa previa al movimiento codificador que caracterizó al mundo jurídico del siglo XIX.

hacia aquellos que no respetasen el orden establecido e inquietaran a los habitantes del reino era el objetivo final de las instituciones de corte penal.

Para el siglo XVIII, los pensadores ilustrados proponían tímidamente algunas garantías humanitarias, luego de que las filosofías humanistas modeladas en el siglo XVII inglés, y sobre todo las filosofías contractualistas que proponían que los integrantes del grupo estaban unidos por un pacto social, le dieran una nueva valoración al sujeto.

Una de las ideas destacadas de esta corriente es la de la utilidad común, en la que el vasallo se convierte en algo útil al Estado, y no sólo un ente al que se gobierna². De esta manera, por ejemplo, las mujeres entrarán a formar parte de los procesos económicos del siglo XVIII.

Los derechos naturales del hombre fueron rescatados del ámbito religioso. Se revitalizó la escuela de derecho natural que a partir del 1500 se había ido gestando con base en el *jus gentium* romano rescatado durante la Edad Media³. Luego de los cismas religiosos que trajo consigo la ruptura entre el medioevo y la modernidad, el siglo XVI presencié el surgimiento de la Escuela del Derecho Natural Laico, que contemplaba y reconocía la naturaleza humana, pero basándose en la razón, desplazando de este modo los dogmas de fe⁴. Para el siglo XVII pensadores basados en esta escuela siguieron dos ramas distintas. Un iusnaturalismo racionalista de origen alemán representado por Leibniz, Pufendorf y Wolff, y otra corriente franco-inglesa que fundamentó un mecanicismo contractualista para justificar el sometimiento de los seres humanos a un poder superior laico. Los representantes de esta última vertiente son Hobbes, Locke y Rousseau⁵.

Al proponer a la libertad como base para el pacto social, las concepciones de la naturaleza del sujeto variarán dependiendo del optimismo o pesimismo que estos últimos filósofos impriman a sus reflexiones. De este

² Cfr. José Enrique Covarrubias, *En busca del hombre útil*, México, Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), 2005, *passim*

³ Rolando Tamayo y Salmorán, *op.cit.*, p. 134.

⁴ Cfr. José Luis Soberanes Fernández, *op.cit.*, p. 100.

⁵ Se toman estos tres pensadores como representantes de las teorías contractualistas o pactistas, aunque cada uno de ellos asume este pacto entre la autoridad y el sujeto de maneras distintas, dándole diferente alcance. El ejemplo más claro es el *leviatán* de Hobbes, en donde propone que se debe limitar al máximo la libertad del individuo, frente a la libertad extensa que propone Locke, basado en lo que él considera la naturaleza bondadosa del ser humano.

modo, los grandes filósofos representativos del contractualismo del siglo XVII inglés, y el ginebrino radical, tendrán una concepción diferente de la naturaleza humana.

Rousseau propuso que si se estudiaba al ser humano en su estado de naturaleza original, se encontraría una bondad natural característica de un hombre libre y feliz, dando lugar al mito del buen salvaje que vivía independiente, guiado por el sano amor a sí mismo⁶. Dejado atrás este estado y obligado el hombre a incorporarse a un núcleo social deberá ceder su libertad, para luego crear en conjunto una voluntad general que defina los destinos sociales.

Este mismo acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante en un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como voces tiene la asamblea; cuyo cuerpo recibe del mismo acto su unidad, su ser común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se constituye como producto de la unión de todas las otras, recibía antiguamente el nombre de *Civitas*, y ahora el de *República* o de *Cuerpo Político*, denominándose *Estado* cuando es pasivo, *soberano* cuando es activo, y *potencia* cuando es comparada con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de *pueblo* y en particular se llaman *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y *súbditos*, por estar sometidos a las leyes del Estado⁷.

Estas ideas, tomadas literalmente por los revolucionarios franceses ocasionaron la violencia característica del terror, sometiendo sanguinariamente cualquier discrepancia con el nuevo régimen con el argumento de la voluntad general encarnada por la asamblea francesa.

Locke percibió también en el ser humano una bondad natural, que le brinda una

⁶ El mismo Rousseau reconoce lo lejano que se halla el ser humano de este estado primigenio al afirmar que este estado natural es "un estado que no existe ya, que acaso no ha existido nunca, que probablemente no existirá jamás, y del que es necesario tener conceptos adecuados para juzgar con justicia nuestro estado presente". Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, edición digital consultada en:

<http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContrato01.htm#L1C2>, el 10 de septiembre de 2008.

⁷ *Ibidem*.

perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus personas y bienes como lo tuvieran a bien, dentro de los límites de la ley natural, sin pedir permiso o depender de la voluntad de otro hombre alguno⁸.

Para Locke, la igualdad obliga al hombre al amor, el cual lo lleva a la justicia y la caridad.

Sin embargo, reconoció que era inseguro el disfrute de la libertad y la propiedad en este estado de naturaleza, pues estos valores tan importantes se hallaban entonces expuestos constantemente a ser atropellados por otros hombres⁹. Con ello justifica la restricción de la libertad del hombre, que renuncia al ejercicio supremo de esa libertad, para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder.¹⁰ Sin embargo, para este pensador, optimista referente a la buena naturaleza del ser humano, esta restricción debe ser mínima, sólo lo estrictamente necesario para que funcione correctamente el pacto social. Si quien ejercía el gobierno caía en excesos al limitar la libertad, o violentar la propiedad privada, se podía hacer uso del derecho de resistencia por parte de los gobernados.

Hobbes, en cambio, no creyó en esta bondad natural y reflexionó desde otra perspectiva, partiendo de la mala naturaleza humana. Ello hizo que recuperara la frase latina de Plauto¹¹, que Maquiavelo había utilizado antes en pleno renacimiento, y que decía: *Lupus est homo homini, non homo; quom qualis sit non novit*¹². De este modo Hobbes planteaba que el Estado debía limitar al máximo la libertad del ser humano, porque de otro modo se comería así mismo:

El fin o designio de los hombres (que por naturaleza aman la libertad y el dominio sobre los demás), al introducir dentro de sí mismos esta restricción, que es vivir formando un Estado, es la garantía de su propia conservación y por añadidura el logro de una vida más pacífica... Los

⁸ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003, p.3

⁹ *Ibidem*. p. 93.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Plauto fue un comediógrafo latino que vivió en el siglo II a. de C. y que acuñó esta frase en su obra *Asinaria* (La comedia de los asnos), Plaute, *Comedies I*, París, *Société d'édition Les belles lettres*, 1932, p. 113. (*Asinaria*: Act. II, 4, 88).

¹² Lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro.

pactos que no se amparan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre [...]¹³

Hobbes justificó de este modo el absolutismo y la represión, aunque teniendo como base el concepto de libertad del sujeto, lo que lo hace parte del movimiento ilustrado.

Todas estas reflexiones se abocaban a valorar la libertad del ser humano, con mayores o menores límites, y a conferirle de nuevo sus derechos naturales. Pero este ser humano se refería al que participaba en sociedad, no a quien había infringido las normas de convivencia y debía ser castigado por la autoridad, a la que el grupo le había otorgado parte de su libertad para velar precisamente por su seguridad.

John Locke afirmó que cuando se tuviera a un criminal “se le sancionará en la medida que la tranquila razón y convivencia determinen lo proporcionado a su trasgresión, que es lo necesario para el fin reparador y el restrictivo”¹⁴. Si esta reflexión pareciera un acercamiento a lo que luego Beccaria propondría, se aleja de ello cuando se lee en el mismo autor que “todo hombre tiene derecho a castigar al delincuente y a ser ejecutor de la ley de la naturaleza”¹⁵.

Lo primordial seguía siendo mantener la estabilidad del régimen de autoridad, ignorando a quien delinquía como persona y condenándolo como trasgresor de la norma social, situación que se hizo aún más patente en la monarquía española.

Sin embargo, en el período ilustrado también se gestó una filosofía en pro del ser humano, y en contra del abuso de quienes ejercen el poder. Los que hicieron una interpretación amplia de estas ideas reflexionaron que quien delinquía debía ser tratado como un ser humano, aunque debía pensarse, hasta dónde podría llegar la misericordia del gobierno, y hasta dónde su dureza en favor de la seguridad colectiva. Todo ello fue objeto de discusión. Los derechos del individuo se colocaron en el ambiente del debate.

¹³ Thomas Hobbes, *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1987 p. 159-162.

¹⁴ John Locke, *op.cit.*, p. 5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6. Es interesante la forma en la que Locke define al crimen. Dice que “consiste en violar las leyes y desviarse de la recta norma de la razón, por la cual el hombre en la medida de su fechoría se convierte en degenerado y manifiesta abandonar los principios de la naturaleza humana y ser nociva criatura”. *Idem*.

En el siglo de la Ilustración, la dureza de las penas empleadas por el Estado, supuestamente articuladas para preservar la tranquilidad del grupo social, es decir, esta seguridad colectiva a la que nos hemos referido, comenzó a generar una inconformidad para aquellos hombres más sensibles ante el dolor humano, lo que desembocará en la postulación del derecho a la seguridad individual.

El noble francés Charles de Secondat, barón de Montesquieu, percibía la inutilidad de las severas penas que tenían como fin el escarmiento, porque se percató que “en los países donde las penas son ligeras, impresionan a los ciudadanos tanto como en otros países las más duras¹⁶.” Se refirió también a la prevención, asignándole al buen legislador la capacidad para evitar los crímenes antes que castigarlos¹⁷. Su intuición política lo hacía presentir los cambios en los gobiernos monárquicos, sobre todo al observar cuestiones de justicia penal: “[...] en todos o casi todos los Estados europeos, las penas han disminuido o aumentado a medida que se está más cerca o más lejos de la libertad¹⁸,” al ser más explícito afirmó: “[...] cuánto más se aumentan los suplicios más cerca está la revolución¹⁹.”

En la península itálica, el auge económico comercial había hecho florecer ciudades cuyo gobierno estaba regido por casas de banqueros y comerciantes destacados, lo que originó que esta parte mediterránea de Europa participase del régimen feudal pero con características distintas de las que rigieron en otras partes del continente²⁰. La autoridad no estaba concentrada en una sola cabeza y para el siglo XVIII aún se hallaba desdibujado un órgano político unificador en la península itálica. Fue en este ambiente en el que se reflexionó en torno al trato que se debía dar a los delincuentes en un contexto de “racionalismo” y “humanismo”, como el que había planteado el Renacimiento mismo desde un par de siglos antes.

¹⁶ Charles de Secondat, barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 58.

¹⁷ El legislador “se ocupará más en morigerar que en imponer suplicios”, *Ibidem*, p. 56.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Cfr* Pierre Toubert, *Castillos, señores y campesinos en la Italia medieval*, Barcelona, Crítica, 1990, p.7. En esta obra el autor ofrece una explicación del cambio de un sistema de caseríos dispersos al de castillos, como lugares de concentración de la población y reagrupamiento de terrenos.

En el siglo XVIII, un grupo de jóvenes de Milán, influidos por el movimiento enciclopedista francés, se unieron en la llamada *Società dei Pugni*²¹, para hacer críticas diversas al sistema económico y político que vivían. En grupo comentaban las publicaciones más destacadas que llegaban de Francia e Inglaterra. Para difundir sus reflexiones publicaron la revista *El café*. Pietro Verri y su hermano Alessandro fueron los principales promotores del grupo, quienes alentaban con sus comentarios una renovación cultural y civil verdadera, interesándose en temáticas diversas, desde la economía y las ciencias matemáticas, hasta los problemas políticos y sociales. Se debieron a Pietro Verri las primeras críticas, con eco político, en torno al trato inhumano que sufrían los reos²². Los autores italianos de este siglo, influidos por el iluminismo, pretendieron un mejoramiento de la sociedad civil con la formación de una cultura de civilidad, que caracterizó el espíritu “cosmopolita” de la segunda mitad del siglo XVIII en Italia. Una de las propuestas de Verri era que el hombre que es moralmente superior a los otros, no debe intentar vengarse cuando se vea insultado por otros, pues este hombre sabe perdonar con lo que demuestra la superioridad de su alma²³.

Cesare Beccaria recogió finalmente las ideas de su mentor, Pietro Verri, y las expuso, complementadas con reflexiones propias, en su célebre libro *De los delitos y las penas*. En él expresaba lo que antes habían propuesto los filósofos contractualistas, es decir, el modo en que los hombres estaban “fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla”, por lo que prefirieron ceder parte de esta libertad para tener seguridad y tranquilidad²⁴. Sin embargo, Beccaria reflexionó más allá de eso, refiriéndose a aquéllos que habían violentado las reglas de su entorno social. Afirmó que el Estado debía evitar la tortura y suprimir la pena de muerte para el trasgresor de las normas sociales. Debía adoptar, entre otros principios, el de proporcionalidad de la pena, es decir, que el castigo impuesto fuese proporcional al delito cometido. Propuso además algo innovador para la época, que fue instaurar toda una política de

²¹ Sociedad de los Puños.

²² Cfr Pietro Verri, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Depalma, 1977, *passim*.

²³ Cfr. José Enrique Covarrubias, *op.cit*, pp. 125 y ss.

²⁴ Cfr. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p.215.

prevención del delito. Beccaria sugirió al Estado tener sensibilidad, y apeló al corazón humano para hallar “los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano a castigar los delitos²⁵.” Las penas deberían tener un carácter preventivo, en sentido general y en sentido especial. La prevención especial es la dirigida al delincuente que ha cometido la falta, mientras que la general se refiere al conjunto de la sociedad.

En alusión a las nociones de libertad que Locke desarrollaba en sus escritos contractualistas, Beccaria reflexionaba que para cualquier criminal, pasar la vida en la cárcel con privación de libertad era peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no servía como medida disuasoria para evitar cometer una trasgresión, dado que las personas tendían a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre; además, en la memoria colectiva, la ejecución no se encontraba ligada a un recuerdo concreto de culpabilidad, al no haber seguido el proceso en su totalidad.

Si bien Montesquieu se había referido ya textualmente a la justa proporción de la pena con el crimen, quien reflexiona más a fondo sobre ello es Beccaria, por lo que se considera una de las grandes aportaciones de este ilustrado italiano. Con base en su libro, el principio de proporcionalidad en las penas se convirtió en uno de los más importantes pilares del derecho penal moderno. Los delitos debían ser castigados conforme la magnitud del bien tutelado que se violentó, o se puso en peligro²⁶. De este modo, limitaba el ensañamiento que a menudo se tenía hacia quienes cometían delitos de poca importancia²⁷.

Sostenía también que tanto los delitos como las penas debían ajustarse al principio de legalidad, es decir, atenerse estrictamente al texto de la ley,

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem* cap. XXIII. Montesquieu proponía que se recurriera a la naturaleza del hombre y al sentimiento de vergüenza, haciéndosela sentir a quien sufría la infamia de asumir una condena: “Si hay países en que los castigos no avergüenzan, cúlpese a la tiranía que ha infligido iguales penas a los malvados que a los hombres de bien”, Charles de Secondat, barón de Montesquieu, *op.cit*, p. 58.

²⁷ La ley del Talión representó un avance en el derecho penal antiguo, porque limita las penas a la proporción del daño causado. Para el siglo XVIII la propuesta de Beccaria fue también limitativa, pero esta vez tomando en cuenta el bien jurídico tutelado, que el trasgresor había violentado.

negando la posibilidad de interpretación del juzgador²⁸. En el capítulo III de su libro señala el primer principio básico: "sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos", destacando que la función de imponer sanciones a cada uno de los delitos que se pudieren cometer dentro del núcleo social correspondía sólo al legislador, quien es el representante legítimo de los integrantes del pacto social. Esto daba la seguridad a los infractores de que ningún juez, en un arranque de cólera o venganza, pudiese imponer una sanción irracional²⁹.

Beccaria retomó el principio del valor educativo de la condena, según una idea típicamente italiana iniciada por Campanella, quien pasó veintisiete años preso, por lo que conocía por experiencia las limitaciones de la libertad y el sentir que esto provocaba.

Los pecados cometidos por fragilidad humana o ignorancia se castigan sólo con el deshonor u obligándolos a una mayor castidad o a un mayor conocimiento en las ciencias o artes, contra las cuales faltaron³⁰.

Por decir mentiras, que es lo que los habitantes de la *ciudad del sol* más aborrecen, son "privados del comedor común, del comercio carnal, y de algunos honores, hasta que el juez juzga que ya se han corregido lo suficiente"³¹. El fraile dominico también afirmó que "las penas son verdaderas y eficaces medicinas que tienen más aspecto de amor que de castigo"³², o por lo menos así debían ser.

El autor del siglo XVI reconoce ya en el delincuente a un "enfermo social", que cuando es condenado debe recibir un abrazo y un beso de sus acusadores, considerándolos "médicos" para su enfermedad³³.

²⁸ Este principio se expresa con la máxima latina que dice *nullum crimen, nulla poena, sine legge*. Véase nota 49.

²⁹ La idea del rigor de la ley, para alejarse de las subjetivas interpretaciones que se hacía de ella, es también una propuesta ilustrada. Montesquieu lo expresa de la siguiente forma: "En los Estados monárquicos hay una ley; si es terminante el juez la sigue; si no lo es, busca su espíritu. En los Estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano", Charles de Secondat, barón de Montesquieu, *op.cit*, p. 53.

³⁰ Tommaso Campanella, *La ciudad del sol*, Barcelona, Abraxas, 1999, p.29.

³¹ *Ibidem*, p. 30

³² *Ibidem*, p. 66-67.

³³ Cuando alguien es condenado a muerte en su ciudad del sol, Campanella expresa que: "todos lloran y ruegan a Dios que aplaque su ira, lamentándose de haber alimentado a un

Beccaria se percata del modo en que los vagos encuentran alojamiento y comida asegurada dentro de la cárcel, por lo que irónicamente se afanan en cometer crímenes con tal de entrar en ella y recibir alimento. Por lo tanto, como es la duración de la condena y no la intensidad de la condena lo que impulsa a no cometer crímenes, lo que conviene es tener la certeza de la pena y de que ésta sea extensa en el tiempo. Sin embargo, apela a la prontitud de la aplicación de la ley: cuanto más próxima sea la pena al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será.

Creía necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas en defensa del reo y para la aplicación de la pena, afirmando que el aplazamiento en su aplicación resultaba poco provechoso. El acusado, de ser sentenciado con una dilación innecesaria, entraría en una etapa de tortura psicológica, al estar inmerso en la incertidumbre sobre la pena a la que se haría acreedor. La lentitud del proceso también podía provocar que el inculpaado mismo, o alguna persona en confabulación, pudiesen modificar o destruir elementos que servirían de base para decretar su culpabilidad.

El pensamiento de Beccaria es contrario a la pena de muerte; sin embargo, la justifica sólo por dos motivos: que la nación tenga interés particular en ejecutar a un delincuente y no sólo de privarlo de su libertad (se refiere a delitos que atentan contra el poder estatal como son el de rebelión y traición a la patria); y que la ejecución del delincuente fuese "el verdadero y único freno", que contuviera a otros y los separase de cometer delitos.

Si bien Beccaria expresa las excepciones que acabamos de referir, enfatiza la ineficacia de la pena de muerte de la siguiente forma:

No es útil la pena de muerte por el ejemplo que da a los hombres de atrocidad. Si las pasiones o la necesidad de la guerra han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los mismos hombres, no debieran aumentar este fiero documento, tanto más funesto cuanto la muerte legal se da con estudio y pausada formalidad. Parece un absurdo que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, lo cometan ellas mismas, y

miembro infecto en el seno de la república; y tratan de que el mismo criminal acepte la sentencia, discutiendo con él hasta conseguirlo, para que diga que la merece..." *idem*

para separar a los ciudadanos del intento de asesinar ordenen un público asesinato³⁴.

Otras medidas planteadas por Beccaria para la reforma del derecho penal del Antiguo Régimen fueron la abolición del tormento, que representaba una práctica común y aceptada desde la antigüedad en los procesos de corte penal como vía para conseguir pruebas (principalmente la confesional), o directamente como castigo. Insistió en condenar las penas atroces y planteó desterrarlas, en virtud de que representaban a menudo un estimulante que invitaba al infractor a desafiar con mayor rabia a la sociedad. En buena medida, la obra de Beccaria fue una reacción ante los suplicios y ejecuciones públicas de la época.

Otro de los temas de los que se ocupó este autor fue el de la limitación del arbitrio judicial y el principio de legalidad. El juzgador debía recibir la codificación como un dogma sagrado, el cual no tenía derecho a cuestionar y que lo obligaba a cumplir la voluntad de los sujetos, plasmada por el pueblo a través del legislador. La limitación del arbitrio judicial se explica desde el principio de separación de poderes y de la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a los gobernados³⁵.

Francisco Tomás y Valiente, luego de estudiar con minuciosidad la obra de Beccaria, sintetizó sus propuestas de la siguiente forma:

1. Racionalidad de las leyes. La razón es la que debe dar forma a la ley, y no aspectos viscerales o relativos únicamente al ejercicio del poder. Ello nos lleva a una ley que se acerca más al concepto de justicia propio de los ilustrados.
2. Legalidad del derecho penal. Al conllevar el derecho penal un aspecto punitivo que afecta la libertad y el cuerpo de seres humanos, sus normas deben de estar estrictamente expresadas en las leyes,

³⁴ Cesare Beccaria, *op.cit.*, p. 280.

³⁵ Cabe recordar que el principio de la división de poderes es característico del período ilustrado. Locke propuso una división entre poder ejecutivo, legislativo y federativo. La capacidad de hacer justicia la seguía reservando para el ejecutivo, mientras que el poder federativo era el encargado de las relaciones internacionales (John Locke, *op.cit.*, p. 87). Fue Montesquieu quien delineó la teoría tal como se ha aceptado en los estados modernos, es decir con la división de facultades ejecutivas, legislativas y judiciales. *Cfr.* Charles de Sencondat, Barón de Montequieu, *op.cit.* p.50.

sin que haya oportunidad de hacer interpretaciones, que pudieran ser caprichosas.

3. La justicia penal debe ser pública, y en proceso acusatorio, público y meramente informativo; las pruebas serán claras y racionales. La tortura judicial debe ser eliminada, junto con el proceso inquisitivo.
4. Igualdad de nobles, burgueses y plebeyos ante la ley penal; las penas deben ser las mismas para todos.
5. El criterio para medir la gravedad de los delitos debe ser el daño social producido por cada uno de ellos; no puede seguir siendo considerados válidos los criterios de la malicia moral (pecado) del acto, ni el de la calidad o rango social de la persona ofendida.
6. No por ser más crueles son más eficaces las penas; hay que moderarlas; importa más y es más útil una pena moderada y de segura aplicación que otra cruel, pero incierta. Hay que imponer la pena más suave entre las eficaces; sólo ésta es una pena justa, además de útil.
7. La pena no debe perseguir tanto el castigo del delincuente como la represión de otros posibles futuros delincuentes, a los que ella debe disuadir de su potencial inclinación a delinquir.
8. Hay que lograr una rigurosa proporcionalidad entre delitos y penas. Lo contrario además de injusto, es socialmente perjudicial, porque ante delitos de igual pena y de diferente gravedad, el delincuente se inclinará casi siempre por el más grave, que probablemente le reportará mayor beneficio o satisfacción.
9. La pena de muerte es injusta, innecesaria y menos eficaz que otras menos crueles, más benignas. Hay que suprimirla casi por entero.
10. Finalmente, hay que considerar siempre que es preferible y más justo prevenir que penar, evitar el delito por medios disuasivos no punitivos que castigar al delincuente³⁶.

De este modo, la humanización del Derecho Penal tuvo como base principalmente la independencia que los tribunales comenzaban a pedir del

³⁶ Francisco Tomás y Valiente, *Decálogo de la obra de Beccaria*, edición digital consultada en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/beccaria.htm> el 11 de septiembre de 2008.

Rey en el siglo XVIII, la lucha contra la tortura e, incluido en ello, la búsqueda de un proceso en el que se respetasen determinadas garantías.

El esquema en el que se fue construyendo el discurso de los derechos del hombre³⁷ en el siglo XVIII europeo, se refiere al individuo, al amparo que la ley debe ofrecerle para no ser privado injustamente de la autonomía personal, es decir, que no se incumplan los derechos substanciales a su condición de ser humano, a su dignidad.

Luis Prieto Sanchís sintetiza algunas de las aportaciones esenciales de la ilustración en materia penal en las siguientes: la secularización de las instituciones, la concepción utilitaria de la pena, la eliminación o moderación del castigo capital, el rechazo del tormento, y la transformación del proceso en un sentido más garantista³⁸.

Los ilustrados trataron de rectificar la balanza que el absolutismo había inclinado hacia la seguridad colectiva sobre los intereses individuales. Apelaron a la protección al ser humano para evitar que fuese víctima de los excesos en los que la autoridad solía caer, para cuidar el entorno de una paz impuesta.

Es preciso anotar que, refiriéndonos a las reformas ilustradas en materia penal, España no fue precisamente un ejemplo para su adopción y, aunque desde 1774 la obra de Beccaria había sido traducida (diez años después de que apareciese por primera vez en Italia), los ilustrados españoles tomaron posturas diferentes, adoptando algunos discreto partido a favor, como Jovellanos o Lardizábal, y situándose otros abiertamente en contra, como Pedro de Castro o Fernando de Cevallos³⁹. Un personaje que asumió al modo español las características de esta ilustración fue por ejemplo Jerónimo Feijoo, quien propone que la clemencia que el rey debe mostrar cuando un hombre ha violado la ley es parte del recto ejercicio de la justicia⁴⁰.

³⁷ Que luego será base del discurso de lo que en la actualidad llamamos Derechos Humanos.

³⁸ *Cfr.* Luis Prieto Sanchís, "La filosofía penal de la ilustración" en Peces Barba Martínez, Gregorio, *et.al*, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, siglo XVIII, Vol. 2, Madrid, Universidad Carlos III e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001. p. 209.

³⁹ *Ídem*.

⁴⁰ *Cfr.* José Enrique Covarrubias, *op.cit.*, p. 197.

Cabe destacar, sin embargo, la figura de Manuel de Lardizábal⁴¹ que con su *Discurso sobre las penas*, apoyó en gran medida el tratado de Beccaria. Aun con ello, no dejó de ser conservador,

[...] pese a que el conservadurismo de Lardizábal le lleva a compatibilizar el absolutismo monárquico y el control eclesiástico de la sociedad con la reivindicación de una protección por el Estado de la seguridad de las personas y los bienes de los ciudadanos... no hay duda que este tipo de obras, tanto mas cuanto que venían aureoladas de respetabilidad monárquico conservadora, allanaban el camino a futuras reivindicaciones liberales, dividiendo o desorientando a los absolutistas en cuanto a su conveniencia⁴².

Lardizábal no rechazaba la pena capital, no admitía la igualdad frente a la ley penal, ni creía que la prevención fuera la justificación de la pena, pues concebía a la corrección del delincuente como fin principal del castigo. Los fines subordinados para él eran el escarmiento, la seguridad y la reparación del daño⁴³.

La política española del siglo XVIII fue de un absolutismo que se empeñaba en adaptar la ilustración a sus moldes sin dejar de ser un sistema represivo, más aún en los territorios allende el mar, donde la opresión era asumida con naturalidad por el colectivo social a falta de una organización administrativa fortalecida que les ofreciera seguridad.

Al seguir el pensamiento de Rafael de Asís en su obra *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, conviene comentar el modo en que el autor distingue la contradicción de que sea en el momento político en el que rige un gobierno con pretensión absolutista, cuando se hable del origen

⁴¹ Es pertinente comentar que Manuel de Lardizábal y Uribe fue un jurista destacado en la época de Carlos III y vivió prácticamente todo el proceso de ilustración española en materia de derecho penal. Si bien fue partidario del absolutismo, en su obra se pueden hallar marcados matices de humanismo seguramente sugeridos por la obra de Beccaria. Destacar también que hasta sus 21 años vivió en Nueva España, por lo que su primera formación jurídica la tuvo en San Ildefonso, terminando sus estudios de leyes en la Universidad de Valladolid. Véase Manuel de Lardizábal y Uribe, *Discurso sobre las penas* (1782) Cádiz, Universidad de Cádiz, 2001 *passim*.

⁴² Cfr. María Esther Martínez Quinteiro, "Los derechos del hombre: el papel de los principios en la crisis del Antiguo Régimen, 1808-1814" en Fernández Alvadalejo, Ortega López (eds) *Antiguo Régimen y liberalismo*, Alianza editorial, Madrid, 1995., p. 245.

⁴³ Cfr. Manuel de Lardizábal y Uribe, *op.cit*, *passim*.

de los derechos fundamentales⁴⁴. Esta paradoja es también vista por Manuel Martínez Neira, quien afirma que

[...] el nervio de todo el siglo XVIII – y no solo del español- es el absolutismo; un absolutismo que - vestido de regalismo- en la primera mitad del siglo aparece como motor del cambio, y que para conseguir su primacía se aliara con las novedades filosóficas; un absolutismo que, después, en la segunda mitad del siglo, sólo quiere conservar la primacía alcanzada frente a las pretensiones contractualistas que están en la base del derecho natural ilustrado. De ahí la peculiar relación, que es una contradicción, entre monarquía y la ilustración⁴⁵.

7.- La *ajenidad* novohispana ante la Ilustración en materia penal.

La forma en la que cada territorio adoptó los principios ilustrados fue distinta, acorde con las circunstancias peculiares de cada uno. Si en Estados Unidos o Francia se estaban concretando mediante reacciones sociales violentas luego de un largo proceso de incubación, en España se contenía su entrada mediante una política absolutista que dejaba pasar sólo lo que convenía a sus intereses.

En materia judicial los fueros de las corporaciones militares y eclesiásticas sufrieron cambios. El regalismo de la casa Borbón abusó de la figura del patronato que limitaba el poder de la iglesia, y el fuero del clero fue restringiéndose paulatinamente, hasta que en 1795 los clérigos acusados de delitos graves debían ser juzgados por el sistema judicial del rey⁴⁶. En cambio, la milicia resultaba un grupo considerado necesario para aplicar exitosamente las medidas relativas a las reformas borbónicas. Además se intuía la presencia de ideas ilustradas de carácter político que ponían en riesgo el poder del monarca, por lo que se requería redoblar la protección del esquema tradicional

⁴⁴ Cfr. Rafael de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos y Dykinson, 2000. *passim*.

⁴⁵ Manuel Martínez Neira, "La ilustración (jurídica) española" en Peces Barba Martínez, *et.al*, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 381-439.

⁴⁶ La manifestación más clara de esta política regalista fue la expulsión de la orden jesuita del reino español en 1767, y que tuvo un impacto importante en la Nueva España. Véase Guillermo Floris Margadant, *La Iglesia mexicana y el Derecho*, México, Porrúa, 1984, p 103.

de ejercicio de poder. La reestructuración del ejército fue entonces necesaria en aras de fortalecer a la corporación que habría de representar a la autoridad regia en las Indias. Se mejoraron los niveles de vida y condiciones sociales de los soldados y oficiales, y su fuero judicial no se cuestionó⁴⁷.

Las elites cultas españolas del siglo XVIII apelaron tímidamente a garantías de seguridad jurídica, en virtud de que eran amenazadas constantemente por el poder absolutista y la Inquisición, que estaba al servicio del poder del rey⁴⁸, y aunque la Corona no tomó partido totalmente favorable a estas propuestas, permitió que poco a poco fuesen penetrando en los proyectos de renovación del sistema jurídico.

En España, y en consecuencia en sus posesiones, las reformas políticas de corte ilustrado llegaban casi deformadas. Luego de la consolidación de la monarquía, y pasado el auge económico y territorial de los Habsburgo, comenzó un período de declive que los Borbones tratarán de superar imponiendo una serie de reformas políticas y económicas, que revelarán el peso de una monarquía atenta al movimiento ilustrado que germinaba en Europa occidental. Rafael de Asís expresa cómo en este momento se intuye una tensión entre el descubrimiento que el hombre hace de sí mismo y de su individualidad, y un poder estatal que pretendía llegar a ser absoluto, aunque en la realidad estuviese sujeto a numerosos pactos. Esta pretensión de absolutismo tenía en parte gracias un sustento ideológico representado por el iusnaturalismo, todavía ligado con la religión católica.

Por un lado se proclama la dignidad del hombre y su consideración como fin y no como medio. Se considera que el individuo es poseedor de un ámbito propio de autonomía expresable incluso en forma de derechos, eso sí, naturales. En el otro polo de la tensión, se formula la necesidad del Estado, de un poder soberano, cuya única función respecto a estos derechos sea la de protección. Y esta protección se proyecta sobre la actuación del mismo Estado, que es considerado como el principal agente con posibilidad de incidir en ese ámbito. Se predica así, la necesidad de que el Estado no restrinja esa autonomía. La tensión individuo- Estado se

⁴⁷ Véase Juan Marchena Fernández, *Ejército y milicias en el mundo colonial americano*, Madrid, MAPFRE, 1992, pp. 273 y ss.

⁴⁸ Antonio Elorza, *La ideología liberal en la ilustración española*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 91-95

resuelve en la prohibición de este último de interferir en el disfrute de esos derechos naturales⁴⁹.

Este enfrentamiento de posturas debía también adaptarse a la particular realidad novohispana, en donde la represión era asumida con naturalidad por el colectivo social a falta de una organización administrativa alternativa que diera tranquilidad. Lejos de la ebullición ideológica europea, bajo un régimen de corte colonial con una sociedad multirracial que acarreaba una problemática social y económica propia, los derechos del hombre propuestos por la Ilustración se concebían de otra forma.

La sociedad novohispana era una sociedad conservadora para la que funcionó el proceso penal tradicional, con raíces medievales. En el siglo XVI para ganar la tierra, en el XVII para consolidar el dominio, en el XVIII al regular el mosaico social que se había formado luego de doscientos años, y en los albores del XIX para tratar de controlar los aires independentistas que se respiraban en el territorio.

La realidad novohispana era distinta de la europea: el pretendido poder absoluto de los reyes, característico del período, se debilitará al atravesar el Atlántico. Las órdenes del rey llegaban tardíamente a la Nueva España, por lo que este territorio estaba obligado a tener un modo propio de conducirse ante los problemas que le aquejaban.

Mientras en Europa

[...] el Estado absoluto provocará la aparición de tres reflexiones que constituyen el germen de la filosofía de los derechos fundamentales: los límites del poder, la tolerancia y la humanización del Derecho penal y procesal⁵⁰,

en la Nueva España las ideas ilustradas tendrán poco campo de cultivo, y más aún las que proponían que el ser humano era poseedor de prerrogativas individuales.

Los jueces novohispanos no fueron receptores de Beccaria u otros partidarios de la humanización de las penas. El derecho penal para ellos

⁴⁹ Rafael de Asís, *op.cit*, p. 52.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

seguía siendo el tradicional, aquél en el que el procedimiento tenía un corte inquisitivo, la tortura era el medio idóneo para obtener una confesión, que se estimaba además como la “reina de las pruebas”, y la posición social del reo determinaba el tipo de punición que se le impondría.

Además, la relación religión-gobierno particularmente estrecha en territorio indiano, se trasladaba al ámbito de lo penal, y de este modo el delito era equiparable con el pecado y la pena con la penitencia. La idea de que el alma era más valiosa que el cuerpo justificaba la tortura, tanto a nivel religioso como laico⁵¹. Una sociedad con profundas creencias religiosas cuestionó poco el trato que se le daba al pecador.

En la Nueva España fue común el uso de principios de justicia penal de esencia rigorista en función del absolutismo estatal, pero que dejaba también a los particulares la aplicación de justicia como en la época medieval.

La integración de tribunales como el de la Acordada demuestra esta situación, y da un ejemplo claro del modo en que parecía estancada la forma de aplicación del derecho penal en relación con las ideas que paulatinamente se infiltraban en los ordenamientos legales europeos, que se han mencionado en el apartado precedente.

Debe tenerse en cuenta que, aunque no preocupase especialmente al rey español el derecho a la seguridad individual que algunos ilustrados reclamaban para los vasallos en general, sí le interesaba la “seguridad” del patrimonio real que se trasladaba a Europa y era constantemente asaltado por cuadrillas de bandoleros. A su vez, la mercancía que arribaba a la Nueva España, habiendo burlado ya a los piratas en el mar, no se encontraba aún del todo segura. De camino a la ciudad debía enfrentar el grave peligro de los salteadores de caminos.

La situación había de tener una solución pronta para evitar mayor decremento en la Hacienda Real, y a la vez contener las constantes quejas de los novohispanos. La Santa Hermandad, que había sido instaurada en Europa, y que combatía a los bandoleros sirviendo como guardia de caminos, fue la institución medieval española que se pensó se adecuaría a la reciente necesidad americana⁵².

⁵¹ Bartolomé Clavero, *op.cit.*, p. 63.

⁵² *Cfr.* Araceli Guillaume Alonso, *op.cit.*, p. 21.

Sin embargo, la figura no tuvo el mismo exitoso efecto en la Nueva España, como lo había tenido en su momento en las provincias españolas europeas, faltó empuje para hacerla vivir y quedó olvidada, sometida a la sala del crimen y siendo de muy poca utilidad.

En 1719, un acuerdo entre la Audiencia y el virrey fue el que dio vida a la Acordada. Con el consentimiento de la Audiencia el virrey confirió

[...] comisión a persona de su mayor confianza y satisfacción para que, en calidad de Juez y asesorado por abogados expertos, procediese contra todos y cualesquiera delincuentes, ladrones o salteadores en despoblado y en poblado, los aprehendiera, sustanciara sus causas en forma sumaria y con la brevedad posible, ejecutara las sentencias, aunque fuesen de muerte, sin consulta previa a la Real Sala del Crimen y que, después de la ejecución, diese cuenta de los actos a la Exa. y a la Real Sala⁵³.

Los principios de formalidad en la aplicación del derecho criminal se venían abajo. La Acordada no era una institución caprichosamente formada; las facultades que ejerció eran las que se pensaba requería un organismo de su naturaleza y para llevar a cabo los fines para los que había sido creada.

Su relativa eficacia en el control de la delincuencia en despoblado pronto cobró fama, y la gente más prestigiada de la ciudad pidió inclusive que ésta fuese vigilada también por el tribunal, al que el orden le importaba más que la justicia, siguiendo un razonamiento muy propio de un régimen absolutista. Sus procedimientos y facultades son evidencia de un estancamiento en los principios de justicia penal en la Nueva España: si en Europa fluían ideas de reformar al sistema de justicia en materia criminal, en la Nueva España, los vasallos criollos acudían al rigor de un tribunal poco clemente.

El jurista Toribio Esquivel Obregón refiere en sus *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, el modo en que funcionaba el tribunal:

El juez salía acompañado de sus comisarios y cuadrilleros, del escribano que daba fe de lo actuado, de un capellán que impartía los auxilios

⁵³ Eusebio Ventura Belaña y Juan Francisco Montemayor, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 70.

espirituales a los reos en caso de muerte, de un clarinero que iba al frente con el abanderado, portando éste el estandarte de color morado a la usanza de la Santa Hermandad de Toledo. Cuando el caso lo ameritaba por tratarse de bandoleros aguerridos o de una cuadrilla, el grupo era reforzado por un piquete de soldados dragones. Al dar alcance a los bandoleros que se perseguían, generalmente ya conocidos por las noticias que se circulaban en la comarca, se les formulaba el juicio sumario, se comprobaba el cuerpo del delito y previa identificación, se les condenaba a la pena de muerte si el caso lo ameritaba, y eran asaeteados o colgados de la rama de un árbol a la vera del camino para escarmiento de los demás⁵⁴.

El proceso sumarísimo que describe Esquivel y que se seguía con el fundador del tribunal, Miguel Velázquez Lorea, de ejecutar sentencias de muerte en el momento de la captura de un delincuente en flagrancia; la total independencia de sus actos con relación a cualquier autoridad, incluyendo a la sala del crimen de la Audiencia, exceptuando, por obvias razones, solo al Virrey; la exención de la revisión de sus cárceles por la Audiencia y del sometimiento de su titular a juicio de residencia, fueron algunas de las atribuciones que caracterizaron a la Acordada y que le ganaron la fama de “implacable y ajusticiadora”, de vigía suprema del orden virreinal. Pero ello también despertó poco a poco una conciencia de la arbitrariedad de sus procesos, que junto con cierta envidia de otras autoridades por el favor que gozaba del Virrey, sirvió de argumento para atacarla constantemente a lo largo de toda su existencia, y si bien esta hostilidad en un principio hizo poco daño a la institución, lentamente fue debilitándola⁵⁵.

Casi cien años tuvo de vida la Acordada, lo que muestra que no fue un organismo pasajero y nos confirma la gran confianza que el rey en primera instancia, y los virreyes después, depositaron en ella. El hecho de que en las instrucciones que los virreyes dejaban a sus sucesores dedicaran apartados a la protección y cuidado del Tribunal considerándolo realmente como la base para someter a delincuentes y asegurar el bienestar social, pone en evidencia

⁵⁴ Toribio Esquivel Obregón, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo II, México, Polis, 1938, p. 361.

⁵⁵ Cfr. Colín MacLachlan, *op.cit.* p. 170 y ss.

la importancia que adquirió la Acordada casi como suplente de la sala del crimen de la Audiencia. Hace ver también la incapacidad de las autoridades para controlar la delincuencia sin ejercer una represión brutal, que comenzaba a ser objeto de crítica entre los ilustrados europeos.

El segundo conde de Revillagigedo, en 1792, pretendió limitar la jurisdicción territorial de la Acordada; sin embargo, finalmente tuvo que reconocer que en apariencia el tribunal había cumplido con sus objetivos: “[...] no puede negarse la utilidad de un tribunal en que se castiguen tantos delincuentes, y administra justicia con prontitud y sin los gastos que otros⁵⁶.”

Las ideas ilustradas gestadas en Europa correspondían a un proceso histórico propio de aquel continente. En la baja Edad Media los derechos del hombre tomaban tal vez su primera forma en algunos focos, por un lado con las expresiones de los nobles en la Inglaterra de Juan Sin Tierra, o de los vasallos con los fueros aragoneses en la península ibérica⁵⁷. El camino seguirá trazándose lentamente con la formación y paulatino fortalecimiento de los Estados modernos, cuyo carácter absolutista con pretensiones de concentrar el poder originará inconformidades, sobre todo luego de revalorar al ser humano en un contexto laico. Las ideas de libertad e igualdad que desarrollaran los filósofos ingleses en el XVII y que trascenderán a Francia y a las colonias inglesas en América, moldearon nuestros cánones contemporáneos para calificar el grado de civilización de las culturas y los países.

En esta parte del Atlántico, con un mosaico social tan diverso, la Ilustración parecía ajena, perteneciente sólo a los del otro lado del Océano, o bien adquiriría matices propios⁵⁸. Rafael Moreno considera esta ilustración

⁵⁶ El segundo conde de Revillagigedo (Juan Vicente de Güemes Pacheco de Padilla y Horcasitas) fue virrey de la Nueva España de 1789 a 1794. Ernesto de la Torre Villar, (coord.), *op.cit*, p. 1050.

⁵⁷ El punto 20 de la carta magna de Juan Sin Tierra de 1215 expresa “Por un delito leve un hombre libre solo será castigado en proporción al grado del delito, y por un delito grave también en la proporción correspondiente, pero no hasta el punto de privarle de la subsistencia...” David Cienfuegos Salgado, *Historia de los Derechos Humanos, Apuntes y textos históricos*, Guerrero, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, 2005, pp. 207 y 210.

⁵⁸ Rafael Moreno considera que por ilustración mexicana se entiende “[...] la filosofía representativa de la Nueva España durante el siglo XVIII, o mejor, las corrientes filosóficas, las más destacadas filosofías y sus doctrinas, las modalidades que las ideas europeas adquieren en las postrimerías de la colonia, ya sea por voluntad de los filósofos nuestros, ya por

mexicana basada en la ciencia y su desarrollo, como una “sorpresa en la historia, producida por la voluntad de un grupo de pensadores⁵⁹”. Para este autor, la ilustración mexicana rescató, más que las cuestiones relativas a la reforma religiosa, aquéllas renacentistas, y desarrolló principios de política franceses, antes que los provenientes de Alemania o Inglaterra⁶⁰.

En materia de administración de justicia resultaba difícil someter, sobre todo, a quienes no tenían esa reverencia a la ley, que implicaba una total sumisión al poder, porque percibían la relativa autonomía que el virreinato tenía en relación con la metrópoli.

Es sintomático que casi la mitad de los crímenes de los que veía la Audiencia en los albores del siglo XIX fuesen cometidos por criollos venidos a menos o bandoleros españoles que habían dejado de respetar al derecho. La otra mitad era constituida por indígenas, o por miembros de alguna de las numerosas castas que se fueron formando en trescientos años⁶¹.

La situación económica precaria solía determinar la decisión de delinquir, y la solución que se halló solió ser el ejercicio de una dura represión por parte de las instancias de poder, desde la Audiencia hasta un tribunal de carácter privado organizado por la nobleza mexicana que defendía sus pertenencias e integridad física. Si bien la Audiencia pretendió ser más benigna haciendo un intento por paliar el perfil de venganza privada que podía alcanzar la Acordada, sus conflictos políticos con el virrey y su poca eficacia en el control de la delincuencia hacían sus pretensiones poco sólidas.

En este desarrollo de la ideología en los derechos del hombre, el continente americano aportó mucho al descubrir en el escenario del mundo a nuevos pueblos, que obligaron a filósofos, teólogos y juristas a replantearse la esencia de lo humano para entender si aquellos nativos tenían o no alma. Antón de Montesinos, Bartolomé de las Casas, Alonso de la Veracruz o Vasco

consecuencia de las virtudes propias del pensamiento asimilado”. Rafael Moreno, *La filosofía de la ilustración en México y otros escritos*, México, UNAM, 2000, p. 54.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Teresa Lozano Armendares, *La criminalidad en la Ciudad de México (1800-1821)*, México, UNAM, 1987, p. 181.

de Quiroga fueron algunos de quienes defendieron la humanidad del indio y el buen trato que debían tener⁶². Tenían en común que eran religiosos católicos, y que opinaban que cualquier dejo de *maldad* de estos pueblos era consecuencia de su ignorancia de la doctrina de Cristo. La solución fue la evangelización, que al fin y al cabo había sido el motivo determinante para la concesión de la tierra.

América de este modo contribuyó a acelerar el proceso para alcanzar la valoración del ser humano como ente libre y digno. Contribuyó con estos ingredientes al preparado filosófico europeo, que poco a poco se impuso en la nueva tierra, donde adquirió otros tintes.

Como paradoja de las reflexiones en torno a la humanidad del indígena, en materia de aplicación de justicia, el criminal perdía su valor humano por haberse atrevido a transgredir la norma, y en consecuencia era tratado con crueldad sobre todo con fines de escarmiento y como advertencia a quienes pensasen violentar el orden establecido, moral y político. Si la Nueva España había revolucionado algunas ideas en torno al valor del hombre, las ideas que proponían la humanización de las penas o el trato digno a quienes se habían atrevido a romper el pacto social le resultaban ajenas. El humanismo propio de esta parte de América se dirigió exclusivamente a justificar que los indígenas eran seres humanos, pero no al trato humano a los infractores.

Resulta interesante mencionar que el encargado y promotor de la reforma penal en España, Manuel de Lardizábal y Uribe, hubiese nacido y crecido en San Juan del Molino, Tlaxcala, y hubiera recibido su primera formación en el Colegio de San Ildefonso en México⁶³. Su formación posterior en Valladolid motivó a que Carlos III lo nombrase, en 1770, miembro de la comisión para reformar las leyes penales en el reino. A Lardizábal se le puede ver como un “ilustrado cristiano”, que tuvo una gran influencia de Beccaria, pero que no llegó a los extremos del marqués, y a pesar de que propone la humanización de las penas y algunos principios derivados del pensamiento del autor milanés, sigue en la línea del absolutismo renovado de los Borbones, como se ha comentado previamente. La lectura paralela de los textos de

⁶² Una línea de investigación que sería interesante seguir, que sin embargo rebasa los fines del presente ensayo, es la referente a la figura del indígena ante el derecho penal. El objetivo sería reflexionar si la condición de indígena determinó el modo en que se le aplicaron particularmente las normas relativas al aspecto criminal. Dejo este tema sólo aquí apuntado, para desarrollarlo en una investigación posterior.

⁶³ Véase el prólogo de Javier Piña y Palacios en Manuel de Lardizábal y Uribe, *op.cit.*

Beccaria y Lardizábal revela que el autor novohispano copió gran parte de la obra de Beccaria, pero que la adaptó al ambiente monárquico español.

Lardizábal no rechazaba la pena de muerte ni admitía la igualdad ante la ley penal. Basaba el castigo en el fin de corrección y escarmiento del delincuente, sin dar eco a las políticas preventivas. Calcó de Beccaria la proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito, criticó el arbitrio judicial sin rechazarlo del todo, y condenó el tormento empleando los mismos argumentos que el milanés. Sin embargo, el ambiente político en España no era el idóneo para recibir estas propuestas. Había una tensión importante generada luego del estallido de la revolución que había descabezado a la casa monárquica, su línea dinástica hermana, en Francia. Esto sin duda frenó los proyectos borbónicos de reforma de cualquier índole, por lo menos hasta después de las cortes gaditanas⁶⁴.

Si en la península tendrán poco eco las propuestas de Beccaria y de Lardizábal, en Nueva España los atisbos de esta dulcificación de trato a los delincuentes quedarán olvidados al desatarse, luego de 1808, insurrecciones independentistas que se buscarán reprimir con un rigor ejemplar.

⁶⁴ El primer código penal español se promulgará hasta 1822, con claras influencias de Beccaria y Bentham, recogiendo también las garantías penales propuestas en la Constitución de Cádiz de 1812, que en 1820 fue repuesta en el llamado trienio liberal.

CONSIDERACIONES FINALES.

La percepción de lo justo cambia acorde con el momento histórico, el lugar y el tipo de cultura en el que este valor esté inmerso. El relativismo axiológico es una cuestión innegable al observar las prácticas jurídicas de culturas antiguas y su desarrollo. Sin embargo, esta idea es polémica para los defensores de que el ser humano tiene unos valores universales, válidos en cualquier tiempo y lugar, entre ellos los propios a su dignidad, que ven en esta trayectoria simplemente un camino para llegar a descubrir la verdad que representa el valor de cada ser humano y sus atributos intrínsecos (libertad, igualdad, propiedad, dignidad, etc.).

El conjunto de normas, instituciones y principios filosóficos que tienen como fin regular la conducta de los miembros de una sociedad es lo que integra su sistema jurídico. Este sistema define la forma de organización de una comunidad, ya sea fundamentado en la religión, en el poder físico o político, en aspectos económicos o morales. Cuando alguien pertenece a un núcleo político determinado, ha asumido tácitamente, desde su nacimiento, las reglas que conforman el sistema propio de su núcleo, y lo común y deseable para la estabilidad social es que se someta a ellas.

La inconformidad con este sistema puede manifestarse de múltiples maneras, y los motivos de esta rebeldía también son varios. La aplicación coercitiva, es decir, por la fuerza, del sistema jurídico para los miembros del grupo, es lo que se conocerá como administración de justicia. Alguien acude al sistema de justicia cuando siente que se ha vulnerado un derecho de los asumidos por el cuerpo social. Lo que determine el encargado de dictar justicia será obligatorio de asumir. Cuando esta vulneración trae como consecuencia un castigo corporal o pecuniario hablamos de lo que hoy conocemos como derecho penal, y en épocas antiguas se refería como derecho criminal.

En este aspecto, cuando un miembro del cuerpo social daña a otro violentando el orden establecido, el encargado de hacer justicia deberá castigar a quien no ha respetado el canon aceptado por el grupo. La forma de castigo varía dependiendo del grupo y el momento histórico, pero por lo menos desde que se tienen noticias de los primeros hombres, hasta los albores del siglo XIX,

tenderá a ser un castigo ejemplar para advertir a otros el peligro de romper con esta armonía construida.

La Ilustración europea no propondrá sólo reformas en materia política. Presentaba la posibilidad de transitar de un mundo con tintes teocráticos a uno donde se debía valorar al ser humano como libre y digno. Esta transición implicaba un cambio profundo que acarrearía la caída de los antiguos regímenes y la imposición de un modelo político del que son herederos hoy los países europeos. El dinamismo jurídico se adaptó al cambio y las leyes tuvieron pronto matices de ilustrados, entre ellos se distinguían los relativos a la reforma del derecho criminal que demostraría el paso de la barbarie a la modernidad.

No se debe ver este proceso como una transición mágica o constantemente progresiva hacia estadios mejores de civilización. Los procesos históricos se conforman con constantes cambios que se acercan o se alejan de los valores de nuestro presente. Al tomar estos valores como el punto a donde ha llegado la especie humana (sin hacer juicios de carácter axiológico), el pasado se convierte en una carrera hacia el presente, que a veces se retrasa, otras se adelanta con rapidez, y otras más tiene retrocesos importantes.

Cada lugar, cada cultura, cada espacio y tiempo determinarán los propios ritmos de las sociedades en su carrera hacia lo contemporáneo. Los cambios en el siglo XVIII fueron acelerados si pensamos en los mil años en que filosóficamente el cristianismo mantuvo su equilibrio cósmico, apartando del centro de reflexión la autonomía del ser humano. Sin embargo, fueron paulatinos en atención a los cambios profundos que propusieron estos principios, y a una adopción que se extendió a todo el mundo occidental.

Beccaria, desde Milán, rescató y dio eco político a una serie de principios que sentarían las bases para estructurar el derecho penal moderno, de entre los que destacan para este ensayo el referente a la humanización de las penas y el de las formalidades en los procesos judiciales de carácter criminal, en atención a la dignidad de la persona. Algunos déspotas ilustrados europeos de la época estuvieron atentos a estas propuestas y buscaron incorporarlas a su sistema, siempre que no mermasen su autoridad política.

Los liberales y revolucionarios con mayor razón las aceptaron, aunque en muchas ocasiones su radicalismo no les permitió llevarlas a efecto.

El libro *De los delitos y las penas* de este autor italiano sirvió como inspiración para que estos principios se incorporasen en la redacción de los nuevos códigos penales, o en la pretensión de reforma de los que ya circulaban. De este modo, por ejemplo, Catalina de Rusia en 1766, luego de conocer esta obra, ordenó la abolición de la tortura. Diez años después, María Teresa de Austria dio un mandato en el mismo sentido. Luego en Francia, en 1780, Luis XVI suprimió la tortura, y ya en plena Revolución Francesa, el pensamiento de Beccaria se plasmó en las Constituciones de 1789 y 1793.

Lardizábal, en España, prácticamente copiará la obra de Beccaria pero censurándola en sus aspectos más radicales. El miedo a la onda expansiva del proceso revolucionario francés interrumpió la incorporación de ellas en España, por lo que se volverá a una fuerte represión con el fin de evitar las revueltas sociales o políticas, que ya habían costado la cabeza a la casa Borbón en Francia.

En Nueva España los ecos llegarán menos claros y más tardíamente. Si en estos territorios hay alguna adopción de principios ilustrados en materia de administración de justicia, ello obedece más bien al desgaste de la propia estructura judicial, y a la avalancha política que vino tanto de España como de América del Norte, que a un deseo genuino por proteger al ser humano, o regular garantías en materia penal. Ello nos demuestra el grado de impermeabilidad que las instituciones novohispanas tuvieron con respecto al naciente discurso de los derechos del hombre en el siglo XVIII.

La construcción del discurso ilustrado fue propiamente europea y sumamente paulatina. Nueva España tenía esa raíz grecoromana encarnada en la población peninsular y criolla, pero tenía a su vez, en el grueso de la población, una mentalidad mesoamericana que hacía difícil aquilatar del todo el proceso ilustrado. Los rasgos de sumisión impuestos desde el siglo XVI a los mestizos, castas e indígenas, hacían de la Nueva España un territorio que parecía un espejo de los rasgos serviles del feudalismo medieval europeo. Factores como la venganza privada, los tribunales particulares, las penas públicas para escarmiento, el tormento, o las ordalías, fueron figuras

medievales que transitaron a la Nueva España, donde sobrevivieron a los cambios que en Europa gestaba el movimiento ilustrado.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ALBERRO, Solange, *Inquisición y Sociedad en México 1571-1700*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

ALONSO, María Paz, *El procedimiento penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Salamaca, USAL, 1982-

ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La Audiencia de México según los visitantes (siglos XVI y XVII)*, 2ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

ASÍS, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Universidad Carlos III, Instituto de Derechos Humanos y Dykinson, 2000.

BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

BERNALDO DE QUIROZ, Constancio, *El bandolerismo en España y México*, México, Editorial Jurídica-Mexicana, 1959

BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 7ª ed., México, Porrúa, 2005.

BORAH, Woodrow Wilson, *El juzgado general de indios de la Nueva España*, México, FCE, 1985

CAMPANELLA, Tommaso, *La ciudad del sol*, Barcelona, Abraxas, 1999.

CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, "Las penas y las leyes de Indias", en *Estudios jurídicos de la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, México, Porrúa, 1987.

CIENFUEGOS SALGADO, David, *Historia de los Derechos Humanos, Apuntes y textos históricos*, Chilpancingo, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, 2005.

CLAVERO, Bartolomé, "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones", en Francisco Tomás y Valiente, *et.al.*, *Sexo Barroco y otras trasgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Universidad, 1990.

COULANGES, Fustel de, *La ciudad antigua*, México, Porrúa, 12ª ed, 1998.

COVARRUBIAS, José Enrique, *En busca del hombre útil*, México, Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), 2005.

DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*, 15ª ed., México, Porrúa, 1992.

ELORZA, Antonio, *La ideología liberal en la ilustración española*, Madrid, Tecnos, 1970,

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo II, México, Polis, 1938.

EIMIRIC, Nicolau, *Manual de inquisidores*, 2ª ed., Barcelona, Fontamara, 1982.

FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.

_____ *Vigilar y castigar (Nacimiento de la prisión)*, Madrid, siglo XXI, 1998.

GEMELLI CARRERA, Francesco, *Las cosas mas considerables vistas en la Nueva España*, México, Ediciones Xóchitl, 1946.

GUILLAUME-ALONSO, Araceli, *Una institución del Antiguo Régimen: La Santa Hermandad Vieja de Talavera de la Reina (siglos XVI y XVII)*. Salamanca, Gráficas del Tajo

HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, Madrid, Tecnos, 1987.

HUMBOLDT, Alexander Von, *Ensayo político sobre el Reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 2004.

KING, P.H., *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Madrid, Alianza, 1981

LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas (1782)* Cádiz, Universidad de Cádiz, 2001.

LEDDY PHELAN, John *The Kingdom of Quito in the Seventeenth Century*, Madison, University of Wisconsin, 1967

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 3ª ed., México, Porrúa, 2003.

LOZANO ARMENDARES, Teresa, *La criminalidad en la Ciudad de México (1800-1821)*, México, UNAM, 1987.

_____ "Recinto de maldades y lamentos: la cárcel de la Acordada", en *Estudios de Historia Novohispana*, Vol. 13, México, Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), 1993, pp. 149-157.

LYNCH, John, *España bajo los Austrias (imperio y absolutismo)*, Barcelona, Ediciones Península, 6ª ed., 1989.

MACLACHLAN, Colín, *La justicia criminal del siglo XVIII en México. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*, México, SEP, 1976.

MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV al XVII)*, tomo I, Madrid, Alianza, 1986.

MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan, *Ejército y milicias en el mundo colonial americano*, Madrid, MAPFRE, 1992.

MARGADANT, Guillermo Floris, *La Iglesia mexicana y el Derecho*, México, Porrúa, 1984.

MARTINEZ, José Luis, *Hernán Cortés*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, “La ilustración (jurídica) española” en Gregorio Peces Barba Martínez (coord.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dikynson, 2001, pp. 381-439.

MARTÍNEZ QUINTEIRO, Ma. Esther, “Los derechos del hombre: el papel de los principios en la crisis del Antiguo Régimen, 1808-1814” en Fernández Alvadalejo, Ortega López (eds) *Antiguo Régimen y liberalismo*, Alianza editorial, Madrid, 1995

MOMMSEN, Theodor, *El derecho penal romano*, Madrid, Jiménez Gil editor, 1999, 2 Tomos.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barón de, *Del espíritu de las leyes*, 12^a ed., México, Porrúa, 1998.

MORENO MENGÍBAR, Andrés, prólogo al *Discurso sobre las penas (1782)* de Manuel de Lardizábal y Uribe, Cádiz, Universidad de Cádiz, 2001.

MORENO, Rafael, *La filosofía de la ilustración en México y otros escritos*, México, UNAM, 2000.

PÉREZ PRENDES, José Manuel, et.al., *Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1999

PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, México, Editora Nacional, 1961.

PLAUTE, *Comedias I*, París, Société d'édition Les belles lettres, 1932.

PRIETO HERNÁNDEZ, Ana María, *Acerca de la pendenciera e indisciplinada vida de los léperos capitalinos*, México, Dirección General de Culturas Populares e Indígenas, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “La filosofía penal de la ilustración” en Gregorio Peces Barba Martínez (coord.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo II, siglo XVIII, Vol. 2, Madrid, Universidad Carlos III e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2001.

PUGA, Vasco de, *Provisiones, Cédulas e instrucciones para el gobierno de la Nueva España*, Vol. III, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1945

ROLDÁN VERDEJO, Roberto, *Los jueces de la monarquía absoluta (Su estatuto y actividad judicial. Corona de Castilla, siglos XIV y XVIII)*, Madrid, Universidad de la Laguna, Secretariado de Publicaciones, 1989.

RUIZ CASTELLANOS, Antonio, *Ley de las doce Tablas*, Madrid, Biblioteca latina, 1992.

RUIZ MEDRANO, Ethelia, *Gobierno y Sociedad en Nueva España: segunda audiencia y Antonio de Mendoza*, Zamora, Colegio de Michoacán y Gobierno del Estado de Michoacán, México, 1991.

SCHULZ, Fritz *Principios del Derecho Romano*, Madrid, Civitas, 2000.

SILVA, Natalia, *La política de una rebelión: los indígenas frente al tumulto de 1692 en la Ciudad de México*, México, COLMEX, 2007.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "La administración de justicia en la Recopilación Indiana", en *Estudios Jurídicos de la Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*, México, Porrúa, 1987, pp. 165-176.

_____, *Historia del Derecho Mexicano*, 4ª ed., México, Porrúa, 1996,

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político*, México, Huber, 1999,

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1992.

TORRE VILLAR, Ernesto de la (coord.) *Instrucciones y Memorias de los virreyes novohispanos*, México, Porrúa, 1991.

TORRES QUINTERO, Gregorio, *México hacia el fin del virreinato español.*, México, CONACULTA, 1990.

TOUBERT, Pierre, *Castillos, señores y campesinos en la Italia medieval*, Barcelona, Crítica, 1990.

ULLMANN, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Barcelona, Ariel, 1999.

VENTURA BELEÑA, Eusebio y MONTEMAYOR, Juan Francisco, *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del Crimen de esta Nueva España*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.

VERRI, Pietro, *Observaciones sobre la tortura*, Buenos Aires, Depalma, 1977.

VIQUEIRA ALBÁN, Juan Pedro, *¿Reprimidos o relajados? Diversiones públicas y vida social en la ciudad de México en el siglo de las luces*, México, FCE, 1987.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

BIALOSTOSKY, Sara, "Delitos electorales: *ambitus*, de Roma al derecho positivo mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, Tomo LIV, número 242, México, 2005, p. 321-330.

FUENTES ELECTRÓNICAS

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, edición digital consultada en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContrato01.htm#L1C2>
fecha de consulta: 10 de septiembre de 2008.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Decálogo de la obra de Beccaria*, edición digital consultada en: <http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/beccaria.htm>
fecha de consulta: 11 de septiembre de 2008.