

LA MODERACIÓN DE LA PENA EN EL CASO DE LAS
PERSONAE MISERABILES EN EL PENSAMIENTO
JURÍDICO HISPANO-AMERICANO DE LOS
SIGLOS XVI Y XVII

por FRANCISCO J. ANDRES SANTOS y LUIS C. AMEZUA AMEZUA*

RESUMEN:

Este artículo trata de la cuestión del trato judicial de las llamadas *personae miserabiles*, es decir, personas desamparadas (sobre todo, en este caso, los indios americanos), según la doctrina de los juristas españoles de los siglos XVI y XVII. Una de las principales consecuencias de formar parte de esta categoría era la de la atenuación de la pena en casos de delitos penales cometidos por tales individuos, lo que dio lugar a diversos problemas en la práctica jurídica de la época.

PALABRAS-CLAVE: *Personae miserabiles*. Indios americanos. Administración de justicia. Delitos y penas. *Moderatio poenae*. Jurisprudencia española moderna.

ABSTRACT:

This paper concerns the issue of the judicial treatment of the so-called *personae miserabiles*, namely persons in misfortune (particularly the American Indians), according to the vision of the Spanish legal doctrine of 16th and 17th centuries. One main judicial consequence of the membership to that category was the relieving of the penalties in case of crimes made by such individuals, what gave occasion to different legal problems in practise.

KEY-WORDS: *Personae miserabiles*. American Indians. Administration of Justice. Crimes and penalties. *Moderatio poenae*. Spanish legal science in Modern Ages.

Sumario:

1. La condición de las *personae miserabiles* en el Derecho romano y en el *ius commune*, y su recepción en América. 2. La ampliación del concepto de *personae miserabiles* en el ámbito hispánico. 3. Privilegios de las *personae miserabiles* en el ámbito penal y procesal penal. 4. La moderación de la pena impuesta a las *personae miserabiles* en los juristas indianos. 5. Proyección histórica de la penalidad de las *personae miserabiles*.

* Universidad de Valladolid (España). Esta investigación se ha llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación titulado “Influencias del pensamiento hispánico de la primera modernidad en el discurso jurídico y político de la Emancipación americana” (referencia VA 010A10-1), subvencionada por la Junta de Castilla y León (España).

1. La categoría de las *personae miserabiles* en el Derecho romano y el *ius commune*, y su recepción en América.

La introducción de la categoría de las *personae miserabiles* (personas de poca fortuna, personas débiles) en el Derecho romano fue obra de una constitución del emperador Constantino del año 334, recogida como ley única en el título XIV del libro III del *Codex Iustinianus*, cuya rúbrica reza: *Quando imperator inter pupillos vel viduas vel miserabiles personas cognoscat et ne exhibeantur* (= De cuándo conoce el emperador en las causas entre pupilos o viudas u otras *personas miserabiles*, y de que no sean presentadas). El texto de la constitución dice lo siguiente:

Si contra pupillos viduas vel diutino morbo fatigatos et debiles impetratum fuerit lenitatis nostrae iudicium, memorati a nullo nostrorum iudicum compellantur comitatu nostro sui copiam facere. Quin immo intra provinciam, in qua litigator et testes vel instrumenta sunt, experiantur iurgandi fortunam atque omni cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere.

1. *Quod si pupilli vel viduae alique fortunae iniuria miserabiles iudicium nostrae serenitatis oraverint, praesertim cum alicuius potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.* * CONST. A. AD ANDRONICUM. *A 334 D. XV K. IUL. CONSTANTINOPOLI OPTATO ET PAULINO CONSS.>

(= Si se hubiere solicitado el juicio a nuestra benevolencia contra pupilos, viudas o personas agobiadas por una enfermedad crónica, y débiles, que dichas personas no sean impelidas por ninguno de nuestros jueces a presentarse ante nuestro tribunal, sino que, por el contrario, se juegue la suerte del juicio en el interior de la provincia donde se encuentre el litigante, los testigos y los documentos, y que se procure con todo cuidado que no se vean forzados a salir de su provincia.

1. Mas si los pupilos, las viudas y las demás personas de mala fortuna hubieren suplicado el juicio de nuestra benevolencia, sobre todo

cuando sintiesen terror ante el poder de alguien, que sean obligados sus adversarios a comparecer a nuestro examen)¹.

En tanto que integrada en el *Corpus iuris civilis*, esta categoría jurídica fue naturalmente acogida en el *ius commune*, tanto en su vertiente civil como, sobre todo, canónica, pero con una serie de ampliaciones de su contenido, tanto desde el punto de vista extensional como intensional, esto es, tanto en cuanto al conjunto de personas susceptibles de englobarse bajo la consideración de *miserabiles* como en cuanto al abanico de privilegios jurídicos que la integración en dicha figura comportaba para la clase de personas de que se tratase².

En efecto, según se ha visto, en la constitución originaria se hablaba de “pupilos” (esto es, huérfanos), viudas, enfermos crónicos y débiles mentales (es decir, lo que hoy denominamos discapacitados psíquicos), en definitiva, un círculo relativamente reducido de personas que resultaban, desde la perspectiva del Cristianismo del Bajo Imperio, particularmente dañadas por la mala fortuna y necesitadas de una especial atención por parte de la autoridad estatal, que adopta un carácter paternalista y “fraternal” (típico, por otra parte, de las monarquías helenísticas) en situaciones en que, evidentemente, existe un déficit en cuanto a la atención familiar: esta disposición recogía obviamente una larga tradición de sentimiento compasivo difundido en las religiones orientales y, en particular, en el Cristianismo desde sus orígenes. Pero los autores del *ius commune*, en cambio, en virtud de la cláusula abierta que figura en la constitución citada, que habla de ‘*aliique fortunae iniuria miserabiles*’ (“y demás personas de mala fortuna”), expandieron extraordinariamente el universo de personas de distinta condición a quien podían aplicarse los mismos o similares privilegios que los concedidos a las clases de personas antedichas, sin llegar a formular, no obstante, un concepto general que abarcase todos

¹ Sobre este texto en su contexto histórico, véase FRANCISCO CUENA BOY, “Utilización pragmática del Derecho romano en dos memoriales indios del siglo XVII”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XX, 1998, pp. 107-142 (= http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54551998000200004#3 [28.12.11]) (con numerosas referencias en la nota 4). Véase también CECILIA NATALINI, *Per la storia del foro privilegiato dei deboli nella speranza nell'esperienza giuridica altomedievale dal tardo antico a Carlo Magno*, Bologna, 2009.

² Sobre el tema, véase THOMAS DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, 2008, especialmente pp. 145 ss.

los casos. Con base en fuentes bíblicas y patristicas, además de las jurídicas, se llegaron a establecer una serie de rasgos distintivos que caracterizaban a todos estos *miserabiles*, a saber, personas que: a) inspiran compasión ‘*propter iniuriam fortunae*’; b) precisan de una especial protección; y c) su determinación, en concreto, fuera de los casos claramente precisados por la ley, queda a cargo del arbitrio del juez³.

Como puede verse, conforme a unos criterios de delimitación tan amplios, el haz de tipos de sujetos que podían ser incluidos en la categoría era extraordinariamente amplio, y, con todo, los casos identificados por los juristas no agotaban la especie, puesto que el juez siempre podía integrar el caso concreto dentro de la categoría, en la medida en que considerara que los dos primeros rasgos característicos tenían lugar. No existía, no obstante, unanimidad en los autores en cuanto a cuáles eran las clases de personas integrables, si bien en algunos casos, como los originarios de los huérfanos (o los menores en general) y las viudas, o el de los pobres de solemnidad, no hubo discusión alguna. A modo de ejemplo puede citarse el elenco formulado por uno de los grandes tratadistas de la materia, Gabriel Álvarez de Velasco⁴, que incluye entre las *personae miserabiles* a los siguientes: *peregrini, rustici, pauperes, minores, captivi, Ecclesia, Ecclesiatici, personae iis servientes, civitas, meretrix, scholares, publice poenitentes, expositi, senes, coeci, carcerati, noviter ad fidem conversi, cruce signati, virgen, celebs, nupta inutilem maritum habens, miles, prodigus*.

Dentro de esta enumeración no se tienen en cuenta, sin embargo, a una clase muy especial de individuos que suscitaba un extraordinario interés entre los autores españoles de la primera Edad Moderna, y que era la causa de que esta categoría jurídica un tanto anómala hubiera sido objeto en Castilla de particular atención (mayor que en otros ámbitos del *ius commune* europeo): los indios, pobladores originarios de los territorios americanos conquistados y colonizados por los españoles. En efecto, a partir de las denuncias de los clérigos españoles destacados en Indias (sobre todo, fray Bartolomé de las Casas) y de las doctrinas de la Segunda Escolástica, los indios se consideraron globalmente incluidos en la categoría tradicional de las *personae miserabiles*, no sólo en el ámbito de la doctrina, sino también en el de la legislación, tanto civil como canónica, y ello en tanto que grupo, con independencia de las características individuales que presentara el sujeto en

³ PAULINO CASTAÑEDA DELGADO, “La condición miserable del indio y sus privilegios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, XXVIII, 1971, p. 247.

⁴ *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, Madrid, 1630, Pars II, *Proemium*, num. 4.

cuestión: es decir, un indio, aunque no formara parte de las clases de personas anteriormente enunciadas en el elenco de Álvarez de Velasco, se consideraba siempre *miserabilis* por el mero hecho de ser indio y, por tanto, debía gozar de los privilegios de tal condición en cualquier circunstancia⁵.

De ahí que no solo los especialistas en la materia, sino también todos los tratadistas del Derecho indiano en general entraran en algún momento a discutir y valorar la cuestión de la miserabilidad y analizar con detalle los privilegios jurídicos que implicaba semejante condición, ya que ello resultaba central a la hora de precisar la situación jurídica de los indígenas y las condiciones legales (y morales) en que debía llevarse a cabo la labor de administración y ordenación de aquellos territorios, tan lejanos geográfica y culturalmente de la Península Ibérica, y del orden jurídico europeo en general. Así pues, el análisis de las implicaciones que la existencia de una categoría como la de las *personae miserabiles* en el seno del *ius commune* europeo tenía como finalidad principal para los tratadistas hispanos la aclaración de la posición jurídica de unos súbditos tan señalados de la Monarquía y, por tanto, la determinación de los límites políticos y jurídicos de la Conquista y colonización, y así lo encontramos en autores muy destacados como, por ejemplo, Juan de Solórzano y Pereira, Diego de Avendaño, Gaspar de Villarroel, Feliciano de la Vega, Alonso de la Peña y Montenegro o Gaspar de Escalona y Agüero. No obstante, a la hora de identificar el concreto privilegio o cláusula de especialidad que en cada caso pretendía aplicarse al indio, los autores se esforzaban en asemejar a este a alguna de las clases habituales de *miserabiles*, en la medida en que también para ellos resultaba un tanto forzada la inclusión en la figura de una categoría tan amplia y difusa como la del “indio” en general, con abstracción de sus características singulares en cada caso. Las clases de *miserabiles* a las que normalmente solían asociarse los indios eran las de los *rustici* o los *minores*, sobre la base de la doctrina vitoriana en virtud de la cual la conquista y colonización de las Indias solo estaban justificadas en la medida en que los “bárbaros” (i. e. los indios) se encontraban en un estado de desarrollo moral rudimentario e imperfecto y necesitaban, por tanto, de un gobierno en régimen tutelar con

⁵ FRANCISCO CUENA BOY, “Especialidades procesales de los indios y su sustrato romanístico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, XI, 2006, p. 159, con detalles y fuentes.

la finalidad de procurarles amparo en tanto se encontraran en tan lamentable situación⁶.

La cuestión sobre el significado y consecuencias de la introducción de esta categoría de las *personae miserabiles* en el ámbito jurídico de los territorios americanos incluidos en el seno de la Corona de Castilla ha sido muy discutida entre los estudiosos de la historia del Derecho indiano⁷, y ha recibido un reconocimiento general, sobre todo en lo que se refiere a su aplicación a los indígenas⁸. Los historiadores modernos se han afanado sobre todo en describir los privilegios que desde el punto de vista legal les fueron concedidos a los indios en virtud de la posesión de dicha condición; pero debe tenerse en cuenta además –y esto no ha sido tan comúnmente entendido entre los historiadores– que esta categoría, aunque surgida en el ámbito del Derecho civil, tuvo también desde época temprana un amplio reconocimiento y desarrollo en el seno del Derecho canónico⁹, por lo que

⁶ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De Indis I*, 3, 18 (ed. T. URDANOZ, Madrid, 1960, pp. 723 ss.); cf. CASTAÑEDA DELGADO, ob. cit., pp. 292-293.

⁷ RAFAEL ALTAMIRA Y CREVEA, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la Legislación Indiana*, México, D. F., 1951 (reimpr. 1987), p. 198.

⁸ Vid. MARTHA NORMA OLIVEROS, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, XVIII, 1967, pp. 105-128; CASTAÑEDA DELGADO, ob. cit., pp. 245-335; ALFONSO GARCÍA GALLO, “La condición jurídica del indio”, en MIGUEL RIVERA DORADO (ed.), *Antropología de España y América*, Madrid, 1977, pp. 281-292 (reimpr. en Id., *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, 1987, pp. 743-756); ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México, 1994, pp. 314-371; JOSÉ MARÍA DÍAZ COSUELO, “El ius commune y los privilegios de los indígenas en la América Española”, en *Revista de Historia del Derecho XXIX*, 2011, pp. 268-306; THOMAS DUVE, “La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano”, en MARIO LOSANO (ed.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Milano, 2004, pp. 3-33; EL MISMO, *Sonderrecht...*, ob. cit., p. 166 ss. (con más lit.); EDUARDO CEBREIROS ÁLVAREZ, “La condición jurídica de los indios y el Derecho común: un ejemplo del ‘favor petitionis’”, en ORAZIO CONDORELLI (ed.), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, t. I, Roma, 2004, pp. 469-489; CAROLINE CUNILL, “El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI”, en *Cuadernos inter.cambio*, año 8, núm. 9, 2011, pp. 229-248 (también descargable en: <http://ciicla.ucr.ac.cr/recursos/docs/biblioteca/revista-intercambio/n9/013.pdf>).

⁹ Así se recoge ya en la doctrina de San Agustín: *Iustitia est in subveniendis miseris* (Aug. trin. 14, 9, 12), reproducida en las Sentencias de Pedro Lombardo (Lib. IV, sent. 13, dist. 33, c. 1). En el Derecho canónico clásico no se encuentra propiamente referencia explícita alguna a las *personae miserabiles* en el Decreto de Graciano, pero lo que sí que hay es una indicación de la obligación de los obispos de velar por los intereses de las personas tradicionalmente comprendidas bajo tal concepto (*pupilli, viduae, morbo fatigati, debiles*, etc.) en virtud de la *caritas*, como p. ej. en DG, dist. 84 c. 1 y 2; dist. 87 c. 1; dist. 88 c. 1; C. 24 q. 3 c. 21-25; esto que justificaría la extensión de la jurisdicción eclesiástica también al conjunto de los casos en que estuviera implicada alguna *persona miserabilis*, y además con prioridad y prelación

también en la esfera de actuación de las autoridades eclesiásticas hubo de desempeñar un papel de cierta importancia para la disciplina jurídica de las diversas categorías existentes de sujeto de derecho¹⁰.

Con todo, la cuestión que en este tema más ha preocupado tradicionalmente a los historiadores ha sido en especial la referida al grado de información que este tipo de discursos nos proporciona respecto de la auténtica situación social de los indígenas y sus verdaderas condiciones de vida bajo el dominio colonial; si este tipo de discurso paternalista es encubridor de ciertas relaciones de dominación o expresa verdaderamente una pretensión de dulcificar las crudas condiciones de existencia y promocionar e integrar auténticamente a los indígenas en un espacio político común con los colonizadores bajo el arbitrio de la Corona. Y, asimismo, en los últimos tiempos ha ganado peso en la investigación la perspectiva de ahondar en la significación y uso que de estas categorías hicieron los propios indígenas en cuanto a su propia autorepresentación como agentes históricos y la utilización de la teoría para la defensa de sus propios intereses en un contexto de lucha por el reparto del poder en el espacio colonial¹¹. Nosotros no vamos a entrar aquí en esas complejas consideraciones de historia social e ideológica, que desbordan los límites que nos hemos marcado en este trabajo, y nos limitaremos a hacer un análisis histórico-dogmático de un aspecto concreto del juego de esa teoría de las “personas miserables” (particularmente, los indios) en el seno de la literatura jurídica de la primera modernidad en el ámbito hispano-americano.

2. La ampliación del concepto de *personae miserabiles* en el ámbito hispánico.

Como ya decíamos con anterioridad, no solo se produjo una ampliación *extensional* del ámbito de aplicación de esta figura en el seno de la

respecto de la jurisdicción secular (*vid.* DG, C. 24 qu. 3 c. 21; X. 2, 2, 15; *cfr.*, sin embargo, X. 2, 2, 10 y superscriptio a X. 2, 2, 11), lo que permitió a Las Casas y otros reclamar la protección de los indios americanos para las autoridades de la Iglesia : sobre ello, *cf.* con detalle DUVE, *Sonderrecht...*, *ob. cit.*, pp. 43 ss.; YVES MAUSEN, “*Personæ miserabilis et causæ favorabiles: victimées? La réponse de la procédure médiévale*”, en *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique*, XVI (*La victime. I. Définitions et statut*), Limoges, 2008, pp. 79-96.

¹⁰ THOMAS DUVE, “La jurisdicción eclesiástica sobre los indígenas y el trasfondo del Derecho Canónico universal”, en Ana de Zaballa Beascoechea (ed.), *Los indios, el Derecho Canónico y la justicia eclesiástica en la América virreinal*, Madrid/Frankfurt am Main, 2011, p. 32.

¹¹ CUNILL, *ob. cit.*, p. 230.

doctrina del *ius commune*, sino también una *intensional*, es decir, un progresivo ensanchamiento del haz de favores y privilegios que se concedían a las personas incluidas en tal categoría. En efecto, como se ha visto anteriormente, la ley constantiniana se limitaba a conceder determinados beneficios de carácter procesal a las clases de personas señaladas: por un lado, que estas personas, aunque hubieran sido demandadas ante el emperador, no podían ser compelidas a salir de sus provincias para litigar; y, por otro, que ellas mismas como demandantes podían obligar a sus adversarios a comparecer ante el tribunal imperial. Pero los autores del *ius commune*, por aplicación analógica sobre todo de las reglas especiales que aparecen en otras partes del *Corpus iuris civilis* referidas a los menores (tanto a los menores de edad en sentido estricto, esto es, los *impuberes*, como también los *minores viginti quinque annis*), acabaron aplicando todos los tratos de favor que se dispensaban a estos a la totalidad de las personas consideradas *miserabiles*, de modo que el catálogo final de privilegios concedidos, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial, y tanto en la esfera civil como en la canónica, se hizo prácticamente interminable.

Así, haciendo referencia solo al ámbito que más interesaba a los autores hispanos, esto es, el de los indios, Juan de Solórzano Pereira, en su famosísima *Política Indiana* (1647-48) enumera los siguientes privilegios, solo en el campo de lo procesal o judicial¹²: 1) el beneficio de la *restitutio in integrum*; 2) la sustanciación y determinación breve y sumaria de sus pleitos; 3) la posibilidad de decir y alegar contra los documentos que hubieren presentado; 4) la de decir y alegar contra las confesiones de sus propios abogados, pudiendo incluso revocarlas, no solo *in continenti*, sino siempre que les convenga; 5) la de pedir nueva prueba y presentar nuevos testigos fuera de plazo e incluso en segunda instancia; 6) la exención de las consecuencias de la contumacia judicial; 7) el tener “caso de corte” (*casus curiae*)¹³ como las viudas y los pupilos, así como el propósito de evitar en lo posible que los indios tuvieran que acudir a las Audiencias para litigar, alejándose así de su entorno natural, con los perjuicios que ello les podría ocasionar. Hay que añadir, además, que si en el fuero civil no encontraban la justicia que buscaban, tanto los indios como todas las demás *personae miserabiles* tenían vía libre para trasladar el caso al fuero de la Iglesia, si bien existía diversidad

¹² *Política Indiana*, Madrid, 1776 (reimpr. Madrid, 1972 = Biblioteca de Autores Españoles, t. CCLII), lib. II, cap. 28, num. 25, p. 423.

¹³ Sobre este concepto, véase DUVE, ob. cit., pp. 102 ss., 126 ss.

de opiniones entre los autores en cuanto al alcance del recurso de los *miserabiles* a la jurisdicción del obispo¹⁴.

Esta no es más que una relación muy breve y sucinta de algunos de los privilegios que asistían a las *personae miserabiles*, en particular a los indios, pero si acudimos, por ejemplo, al proyecto de *Código Peruano* del licenciado Gaspar de Escalona y Agüero (1635)¹⁵, en él encontraremos más de sesenta privilegios concedidos por los Reyes de Castilla y cerca de veinte concedidos por el Papa (y reconocidos por el III Concilio Limense de 1583). Ello nos puede dar una idea aproximada del grado de profundización en la figura que se había conquistado a mediados del siglo XVII y la importancia que dicha categoría había alcanzado para la definición del indio como sujeto de derecho especial en el seno del ordenamiento español aplicado en Indias y los límites de la colonización.

3. Privilegios de las *personae miserabiles* en el ámbito penal y procesal penal.

Por lo que se refiere al ámbito penal, que es lo que aquí más nos interesa ahora, si bien no se registran tantos supuestos de trato privilegiado para las *personae miserabiles* como en el campo del Derecho procesal o en otros del Derecho sustantivo, como el Derecho matrimonial o el Derecho de sucesiones, sin embargo, también se encuentran algunos, en la medida en que ahí regía el principio general enunciado por Paulo en un texto contenido en el Digesto (Dig. 50.17.108): *Fere in omnibus poenalibus iudiciis et aetati et imprudentiae succurritur* (= En casi todas las causas criminales se auxilia a la edad y a la ignorancia), principio recogido a su vez en las *Siete*

¹⁴ CASTAÑEDA DELGADO, ob. cit., p. 311 y nota 224; véase, con más detalles, de nuevo THOMAS DUVE, “Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el Derecho canónico indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, XXXV, 2007, pp. 195-226 (= <http://data.rg.mpg.de/Anlage3.pdf> [28.12.11]); EL MISMO, *Sonderrecht...*, ob. cit., pp. 52 ss.

¹⁵ Cf. a propósito de esto ALFONSO GARCÍA-GALLO, “El proyecto de *Código peruano* de Gaspar Escalona y Agüero”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* XVII, 1946, pp. 889-920 (reimpr. en EL MISMO, *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, pp. 367-399). Sobre el autor, véase recientemente RAFAEL GARCÍA PÉREZ, “Escalona y Agüero, Gaspar de”, en MANUEL J. PELÁEZ (coord.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos [hasta 2005]*, vol. I (A-L), Zaragoza/Barcelona, 2005, pp. 295-297.

Partidas de Alfonso X¹⁶. Esta regla, prevista en sí para los menores de edad y para los rústicos¹⁷, se extendió en cambio por analogía a todas las *personae miserabiles*, y particularmente a los indios de América, donde el Derecho de las *Partidas*, como parte del Derecho castellano, regía de forma subsidiaria.

Una derivación de este principio es justamente el de la moderación en la aplicación de las penas: según esto, tanto los rústicos como los menores de edad no eximidos del conocimiento de las leyes (es decir, en las *Partidas*, los mayores de diez años y medio hasta los diecisiete) quedaban exonerados de la pena ordinaria establecida en el ordenamiento y debía imponerles el juez, en cambio, una pena arbitraria que mitigase el rigor de aquella. Así fue reconocido en el *ius commune*, como nos indica Solórzano Pereira en su *Política Indiana*¹⁸: “Y se puede confirmar con lo mucho que en semejante propósito, hablando de los rústicos y menores, y que se han de temprar sus castigos: porque respecto a su corta edad son más dignos de venia”, y cita en apoyo de la doctrina las opiniones de Alberico da Rosate¹⁹, Andreas Tiraquellus²⁰ o Renatus Chopinus²¹, y la opinión común de los teólogos, representada por los comentarios a las *Sententiae* de Pedro Lombardo²². En realidad, esta moderación de la pena en el supuesto de *personae miserabiles* no es sino aplicación de otros principios generales del Derecho penal ya reconocidos por el *ius commune*, como enuncian máximas del tipo ‘*Poena debet culpae respondere et commensurari delicto*’, ‘*Poenae sunt moliendae potius quam exasperandae*’ o ‘*Poenis benignior sit interpretatio*’²³.

¹⁶ Siete *Partidas* 7.31.8: [...] E si por aventura el que oviesse errado fuesse menor de diez años e medio non le deben dar ninguna pena. E si fuesse mayor desta edad e menor de diez y siete años, deven menguar la pena que darían a los otros mayores por tal yerro.

¹⁷ Sobre los rústicos, véase ANTÓNIO M. HESPAÑA, “Sauvants et rustiques. La violence douce de la raison juridique”, en *Ius commune* X, 1983, pp. 1-48 (= trad. esp. en EL MISMO, *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, p. 17 ss.).

¹⁸ Lib. II, cap. 28, num. 24.

¹⁹ In *Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1586, dans l. *utili ratione C. de defens. civit.* [= Cod. Iust. 1.55.3], p. 68 verso.

²⁰ *Tractatus de poenis legum ac consuetudinum, statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis* (en *Opera omnia*, Francofurti, 1616, t. VII), causa XI; cf. EL MISMO, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Cologne, 1582.

²¹ *De privilegiis rusticorum libri*, Paris, 1575, lib. II, cap. 1.

²² PETRUS LOMBARDUS, *Sententiae in IV libris distinctae*, lib. 2, dist. 22, cap. 5.

²³ GABRIEL ÁLVAREZ DE VELASCO, *Axiomata et loca communis iuris*, Madrid, 1631, lit. P, num. 41, 56, 58. De hecho, según la doctrina general del *ius comune*, los jueces (salvo los de categoría inferior) podían corregir siempre las penas legalmente establecidas *per modum epieikeiae*;

Si esto es así en relación con los rústicos y menores, con igual razón ha de serlo respecto a los indios, declaraba la opinión común de los tratadistas hispanos. Es sabido que en las Indias la aplicación de las penas fue siempre más flexible y suave que en la metrópoli, como se desprende de las continuas llamadas de la Corona a evitar que las autoridades judiciales de las colonias dejaran de observar las leyes y no aplicaran con rigor las penas legalmente establecidas y en su forma precisa, sin lenitivos²⁴. Pero, si esto era así con carácter general, en el caso de los indios, en cambio, la exigencia era la contraria, y tanto la ley como la doctrina civil, así como las normas canónicas, imponían una aplicación moderada de las penas a los indígenas causantes de delito (penal o civil), sobre la base justamente de su “rusticidad y simplicidad”, como afirma Alonso de la Peña Montenegro en su *Itinerario de párrocos para indios* (1668)²⁵, a lo que Solórzano Pereira añade su *miseria*:

*haec Indorum miseria, rusticitas, vel simplicitas operatur, ut iudices in eorum causis, tam civilibus quam criminalibus rigores iuris observare non debeant, sed potius se benigne cum illis habere et poenas, quoad fieri possit, temperare, quia mitius peccare videntur*²⁶.

El Derecho canónico, a través de las capitulaciones del II Concilio Limense (1567), prohibía que “ningún cura ni vicario ni visitador castigue o hiera y azote por su mano a Indio alguno, por culpado que sea, o mucho menos le trasquilen o lo hagan trasquilar” y ordenaba a los jueces que trataran a los aborígenes en los juicios “con amor paternal”²⁷, especialmente a las ‘*pauperes et miserabiles personae*’, si bien esta expresión resultaba un poco ambigua porque parece dar a entender que no todos los indios eran

véase sobre la cuestión ANTÓNIO M. HESPANHA, “De *iustitia a disciplina*”, en EL MISMO, *La gracia del Derecho...*, ob. cit., p. 235.

²⁴ *Nueva Recopilación*, lib. VII, t. 8, ll. 15, 16 y 18; cf. RICARDO MATA MARTÍN, “Delitos y penas en el Nuevo Mundo”, en *Revista de Estudios Colombinos* VI, 2010, p. 75.

²⁵ Ed. Madrid, 1668, lib. II, tr. I, session 2, pp. 143 s.

²⁶ *De Indiarum iure, sive de iusta causa Indiarum occidentalium gubernatione*, Lyon 1672, t. II, lib. I, cap. 27, num. 44-45.

²⁷ Véase, a propósito de esto, ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ, “Los principios clásicos del procedimiento y la palabra hablada en el sistema jurídico indiano al estilo de Chile”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXVIII, 2006, pp. 425-490.

(= http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071654552006000100013&script=sci_arttext [28.12.11]).

considerados aún como *miserabiles*. Más claro resulta, en cambio, el III Concilio Limense (1583)²⁸, que impone a los jueces la obligación de usar la piedad en los castigos a los indios, y en las penas corporales preceptuaba que los juzgadores usaran más el oficio de padres que el de jueces severos hasta que aquellos alcanzasen la mayor edad de razón y la fe estuviese en ellos más arraigada, y se les prohibía también que procedieran contra ellos con censuras y penas eclesiásticas.

Esta norma es paralela, en todo caso, a aquella que exige un castigo mayor a los españoles que injuriasen, ofendiesen o maltratasen a los indios que si los mismos delitos hubiesen sido cometidos contra españoles, sobre la base de la indefensión en que se encontraban los indios a causa de su miserabilidad²⁹. El despojo y la opresión que se hicieran sobre los indios, o *personae miserabiles* en general, se consideraban delitos *mixti fori*, de modo que cabía recurso también ante la autoridad judicial eclesiástica: los jueces tienen obligación de amparar a estos seres indefensos, bajo pena de restitución de daños en caso contrario, y el mismo deber se impone a los obispos y, en general, a todos los curas y aun a “todos los que vieren oprimidos con vejaciones y molestias a estos miserables”³⁰.

En cualquier caso, el juez tiene poder para decidir a su arbitrio en qué casos los rústicos podían ser perdonados o excusados³¹, supuestos que lógicamente serían trasladados asimismo al campo de los indios y demás *personae miserabiles*. Hay casos, no obstante, en que el juez no es que pueda condonar la pena del *miserabilis*, sino que debe hacerlo, como señala Álvarez de Velasco en relación con los pobres (*pauperes*), cuando indica que la pobreza, aunque con carácter general no excuse del castigo del delito, sin embargo, es una causa de remisión de la pena que debe ser ponderada por el juez, particularmente en el caso de los delitos leves³².

²⁸ Sobre esto, véase THOMAS DUVE, “Das Konzil als Autorisierungsinstanz”, en *Rechtsgeschichte* XVI, 2010, pp. 132 -153 (ahora disponible en <http://rg.rg.mpg.de/article_id/315>).

²⁹ CASTAÑEDA DELGADO, ob. cit., pp. 265 s.

³⁰ PEÑA MONTENEGRO, ob. cit., lib. II, trat. I, session 8, num. 5-7, pp. 149 s.

³¹ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, ob. cit., lib. II, cap. 28, num. 32, p. 424, donde cita a CAMILLUS GALLINIUS, *De verborum significatione libri X*, Venetiis, 1582, lib. V, cap. 20, num. 344: *Rustici qua excusatione digni sint iudicis in arbitrio positum est. [...] Menoch. ... qui ex eorum qualitate perpendet an sint versati, sagaces ac squadrati, ut vulgo apellari solent qui nullam in iure merentur excusationem...*

³² *Tractatus de privilegiis...*, op. cit., Pars II, q. 65, nº 16 y 56.

Como ilustración del juego de esta regla de la moderación de la pena en el caso de los indios, Solórzano Pereira cita las obras históricas y etnográficas de José de Acosta y de Juan de Torquemada. Así, Acosta en su *De procuranda Indorum salute* (1588)³³ exhorta a los jueces y magistrados destinados en Indias a que se comporten no tanto como jueces sino como padres, y que no hagan uso de la severidad que es corriente para otros; deben pensar que son más bien maestros que están enseñando a los indios las reglas del juego, y no tanto verdaderos jueces en sentido estricto: no deben tratar de hacer cumplir en todas ocasiones las normas rígidas del derecho, sino que han de dejar al margen las formalidades judiciales y resolver los casos en equidad y justicia la mayoría de las veces. Por su parte, Juan de Torquemada, en su monumental obra histórica titulada *Monarquía Indiana* (1615)³⁴ hace mención de una carta de fray Francisco de Bustamante, comisario general de Indias de la orden franciscana, de 1561, en que se pedía al rey que las causas criminales graves de los indios fueran tramitadas en la Audiencia, puesto que “eran de importancia y de sustancia de la judicatura y no de arbitrio”, lo que significa que los asuntos penales eran tratados habitualmente por los jueces ordinarios y conforme a un criterio de equidad, y no de derecho estricto; asimismo, informando sobre las actividades del virrey Luis de Velasco³⁵, indica que en las causas criminales de los indios no se puso límite a la competencia jurisdiccional del virrey, puesto que estas deben ser “diferentes las unas de las otras, y pedir diferente remedio lo uno y lo otro”, lo que da una idea del amplio ámbito de actuación del juez para determinar la pena aplicable al indio culpable del delito.

4. La moderación de la pena impuesta a las *personae miserabiles* en los juristas indianos.

Queda claro, por tanto, que en el caso de las *personae miserabiles* y, en particular, de los indios, los jueces disponían de un mayor margen de arbitrio para fijar los términos de la pena para los delitos cometidos por aquellas, siempre en un sentido reductor, hasta el punto de que, llegado el caso, podrían incluso exculpar al causante del delito en virtud de una

³³ *De procuranda Indorum salute*, reed. Madrid, 1984, lib. 3, cap. 23, nº 3.

³⁴ *Monarquía Indiana*, t. II, reimpr. México, 1969⁴, lib. V, cap. 16 (p. 385) y cap. 35 (p. 445).

³⁵ Luis de Velasco y Castilla y Mendoza (ca. 1534-1617), Marqués de Salinas del Río Pisuerga, fue virrey de Perú desde 1596 hasta 1604, y también de Nueva España, dos veces, de 1590 a 1595 y de 1607 a 1611. Torquemada se refiere ahí exclusivamente a su primer periodo de gobierno en Nueva España.

notoria *ignorantia iuris* o de las circunstancias extremas en que pudiera encontrarse esa persona. Sin embargo, ¿qué sucedería en el supuesto de que el *miserabilis* supiera probadamente lo que hacía y lo hiciera con plena intención, o si la naturaleza del delito fuera de extraordinaria gravedad? Esto es lo que se plantearon los tratadistas de la materia, y en concreto Solórzano Pereira³⁶ en relación con los indios, pero siempre por analogía con la regla válida para rústicos y menores. Así, se dice que la moderación de la pena se aplicará siempre en los delitos de indios, a menos que “la malicia, atrocidad y gravedad del delito no fuere tal que los haga indignos de esa templanza”, y trae a colación en apoyo de esta regla la doctrina establecida en relación con rústicos y menores en la Glosa a Dig. 1.3.1 y en las glosas *dederit*, a DG C. 2 q. 1 c. 41 (canon *Si quis dederit*) y *Rusticano*, a DG C. 23 q. 4 c. 13 (canon *Qui secundum carnem*)³⁷. La justificación que se aduce para esta solución es doble: por un lado, se dice en la Glosa que la *ignorantia iuris* excusa en parte la comisión del delito, pero no *ex toto*: alivia la pena, pero no absorbe la culpa, de modo que, si el delito es verdaderamente atroz, la culpa restante puede ser tal que compense sobradamente el efecto moderador derivado de la *ignorantia iuris*; por otro lado, la comisión consciente de un delito atroz implica un grado de malicia que desplaza la presunción de rusticidad o simplicidad que beneficia al *miserabilis* y, en consecuencia, carece de justificación el privilegio del *temperamentum poenae*, de manera que el culpable debe ser condenado como un sujeto de derecho ordinario. Es decir, hay determinados tipos de delito cuya maldad es tan evidente que no es posible suponer la existencia de un alto grado de desconocimiento que permita mitigar las consecuencias jurídicas de su comisión y su autor, aunque sea *persona miserabilis*, se considera tan culpable como cualquier otro causante³⁸.

Pero Solórzano Pereira añade aún una segunda línea argumentativa en este sentido, a saber: que por el hecho de favorecer, so pretexto de piedad, a los *miserabiles* no es lícito hacer agravio a otras personas, y una moderación de la pena en tales casos supondría sin duda una injusticia con respecto a las víctimas del delito. Solórzano Pereira cita en apoyo de esta

³⁶ *De Indiarum iure*, ob. cit., t. II, lib. I, cap. 27, num. 47-48; *Política Indiana*, ob. cit., II, 28, num. 31.

³⁷ Asimismo TIRAQUELLUS, ob. cit., num. 17: *Rusticus sagax non excusatur, si quid peccavit*.

³⁸ Sobre la distinción entre *ignorantia excusabilis* y *inexcusabilis*, respecto a los rústicos, véase HESPANHA, “Savants et rustiques...”, ob. cit., pp. 44 ss.

tesis la doctrina de Álvarez de Velasco³⁹, quien afirma que el *pauper* (y, por extensión, cualquier *persona miserabilis*) no puede ser favorecido judicialmente en daño o detrimento de otras personas, ni siquiera cuando el perjudicado sea un rico o un sujeto de mejor fortuna que el causante del daño. Una mala causa no puede ser amparada ni siquiera cuando ello sea a favor del pobre o *miserabilis* (*mala enim causa nec pauperis tuenda est*) y no puede tolerarse una desigualdad de trato en el curso del juicio, ni siquiera en razón de la miserabilidad⁴⁰. En apoyo de esta tesis cita Álvarez de Velasco diversos pasajes de las fuentes jurídicas civiles⁴¹ y canónicas⁴², así como numerosos pasajes bíblicos⁴³, clásicos⁴⁴ y patrísticos⁴⁵ y la doctrina de otros autores del *ius commune*⁴⁶. En relación con los indios, Solórzano Pereira añade la doctrina sentada por el III Concilio Limense⁴⁷, según la cual aquellos deben ser tratados con suavidad y “amor paternal” en la corrección de sus pecados, salvo que sea preciso actuar con más dureza para calmar el escándalo público y reprimir la excesiva ligereza en el pecado (*nisi ad sedandum multorum scandalum, et frenandam licentiam peccandi, durius aliquid oporteat designare*): con ello se está dando permiso implícito a los jueces para castigar con más severidad a los delincuentes, aunque sean indios, cuando la naturaleza del delito comporte un grado de alarma social o reproche moral tal, que un trato desigual a favor del delincuente en cuanto a la pena impuesta implicaría un

³⁹ *Tractatus de privilegiis...*, ob. cit., Pars I, q. 39, nº 4 y q. 55 num. 8 y 23, y Pars II, q. 3, num. 8-9.

⁴⁰ Lo que no impide que, en caso de duda, o si se trata de una decisión que no cierra la vía de la justicia, el pobre (*i. e. le miserabilis*) debe ser preferido sobre el rico: *Tractatus de privilegiis...*, ob. cit., Pars II, q. 55, num. 24.

⁴¹ Callistr. Dig. 1.18.15; Gai. Dig. 24.1.42; Pap. Dig. 26.7.40; Ulp. Dig. 29.1.28; Ulp. Dig. 30.1.41.5; Ulp. Dig. 43.8.2.10; Diocl. Cod. Iust. 8.48.4

⁴² C. *Non est putanda* (DG C. I qu. 1 c. 27); c. *Neque enim* (DG C. XIV qu. 5 c. 9); cap. *Ex tenore literarum comitis* (X. 2.2.11, Innoc. III); a propósito de ella, cf. MAUSEN, ob. cit., pp. 81-96.

⁴³ *Exod.* 23, 3 y 6; *Psalms.* 14, 2; *Ecclesiasticus* 6, 8.

⁴⁴ *Cic. leg.* 2, 25; *Sen. clem.* 1, 2; *Terent. Phorm.* 275-277.

⁴⁵ CASSIOD. in *Psal.* 14; PS.-CHRYSOST., *Opus imperfectum in Matthaem*, hom. XLVI; AUG. in *Psal.* 32 (= c. *Ne ammisso*, DG C. XXIII qu. 4 c. 34).

⁴⁶ PETRUS REBUFFUS, *Commentariorum in constitutiones regias Gallicas*, Lyon, 1576, t. I, tit. *de sentent. provision.*, art. 3 gloss. ult., num. 37; CORNELIUS BENINCASIVS, *Tractatus de paupertate, ac eius privilegiis*, Pérouse, 1562, quaest. 4 num. 11; ABBAS PANORMITANUS (NICOLAUS DE TUDESCHIS), *Comm. in cap. De multa* (= X. 3.5.28), en *In Tertium Decretalium librum interpretationes*, Lyon, 1547; PHILIPPUS DECIUS, *Comm. in cap. Novit* (= X. 2.1.13), en *In Decretalium commentaria, nec non in tit. De privilegiis*, Lyon, 1581, *notabilia* 7 num. 42. Se mencionan también obras de Vincentius Carocius, Franciscus Vivianus y Ioannes Maria Novarius. Ver más referencias en DUVE, “Algunas observaciones acerca del *modus operandi...*”, ob. cit., pp. 210 ss.; ID., *Sonderrecht...*, ob. cit., pp. 119 ss. y 145 ss. (sobre los indios).

⁴⁷ *Cap. 7 in fine*.

sentimiento general de grave injusticia y ello contribuiría a alterar el orden establecido y la debida convivencia social.

En realidad, no era necesario acudir a todas estas fuentes para justificar una solución así, puesto que era doctrina asentada tanto en el *ius commune* como en la teología moral la norma según la cual los delitos especialmente graves o atroces exigían una respuesta punitiva más fuerte que los delitos comunes, con independencia de quién fuera su autor y el grado de culpabilidad que presentara. Así lo declara de forma contundente, por ejemplo, el padre Francisco Suárez⁴⁸:

Non tollitur quominus si delictum habuerit extraordinarias circumstantias, quae illud atrox vel gravissimum reddant, possit iudex prudenti arbitrio illas specialiter punire, quia dignae sunt speciali poena, et hoc non excluditur per legem, quae loquitur de delicto ut ordinarie committi solet, et non excludit providentiam ad bonum commune.

Como se ve, por tanto, en estos casos prima la idea de la conservación del orden público y la paz social por encima de consideraciones humanitarias o estrategias de adaptación social de grupos sociales marginados o minoritarios. La preeminencia en este caso de consideraciones de política jurídica sobre la lógica de construcción del sistema jurídico o las soluciones equitativas o de justicia distributiva es clara a la vista de la debilidad de los argumentos que se aducen para justificar la solución adoptada, y ello se evidencia especialmente si tenemos en cuenta dos problemas que esta solución implica y que no son debidamente resueltos por la doctrina o la legislación mencionadas, a saber:

1) Si bien es claro que la comisión de un *crimen atrox* excluye la moderación de la pena aunque el causante sea una *persona miserabilis*, ¿significa eso que el culpable debe ser condenado a la misma pena que si no tuviera tal condición? En tal caso, según la doctrina común que hemos visto, el culpable no debe sufrir una pena ordinaria, sino una agravada a consecuencia de la especial relevancia del delito. Pero someter al *miserabilis* a esa misma pena agravada, cuando se parte de la consideración de que por

⁴⁸ *Tractatus de legibus*, Coimbra, 1612, lib. V, cap. II, num. 5 (reed. Madrid, 1968, vol. III, p. 515).

sus circunstancias no está en condiciones de formarse una correcta representación de la realidad social y del sistema jurídico, ¿no implica a su vez una notoria injusticia, que es precisamente lo que se quiere evitar tanto mediante la acuñación de la categoría de las *personas miserabiles* como con la limitación en la moderación de la pena del culpable en tales casos? Parece, en principio, que la aplicación de las reglas generales bastaría para reprimir debidamente la comisión de tales delitos atroces por parte de un *miserabilis*, ya que de por sí tales delitos están más castigados que los delitos comunes, de modo que, aunque el juez modere la pena del culpable, esta ya será mayor que la que correspondería a un delito ordinario. Téngase en cuenta, además, que estamos hablando de atenuación, y no de remisión, de la pena, lo que constituye un concepto jurídico indeterminado y permite al juez, por tanto, una gran flexibilidad de juicio, por lo que no habría inconveniente en que, aun conservando el carácter tuitivo de las normas referidas a los *miserabiles*, el culpable de un delito así fuera condenado a una pena más onerosa, a la vista de la gravedad del crimen. ¿Qué razón hay, pues, para excluir en tales casos la aplicación de la regla de la moderación de la pena y la necesidad, por tanto, de condenar al *miserabilis* culpable a la misma pena que al delincuente común? Solo consideraciones de orden político-jurídico, y no dogmáticas o morales, explican tal solución.

2) ¿Qué sucede en el caso –probablemente bastante común– de que el delito fuera cometido por un *miserabilis* contra otro *miserabilis* (o, en concreto, para el caso que más nos interesa, por un indio contra otro indio)? Según una regla general, como hemos visto más arriba, el crimen cometido contra un indio merecía mayor castigo, debido a la situación de especial indefensión de la víctima; es cierto que la regla estaba pensada para reprimir comportamientos violentos de los españoles contra los indios, pero su lógica interna exigiría una extensión a los casos de ofensas de los indios entre sí en los supuestos (nada infrecuentes en aquella realidad social) de grave desigualdad entre los propios indios implicados. Pero, al mismo tiempo, la otra regla dice que la pena debe ser moderada por el juez cuando el culpable es un indio, sin entrar en indagaciones de índole singular respecto de las características concretas del indio en cuestión. Aquí el sistema no nos da una solución clara: el juez estaría tan autorizado a agravar la pena como a atenuarla. La paradoja es aún mayor en caso de comisión de un *crimen atrox* por parte de un indio contra otro indio: según la solución que venimos comentando, en tal caso no cabe aplicar la regla de moderación de la pena y, por tanto, el indio culpable tendría que ser castigado igual que si fuese un

español. Por tanto, en caso de que la víctima del delito sea otro indio, esta pena debe verse agravada, en aplicación de la regla antedicha. En consecuencia, se puede dar la circunstancia de que un indio, a pesar de ser una *persona miserabilis*, pudiera acabar sufriendo por un delito atroz una pena mayor que un español que hubiera cometido ese mismo delito contra otro español, en contra de todos los principios fundamentales de protección y amparo de las *personae miserabiles*.

Estas son solo algunas de las posibles consecuencias que se derivan de la dificultad de conciliar las aspiraciones a construir un sistema jurídico que garantizara un mínimo de igualdad y justicia conforme a principios morales sólidamente asentados en la tradición occidental y las exigencias prácticas de organización de un espacio político muy complejo y muy alejado de los parámetros culturales con que ese sistema jurídico se había formado en Europa. Con todo, los juristas hispanos del *Ancien Régime* supieron encontrar a menudo soluciones imaginativas, capaces de producir un equilibrio entre las posiciones enfrentadas que estaban en juego, sin romper con la tradición pero sin quedarse anclados a soluciones que podían resultar chocantes o disfuncionales en el contexto social nuevo en que debían ser aplicadas. De ahí que sus obras sean un permanente modelo de “desarrollo orgánico” de un Derecho y una tradición jurídica que aún ofrece sustanciosas lecciones para el presente.

5. Proyección histórica de la penalidad de las *personae miserabiles*

En concreto, esta regla de la moderación de la pena de las *personae miserabiles* (y, más en particular, los indios) ha tenido un largo e instructivo recorrido⁴⁹. Durante el período de dominación español, la regla se mantuvo, tanto legal como consuetudinariamente. Con la emancipación de las nuevas naciones iberoamericanas, las constituciones y los códigos penales de los nuevos Estados introdujeron el principio de igualdad ante la ley y, en

⁴⁹ A propósito de esta cuestión, véase ahora RENÉ PAUL AMRY, “Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate”, en *Derecho penal y pluralidad cultural* (Anuario de Derecho penal 2006), Fribourg, 2007, pp. 73-100 (también en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_08.pdf [28.12.11]). Cf. también EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos”, en J. C. CARBONELL, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, E. ORTS BERENGUER (DIRS.) Y M. L. CUERDA ARNAU (COORD.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. I, Valencia, 2009, pp. 244-255.

consecuencia, también los indígenas asimilados e integrados en tales Estados quedaron sometidos a las mismas leyes que los criollos, de modo que esa norma que implicaba un tratamiento desigual favorecedor de la población indígena quedó eliminada o diluida en la legislación general. Los nuevos códigos se construyeron, en general, de espaldas a la existencia de una población indígena, si bien en diversos lugares la legislación especial, en cambio, siguió manteniendo cierto tratamiento privilegiado similar al de las *personae miserabiles*. La situación continuó así hasta el segundo tercio del siglo XX, en que comenzó a imponerse una orientación en el constitucionalismo iberoamericano tendente al reconocimiento de la “cuestión indígena” y a la necesidad de introducir medidas legislativas de carácter protector de las minorías étnicas establecidas en el seno de los Estados, aun conservándose el principio inamovible de igualdad ante la ley. Diversos códigos penales iberoamericanos (Perú, 1924; Colombia, 1927, 1980, 2000; Brasil, 1940; Bolivia, 1972; Michoacán [México], 1980), con base en un criterio de *semiinimputabilidad*, reintrodujeron la regla de la atenuación de la pena en caso de delitos cometidos por indígenas en atención al grado de “su desarrollo mental, grado de cultura y costumbres”, es decir, una suerte de modernización de la doctrina de las *personae miserabiles*, pero esta vez en virtud de la difusión del modelo evolucionista en las ciencias penales. A partir de los años 80 del siglo XX, en cambio, con la introducción del paradigma pluralista en el constitucionalismo iberoamericano y el relativismo en vez del evolucionismo en el seno de la disciplina penal, este tipo de justificaciones de índole psicosocial o sociocultural han ido abandonándose, desapareciendo las referencias a la inimputabilidad de los indígenas, pero se ha introducido en su lugar el concepto de “error de comprensión culturalmente condicionado” que justifica tanto la atenuación de la pena prescrita como la descriminalización de ciertas conductas, e incluso el reconocimiento de jurisdicciones propias de los pueblos indígenas, con base en la necesidad de reconocer y respetar la diversidad cultural⁵⁰.

⁵⁰ En este sentido es particularmente destacable el hecho de que las Naciones Unidas hayan adoptado una *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, mediante Resolución de la Asamblea General de 13 de septiembre de 2007 (Naciones Unidas A/RES/61/295, de 2 de octubre de 2007), donde se dice, entre otras cosas, que “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.”(art. 34).

Como puede verse, pues, a través de este ejemplo, con diversas vestiduras ideológicas, las soluciones jurídicas ya vislumbradas por los juristas del *ius commune* siguen siendo en gran medida operativas y resultan necesarias para afrontar problemáticas jurídicas y sociales de gran complejidad, que el paso del tiempo no ha conseguido arrumbar. Con todo, el problema de la asimilación a la tradición occidental de aquellos pueblos conquistados hace quinientos años sigue estando vivo y su solución –y no su mera gestión– constituye aún hoy un desafío que desborda los límites de la teoría del Derecho y se asoma al territorio de otras disciplinas, como la ciencia política, la sociología o, por qué no, la filosofía moral, que tal vez sean capaces de brindar esquemas de explicación y propuestas de articulación social más adecuadas que las derivadas de la pura disciplina social, y la reacción penal a su servicio.