



UNIVERSIDA DE CUENCA

Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias de la Educación

Carrera de Historia y Geografía

La noción del crimen en el orden jurídico colonial: el caso de Cuenca en la segunda mitad del siglo XVIII

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Licenciado en Ciencias de la Educación en Historia y Geografía**

Autor:

Alex Ismael Espinoza Pesáñez

C.I. 0105505358

Directora:

Dra. Natalia Catalina León Galarza

C.I. 0903990794

Cuenca-Ecuador

28/06/2019



Resumen

La implantación de las Reformas Borbónicas significó cambios representativos en la realidad social y política de los territorios americanos del siglo XVIII; de ahí que, se realizaran cambios económicos, políticos y de control social en las Colonias hispanoamericanas. Dentro de este marco, el Derecho, las prácticas jurídicas y ciertas instituciones jurídicas, como el crimen, se vieron afectadas por los cambios coyunturales.

Aunque se han realizado estudios de las Reformas Borbónicas desde lo económico, político y social, no se lo ha hecho desde la mirada de la Historia del Derecho en la segunda mitad del siglo XVIII. Por lo tanto, ante este vacío, ha sido necesario trabajar en un análisis sobre el crimen como herramienta de control social en la época colonial tardía, con las Reformas Borbónicas del siglo XVIII. En este contexto, este trabajo rastreará la construcción de la noción de crimen en sus dos formas de construcción: legal-formal y como fenómeno social; para ello, se han utilizado fuentes primarias doctrinales, legales y juicios criminales referentes a la segunda mitad del siglo XVIII, con el objetivo de determinar el dinamismo jurídico en la época de estudio.

PALABRAS CLAVE:

Crimen. Reformas Borbónicas. Sociedad orgánica. Juicios civiles y criminales.



Abstract

The implantation of the Bourbon Reforms meant representative changes in the social and political reality of the American territories of the 18th century; hence, economic, political and social control changes will take place in the Hispano-American Colonies. Within this framework, the law, legal practices and certain legal institutions, such as crime, were affected by conjunctural changes.

Although there have been studies of the Bourbon reforms from the economic, political and social, it has not been done from the perspective of the history of law in the second half of the eighteenth century. Therefore, in this vacuum, it has been necessary to work on an analysis of crime as a tool of social control in the late colonial era, with the Bourbon reforms of the eighteenth century. In this context, this work will trace the construction of the notion of crime in its two forms of construction: legal-formal and as a social phenomenon; To this end, primary doctrinal, legal and criminal trial sources have been used in the second half of the 18th century, with the aim of determining the legal dynamism of the study period.

KEYWORDS

Crime. Bourbon reforms. Organic society. Civil and criminal trials.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	9
Capítulo 1	
Descripción del contexto histórico-político de la Colonia tardía. Una mirada hacia la Sociedad Orgánica colonial y las Reformas Borbónicas.....	12
1.1. La sociedad de la Colonia tardía. El Sociedad Orgánica.....	12
1.2. Las Reformas Borbónicas.....	15
Capítulo 2	
Análisis histórico de la noción de crimen en el orden jurídico colonial: El caso de Cuenca en la segunda mitad del siglo XVIII.....	29
2.1. El proceso penal ordinario.....	32
2.2. Del crimen como construcción formal-legal en el juicio a Manuel Montero.....	34
2.3. La noción del crimen hasta comienzos del siglo XVIII.....	41
2.3.1. Crimen, delito y pecado.....	41
2.3.2. El crimen como forma jurídico-legal en el siglo XVIII. Fundamentos legales.....	44
2.3.2.1. El crimen	44
2.3.2.2. Las fuentes jurídico-legales y doctrinales.....	47
2.4. El crimen como fenómeno social.....	51
2.4.1. El honor y el color como mecanismos de control.....	54
2.4.2. Una práctica dual del derecho.....	57
2.4.3. La voz y fama en la persecución criminal.....	59
CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	64



Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

Alex Ismael Espinoza Pesántez en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “*La noción del crimen en el orden jurídico colonial: el caso de Cuenca en la segunda mitad del siglo XVIII*”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 28 de junio de 2019

Alex Ismael Espinoza Pesántez
C.I. 0105505358



Cláusula de Propiedad Intelectual

Alex Ismael Espinoza Pesántez, autor/a del trabajo de titulación “La noción del crimen en el orden jurídico colonial: el caso de Cuenca en la segunda mitad del siglo XVIII”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 28 de junio de 2019

Alex Ismael Espinoza Pesántez
C.I. 0105505358



Agradecimiento

A quien maneja los hilos del tiempo,

para quien los une con ubicuidad.

Al reloj palpante y a los ojos que

giran como esferas alrededor de las

estrellas.

A la voluntad creadora y a la semilla

que forja, porque es todo y múltiple.

Al gusto y al placer, de cuales bebo

sin resistencia.

A quienes soportan la realidad con

pastillas de esperanza.

Y, sobre todo, a quienes rompen las

cadenas del Vesubio con palabras y

escritos.

(Misael sin retorno, 2019)



- Una sociedad se define no sólo por su actitud ante el futuro sino frente al pasado: sus recuerdos no son menos reveladores que sus proyectos.

- Cada negación contiene a la sociedad negada- y la contiene, casi siempre, como presencia enmascarada, recubierta.

(Paz, O. (1982). *Sor Juana Inés de la Cruz o las trampas de la fe*)



INTRODUCCIÓN

La presente investigación es un análisis sobre la configuración de la noción de crimen en la segunda mitad del siglo XVIII, cuyo contexto son las Reformas Borbónicas, aplicadas en España e Hispanoamérica; sociedades definidas por su política referente a la sociedad orgánica. Es decir, se busca determinar la influencia de dichas medidas en la construcción del Derecho, la justicia y el concepto de crimen como institución jurídica, que posibilitaron el control social en Cuenca, durante el periodo de estudio. Para ello, es necesario delimitar el ambiente histórico-político del estado del Derecho y sus prácticas judiciales, que nos ayudará a comprender la reformulación del crimen a través de dos maneras: como forma jurídico-legal y como fenómeno social.

A su vez, esta propuesta de trabajo parte de la necesidad por entender el dinamismo del derecho criminal indiano y de su práctica, con los principales acontecimientos del siglo XVIII; puesto que, representan, en primera instancia, una separación entre Iglesia y Estado, en términos económicos y gubernativos, pero no filosóficos, que determinarán el pensamiento en las Colonias americanas. De esta manera, se comprenderá que la monarquía española y sus territorios fueron muy particulares con relación a otros territorios, y que no abandonaron sus prácticas ancladas en la filosofía de los siglos XII y XIII.

Por otro lado, este estudio parte del análisis documental de juicios criminales, sobre homicidio y tentativa de homicidio, que reposan en el Archivo Nacional de Historia sección Cuenca (ANH/C), referentes a la segunda mitad del siglo XVIII. Estos expedientes permitieron entender cómo se llevó a cabo un proceso judicial ordinario, cuáles fueron las categorías que coadyubarón a la delimitación de el crimen como noción conceptual muy distinta del delito y pecado, y entender que el crimen tuvo una doble fuente (legal y social) para su reconfiguración. Asimismo, se han usado fuentes primarias como tratados y leyes criminales que nos permiten entender la construcción del crimen desde su forma legal-jurídica en contraste con la práctica judicial, que se determinó por elementos sociales como el honor o la fama. Por lo tanto, existe una contrastación de fuentes que busca construir el discurso histórico desde una metodología cualitativa e inductiva.

De igual forma, este trabajo ha de ser planteado desde una perspectiva interdisciplinaria para entender al derecho indiano en el campo de la investigación jurídica y



en las Ciencias Sociales; con ello, podremos aportar nuevos enfoques para entender la realidad colonial. Del mismo modo, es tarea primordial analizar la historia de las instituciones jurídicas, que forman parte del órgano jurídico, para comprender de manera holística su significado en el siglo XVIII. A partir de esto, nace la posibilidad de armonizar, sin forzamientos, la historia de la institución jurídica del crimen antes del siglo XVIII y en el periodo borbónico, que posibilita dar una mirada sobre el actuar de las instituciones mediante las cuales se ejerce el poder para conseguir el control social.

En este sentido, es necesario la presencia del tiempo en el análisis de las realidades sociales, puesto que, se desenvuelven de manera dinámica. De ahí la importancia de la historicidad que, se ve determinada por el historiador, en sentido general, o el historiador del derecho, con carácter específico; de donde, el corte que se hace del periodo de la historia, sobre el objeto de estudio, se lo realizará de acuerdo a los intereses investigativos. Esto no supone una pérdida de objetividad, sino más bien afianza la necesidad de concatenar las relaciones de los tiempos, presente y pasado, en donde la temporalidad tendrá cortes para su mejor estudio. Entonces, ha de considerarse que, si bien existen los cortes cronológicos, su existencia solo se debe a procesos de estudio; pues la historia de la humanidad es dinámica, constante, de larga duración y por lo tanto no desestructurada (Le Goff, 2014).

En definitiva, el presente trabajo buscará comprender ¿cómo se construyó la noción de crimen a través de la doctrina jurídica castellana e india, en su aplicación en Cuenca de la segunda mitad del siglo XVIII? y ¿cómo sucede la posible reconfiguración de la noción del crimen en el marco de los modelos modernizantes borbónicos?

De esta manera, en el capítulo 1 nos encargamos de contextualizar el estudio a través del Sociedad Orgánica, pues marca la pauta a seguir en la política monárquica española y; de las Reformas Borbónicas que proyectan cambios en las realidades económicas, fiscales, militares y sociales de la vida de los sujetos indianos.

En cuanto al capítulo 2, este será trabajado en dos partes: primero se analizará la construcción de el crimen desde lo formal-legal, es decir, se analizará dicha noción desde el “deber ser” del Derecho y de sus fuentes jurídicas. Luego, en la misma dirección, se analizará la influencia del Derecho indiano en un expediente criminal seguido contra Manuel Montero, acusado de homicidio. En la segunda parte, se buscará contrastar la construcción del crimen



en su forma legal (deber ser) con el “fenómeno social” (ser); para ello, habrá que situarse en ciertas categorías, como el honor, que determinan las relaciones sociales y por ende la práctica judicial.



Capítulo 1.

Descripción del contexto histórico-político de la Colonia Tardía. Una mirada hacia la sociedad orgánica colonial y las Reformas Borbónicas.

1.1 La sociedad de la Colonia tardía. El Sociedad Orgánica

Las sociedades coloniales americanas, bajo el control hispano en los siglos XVI, XVII y XVIII, estuvieron organizadas de acuerdo a sistemas político-teológicos que se habrían usado con anterioridad en algunos estados europeos. Estas ideas políticas, no fueron prácticas o abstracciones conceptuales que aparecieron en un cierto tiempo y se extinguieron por arte de magia; sino más bien, dado que respondieron a procesos amplios de forja, acomodación, desarrollo y un aparente final, se reacomodaron en distintas formas políticas, aunque, con reparo de las singularidades contextuales de cada espacio geográfico.

En este sentido, en Inglaterra, en el periodo de gobierno de la Casa de los Tudor (1485-1603), se desarrolló la doctrina de *Los dos cuerpos del Rey*. Esta teoría fue concebida como una ficción jurídica, pues los abogados ingleses la usaron para describir la calidad política del rey como enviado de Dios. De ahí que, según dicha doctrina, el rey poseía dos cuerpos: el uno natural, compuesto de miembros naturales como el de cualquier otro hombre; y el otro, político, cuya visión metafórica representa a los súbditos como miembros corporativos. De esta manera, la reunión entre el rey y sus súbditos comprendía una corporación, de tal forma que, él era la cabeza y ellos los miembros articulares del cuerpo político (Kantorowicz, E., 2012).

Por lo tanto, la calidad del rey era mucho más amplia, ya que este tenía una facultad absoluta de gobierno sobre sus súbditos. En otras palabras, el cuerpo político no debía estar dispuesto a pasiones porque su calidad era abstracta, perfecta y perenne; no se parecía a la entidad natural que muere, sino que era perpetua. Por ello, para que se efectúe el cambio de poder a la muerte del cuerpo natural (muerte del rey), el nuevo receptor debía poseer calidad divina y dinástica para poder materializar el poder divino; se trataba de un paso de lo político a lo natural. No nos confundamos, no se trataba de la conversión de la divinidad en carne, sino la elevación de la humanidad a Dios (2012).



Asimismo, al ser el rey un ser perfecto, era incapaz de errar. Fue tanta la perfección de la figura del monarca, que ni siquiera debía pensar mal, no debía concebir cometer una acción indebida y, en él no cabía la locura ni la debilidad. Además, el rey era un ser invisible y aunque nunca podía juzgar, a pesar de ser la fuente de justicia, si tenía, en cambio, el don de la ubicuidad legal (2012).

El cuerpo natural, aunque de menor categoría que el cuerpo político, sostenía una carga simbólica muy pesada, más de lo que parecería a simple vista; esto debido a que cuando el rey prestaba fidelidad a sus súbditos, se esperaba lo mismo por parte de estos hacia su majestad. Así, la lógica entre estas prestaciones eran las acciones de los cuerpos naturales, sin perder de vista la corporación política. Por ello, cuando se cometía un delito o crimen por traición, debía entenderse que el malhechor buscaba la muerte de los cuerpos natural y político. Estas acciones configuraron el *Lase maiestatis crimen*, es decir, el crimen de lesa majestad.

En sintonía, Kantorowicz (2012) ejemplifica sobre la muerte del cuerpo político, pues expone lo siguiente:

Lord Dyer resolvió que el suicidio era un crimen triple. Era una ofensa contra la naturaleza porque iba contra el instinto de conservación; una ofensa contra Dios porque violaba el sexto mandamiento; y, finalmente, un crimen ‘contra el rey porque por ello pierde un súbdito, y [...] siendo, como es, la cabeza [*corpus mysticum*, en donde la cabeza es una alusión a la cabeza de Cristo], ha perdido uno de sus miembros místicos’. (p.49)

Toda esta construcción, propia de los abogados ingleses, al parecer se expandió por algunas partes de Europa en momentos de afianzamiento de la monarquía como forma de gobierno. En este sentido, ¿cómo fue entendida la teoría de *Los dos cuerpos del rey* en la filosofía y política española?, sobre todo, en una época en la que sirvió de vehículo para afirmar los incipientes estados modernos.

España pudo mantener una sociedad orgánica a su manera. De esta forma, las leyes que regularon dichas sociedades y, más aún, las costumbres y las normas implícitas del régimen de pacto con la Corona, dotaron de vida a una sociedad corporativa. Una sociedad donde los derechos y los deberes de cada individuo no eran iguales a los de cualquier otro,



sino que dependían de los derechos y deberes del cuerpo social como entidad política, al cual pertenecían (Zanatta, L., 2012).

Pese a lo dicho, para Richard Morse (1999) las tradiciones europeas que le dieron forma a Iberoamérica fueron Ibéricas específicamente y no vagamente “católicas” o “mediterráneas”. Es decir, España permaneció casi intocada por la Reforma protestante o el Renacimiento en su forma italiana; no tuvo una revolución científica que pueda ser citada, ni un equivalente de Hobbes o Locke; ningún surgimiento de individualismo político, nada de teoría de contrato social y ninguna revolución industrial. Pero lo que determinó su cambio fue la preferencia “tomista” por una sociedad concebida como una casa de muchos niveles y salas, una entidad cuyas partes estaban dispuestas desde lo imperfecto hacia lo perfecto. En este sentido, las tareas de ordenamiento y adjudicación, aunque asignadas en primera instancia por consenso popular, recaían en el rey al actuar en nombre de sus súbditos, como el agente mejor ubicado y más apto para la función.

Entonces, la teoría organicista que se desarrolló en España, fue de alguna manera propia, sacada de principios aristotélicos y tomistas, y aunque compartiera muchos puntos con la idea política inglesa de *Los dos cuerpos del rey*, la forma española era única. De esta manera, debemos entender que la teoría neoescolástica estudiada a partir de Vitoria y desarrollada en Suárez, representaba al Estado como:

un todo ordenado en que las voluntades de la colectividad y del príncipe se armonizan a la luz de la ley natural y el interés de la *felicitas civitatis* o bien común. Desde el punto de vista actual, el andamiaje teológico de la argumentación española le da un sabor arcaico, pero lo que estaba en discusión era algo bastante moderno. (Morse, R., 1991, p. 70)

Por lo tanto, la idea de *Los dos cuerpos del rey* no acompañó por mucho tiempo a las ideas políticas premodernas y modernas inglesas, puesto que se aceptó al “pacto social” como centro de toda la cultura política y filosófica. Por otro lado, para España la “corporatividad” de la sociedad siguió siendo muy fuerte, pues Vitoria había dado seguimiento y desarrollado la idea aristotélica sobre la naturaleza y la disposición de los hombres como animales sociales y políticos. Para Vitoria “las ciudades y las repúblicas no procedían de la inventiva humana, sino que surgían de la naturaleza, que las había producido para proteger y preservar a los mortales” (1991, p.75).



Por consiguiente, en las sociedades españolas y sus colonias, no existía ninguna clase de distinción entre unidad política y unidad espiritual, entre ciudadano y feligrés, entre esfera temporal y esfera espiritual. A su modo, los imperios ibéricos fueron regímenes de cristiandad: lugares donde el orden político se asentaba sobre la correspondencia de sus leyes temporales con la ley de Dios, donde el trono (el soberano) estaba unido al altar (la Iglesia) (Zanatta, L., 2012).

Finalmente, como el pensamiento político era barroco en España, debido a su fuerte filosofía sobre la comunidad política, representaba la libertad no como una circunferencia de inmunidad para el individuo sino como una obediencia voluntaria o “activa” al poder constituido, noción vinculada con la doctrina católica que definía el papel del libre albedrío en el alcance de la gracia. El resultado de la libertad así concebida era un Estado cuya función principal era el mantenimiento del orden a través de la administración de la justicia, justicia que tanto premiaría el mérito como castigaría la delincuencia (Morse, R., 1991, pp. 84-85).

De esta forma, vemos cómo estuvo consolidada la sociedad española y sus dependencias en la época colonial, que afectó muchas de las decisiones que se tomaron a lo largo de su historia, hasta la independencia. Sin embargo, esto no quiere decir que no hubo nuevas formas de entender la realidad política y filosófica española para transformarla, sirva de ejemplo la secularidad jurídica. Pese a ello, lo que hizo que no se configuraran nuevas realidades transformistas, fue la fuerte raíz tomista de la que era parte España.

1.2 Las Reformas Borbónicas

Para el siglo XVII, el imperio español empezó a decaer producto de una fuerte crisis económica, política y cultural. Dicha crisis fue mucho más acuciante en el siglo XVIII. Por ello, ante esa coyuntura y la fuerte presión que ejercían Inglaterra, Holanda y Austria, España decidió aunar fuerzas con Francia para intentar recuperar el poderío económico y político que había perdido; lo cual, no obstante, significó una guerra de sucesión entre las casas de Austria y Borbones. Este contexto político, a inicios del siglo XVIII, traería consigo la necesidad de que la Corona española, ya en manos de los borbones, buscara implementar políticas administrativas y económicas que le permitiesen mantenerse como imperio político y económico.



No obstante, cabe anotar que, la llegada de Felipe V (1700-1746) al trono no fue el único agente que impulsó al cambio en España; fueron un cúmulo de factores como la presión francesa, las necesidades de guerra y la aparición de una élite burocrática, que aportaron al cambio en el poder hacia el gobierno centralista (Lynch, J., 1999). Estas primeras medidas restaron el poder a los grandes grupos aristócratas y al Consejo para pasárselo a la pequeña nobleza y a los secretarios de Estado.

Con los cambios conseguidos en el gobierno español, se decidió crear un conjunto de reformas fiscales, tributarias y administrativas para asegurar la centralización del poder y el bienestar económico español. Dichas medidas conocidas como las Reformas Borbónicas, también redujeron el poder de los criollos americanos al quitarles sus puestos administrativos (que los habían conseguido por la compra y venta de cargos)¹ para recobrar el ingreso de impuestos y alcabalas, y cuyo destino eran las arcas del monarca. De igual forma, las mencionadas reformas buscaron administrar de una manera más ordenada las Colonias para extraer recursos de modo más eficiente (Zanatta, L., 2012). Dichas medidas fueron aplicadas en España y sus territorios coloniales.

Aunque las Reformas Borbónicas fueron creadas en los primeros años de la monarquía borbónica, no fue sino hasta la llegada del rey Carlos III (1759-1788) cuando estas entraron en vigencia en los territorios coloniales españoles. Por estas razones, a este monarca, a criterio de Bravo B. (1991), se le atribuye haber sido un gobernante “ilustrado”. Sin embargo, a juicio de Lynch J. (1999), Carlos III era muy sensible a su soberanía, en donde su ideal de gobierno era el absolutismo puro, pues no respondía a ninguno de sus ministros y sí a sus decisiones personales. Por lo que, la política del monarca se basó en “la fuerza y no en el bienestar social” (p.225), pues su objetivo era hacer de España una gran potencia a través de la reforma del Estado, la defensa del imperio y el control de los recursos coloniales².

¹ Es muy importante destacar la venta de cargos, puesto que implica un espacio de “pelea” por el poder. Margarita Garrido (2001) sostiene que se debió reformular la compra y venta de cargos, puesto que las Audiencias eran tribunales que englobaban la vida política, lugares de convergencia de la competencia por el poder. En estos espacios, en los cuales se había reforzado la noción de patria, las medidas borbónicas apuntaron a romper la autonomía criolla y el sentido patriota. Los españoles recién llegados a las intendencias, producto de las reformas, debían contribuir de mejor manera a la burocracia “despersonalizada”.

² La discrepancia de criterios, entre Lynch y Bravo, sobre el calificativo “ilustrado” que recae sobre Carlos III, tendría su solución si entendemos que este gobernante aplicó sus políticas debido a su fuerte absolutismo político, que según Lynch, intentó reconstruir España por dos modelos posibles de gobierno: el primero estaría



Por otro lado, la Real Audiencia de Quito y sus territorios fueron afectados por las nuevas disposiciones administrativas y de control, implantadas desde España. A pesar de ello, estos cambios en todo el aparataje estatal y en sus Colonias no solo tuvieron una característica económica, sino que también se modificaron las relaciones entre el aparato estatal y sus habitantes en sentido de mayor control político y social, “en el marco del principio básico regalista de que el soberano ejerciera el poder libre de limitaciones” (Bustos, G., p.78). Así pues, se consolidan las llamadas “columnas de la monarquía ilustrada” (Bravo, B., 1991), las cuales estaban cimentadas por cuestiones de aspecto civil, militar y la búsqueda del reordenamiento territorial, creando nuevos virreinatos e intendencias (Borchart, C., 1998).

Para Cristina Borchart de Moreno (1995), las reformas se establecieron de acuerdo a medidas económicas y fiscales que se expresaron en dos formas: administración estatal de los impuestos como el tributo y la alcabala y el establecimiento de estancos conjuntamente con una política de fábricas estatales para la producción. En lo económico también sufrió cambios el comercio. De esta manera, la apertura del comercio empezó en 1765 en el Caribe y el Libre Comercio en 1778. A estas medidas han de sumarse las reformas educativas y las instituciones asistenciales (Garrido, M., 2001).

Las reformas administrativas incluían aspectos como el civil y el militar, acompañadas de un reordenamiento espacial, con la creación de nuevos virreinatos y las intendencias. Respecto a las reformas militares, estas tuvieron un carácter urgente ante la presión que ejercían sobre las colonias ibéricas las flotas inglesas, pues la armada española se veía afectada por los contantes saqueos y piratería. Esto hizo que las columnas militares debieran ser reformuladas y modernizadas en un tiempo acelerado y urgido de cambios. Tanto fue el asedio, que las fuerzas militares indias se vieron impelidas a aumentar sus fuerzas de poder (Borchart de Moreno, C., 1995) & (Zanatta, L., 2012).

reforzado por hombres con ideas nuevas, dispuestos a socavar las estructuras tradicionales y a oponerse a la política anterior; y la segunda, anclada a un gobierno de hombres pragmáticos cuya prioridad debía ser la reforma del Estado y el incremento de los recursos. Esto implicaría que Carlos III y sus políticas reformistas no fueron ilustradas sino modernizantes, propias a su territorio y contexto; y que, por otro lado, no se aceptaría la tesis de Bravo sobre la calidad de “ilustrado” de Carlos III, pues primaba el “bienestar común” aristotélico y neo-escolástico en el pensamiento del gobernante antes que la ilustración misma.



Por su parte, en las medidas fiscales y tributarias, se inició con la implantación de los estancos. Estas medidas tuvieron sus primeros intentos de forma muy temprana con el estanco del tabaco en Cuba en 1717, donde se dio una reacción violenta, la «Sublevación de los Vegueros», o sea de los dueños de las plantaciones, entre 1717 y 1723. A criterio de M. Carmagnani, citado por Borchart de Moreno, C. (1995), la violenta protesta motivó a la Corona a postergar la introducción de las medidas en otras regiones. En los territorios de la Audiencia de Quito, fue el estanco del aguardiente el primero en implantarse. El primer intento de conformar el estanco de aguardiente fue en 1747, lo que representaría un motivo para la “Rebelión de los Barrios de Quito” en 1765. Estos sucesos harían que se postergue la implantación de los estancos hasta 1778, cuando bajo el gobierno de José García de León y Pizarro, presidente y regente de la Audiencia, se establecieron los estancos de tabaco, aguardiente, pólvora y naipes (Borchart de Moreno, C., 1995).

Por otro lado, en relación a los mecanismos de control social que ejercieron las autoridades sobre las personas, la actividad humana y el trabajo productivo en el siglo XVIII, estuvieron sometidos a los criterios modernizantes y a la idea de utilidad; y en donde, los principios “gubernativos” se convirtieron en ejes del ordenamiento de la sociedad. La mentalidad borbónica exhortó al Estado y a sus autoridades administrativas dependientes a intervenir en la vida de los sujetos y a perseguir conductas consideradas transgresoras (Benítez, S., 2015). Por consiguiente, a criterio de Margarita Garrido (2001), se instauraría la “segunda conquista” y el “nuevo pacto colonial” que reconfigurarían el trato de los grupos sociales y estamentos.

De ahí que, toda esa coerción y control social fuera producto de una modernidad española, que como hemos dicho, reinterpretó mucho de la teoría tomista. Por lo tanto, dicha modernidad fue la gran oportunidad de salir de su crisis mediante un cambio, no solo en las prácticas económicas sino también en la “expropiación jurídica, política y epistémica” (Castro, S., 2005, p. 145). Es decir, marca el inicio de la disputa por el poder de controlar, juzgar, adoctrinar y reformular la sociedad. Esta coyuntura se suscita entre las esferas civil y eclesiástica, razón por la cual el Estado se establece como centro administrador de la vida social y productiva; al opacar y dejar de lado a Dios como garante del “cosmos eterno” (Castro, S., 2010).



Para Borchart de Moreno (1995), estos cambios habrían sido muchos más notorios a partir de 1730, cuando aparece un atisbo del surgimiento de una Ilustración criolla y la secularización de la sociedad acompañada de conflictos entre la Iglesia y el Estado, en torno al control de la sociedad civil. De esta forma, Zanatta L. (2012) confirma la coyuntura política modernizante española y de sus tierras, cuyo proceso de forja y adaptación tuvo un ambiente agitado, puesto que:

El ingreso de América Latina en la modernidad política, de por sí complejo, resultó todavía más traumático. Aclaremos que por modernidad política se entiende el proceso - común a todo Occidente- de progresiva secularización del orden político; esto es, de progresiva separación entre esfera política y esfera religiosa. (p.29)

En cambio, para Richard Morse (1991), la modernidad española significaba un “retroceso” ante las revoluciones religiosa y científica de los siglos XVII y XVIII, puesto que necesitaba reelaborar las orientaciones de la última parte de la Edad Media; por lo que:

la adopción del tomismo no era viable sin una modernización significativa. Los neoescolásticos ibéricos del siglo XVI estaban lejos de ser ciegos reaccionarios puesto que debemos reconocerles el haber sentado las bases de la jurisprudencia internacional, el haber aportado una metafísica inicial para la moderna filosofía europea y el haber creado una racionalidad y unas normas más humanas para las conquistas en ultramar que las que vendrían después. En suma, Iberia reformuló y mantuvo alternativas del periodo formativo de la cultura occidental que tienen un interés cada vez mayor para los grandes dilemas de hoy. (pp. 28-29)

En este punto, cabe aclarar que la modernidad significó un cambio en la perspectiva semántica de la realidad del siglo XVIII. Sin embargo, habremos de diferenciar la ilustración occidental de la modernización española. La primera de ellas, no se limita a comprender la realidad tal como es, sino a transformarla por medio de la razón; mientras que la modernidad fue un contingente de la política española que surgió de la urgencia por cambiar el rumbo nacional español. Por lo tanto, se diferencia y se configuran dos grupos; por un lado, quienes comparten los ideales ilustrados, y por el otro, quienes se resisten y son la población “inculta y apegada a sus hábitos ancestrales, a las que hay que llevar las luces” (Bravo, B., 1991, p. 13) cercanas a los principios neoescolásticos de la comunidad corporativa.



De esta forma, se pensaría que, en el siglo XVIII los principios de la Iglesia, en el sentido político y doctrinal, cambiaron por la influencia de las decisiones públicas del Estado. Debe quedar claro que esto no sucedió en su totalidad, pues basta con leer la historia de España y sus territorios para entender que el movimiento de la Ilustración actúo de diferentes formas e intensidades. Estos acontecimientos suceden, según Zanatta L. (2012), porque América ibérica quedó fuera de la Reforma Protestante y, por tanto, ajena a la ruptura de la cristiandad occidental, que repercute en una solidificación o mayor cohesión de la catolicidad.

Si bien parece haber una contradicción sobre si hubo en realidad una influencia o no de las ideas del “Siglo de la Luz” en la España católica del siglo XVIII, la solución, a nuestro modo de entender, está situada sobre las leyes y las Reformas Borbónicas de las que nos hemos referido. Estas reformas deben ser vistas como un modelo administrativo y fiscal que no desestabilizaron los poderes de conciencia que manejó la Iglesia, por lo menos de manera directa, puesto que el Estado hizo cambios en algunas normas sobre el matrimonio como veremos. Basta con analizar las funciones o poderes que se encontraban en la época colonial -gobierno, justicia, guerra y hacienda-para ver la distinción que se le daba al poder temporal y al poder espiritual. (Dougnac, A., 1994).

Para el caso del monarca español, la política estuvo fundada en la religión y la rectitud. Estamos, pues, ante una modernidad que no supuso una ruptura ni abandono del carácter católico de la monarquía. No hubo secularización de la política, sino una nueva forma de la monarquía, católica, pero con algunos aires de irse secularizando (Zanatta, L., 2012). Es decir, existió una ruptura entre los dos poderes en el contexto administrativo o burocrático del sistema gubernativo. La disputa se situó en la secularización de los medios de producción en manos de la Iglesia; en este contexto entró, por ejemplo, la ordenanza que permitió alejar a los jesuitas de los territorios americanos.

En este punto cabe preguntarse, ¿cómo intercedieron el Estado y la Iglesia en la vida de los sujetos coloniales? ¿cómo estaban estructuradas las poblaciones coloniales del siglo XVIII?



Como hemos dicho antes, a lo sucedido en la burocracia con las Reformas Borbónicas la Iglesia colonial también se vio afectada. España, al igual que otros estados católicos europeos, alcanzó entre 1750 y 1790 un grado de control sobre la Iglesia mucho mayor que en cualquier periodo anterior. De ahí que, “Los borbones intensificaron la actitud regalista, defendiendo los derechos de la Corona al nombramiento de obispos, definición de jurisdicciones y cobro de impuestos eclesiásticos” (Garrido, M., 2001, p.34). Estas medidas contra la Iglesia, incluso supeditaron las comunicaciones de la Iglesia americana con la Santa Sede, en el gobierno de Carlos III (Terán, R., 2001). De esta forma, quien se encargaría de proponer nuevas formas de control social en la segunda mitad del siglo XVIII sería el Estado.

Por otro lado, todos los cambios que se suscitaron en el periodo antes mencionado deben ser explicados desde la conformación poblacional y demográfica de las sociedades americanas; puesto que, de esta manera, se entenderá mejor la dinámica colonial. Por lo tanto, debe destacarse que, frente al descenso demográfico que sufrió Europa y América en el siglo XVII, se vivió un incremento considerable en el siglo XVIII. Para el caso de las Colonias americanas, su recuperación se suscitó a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. Así, la población indígena se estabilizó y aumentó en el Virreinato del Perú y en la Audiencia de Quito (Garrido, M., 2001).

Dicho crecimiento poblacional y la apertura de una economía afectaron a las dinámicas coloniales; por ejemplo, las ciudades ya no eran solo el escenario de sujetos blancos, sino que, se consolidaron como espacios de heterogéneas densidades étnicas, en las que “se confrontaron concepciones opuestas e híbridas de lo económico, de lo étnico y de lo estético” (Garrido, M., 2001, p.15). En este sentido, el crecimiento demográfico en las zonas andinas de Hispanoamérica tuvo influencias en la determinación del sistema colonial. Producto de la miscigenación racial, las sociedades se consolidaron en complejos sistemas taxonómicos, definidos como castas. De este mestizaje surgirían un sin número de clases como los mestizos propiamente, quienes no representaban un modelo dualista entre indios y blancos (Salinas, R., 2001).

Así mismo, en los primeros años del mano borbón se firmó el tratado de Utrecht de 1713, en donde Inglaterra había ganado derechos comerciales sobre las tierras hispanoamericanas y también se declaró el privilegio “del asiento”, que les concedió el



monopolio de la venta de esclavos negros en los territorios americanos. A consecuencia de ello, en las dos décadas posteriores al tratado de Utrecht se intensificó la inserción de negros en América, desde Veracruz hasta Buenos Aires (Maldonado, A., 1997). En este contexto, las sociedades coloniales ya no respondieron a procesos de miscigenación solo entre indios y blancos, sino que también se involucraron los negros. Estos dieron origen a los zambos (unión entre esclavos e indias), los mulatos (unión entre amos y esclavas), los pardos, etc. que fueron víctimas de estigmatización. No obstante, debe aclararse que el proceso de miscigenación de la que hablamos, tuvo distintas dinámicas en varias ubicaciones geográficas pues en las zonas urbanas tuvo un proceso más acelerado debido a que los controles directos en dichos espacios eran débiles (Salinas, R., 2001).

Se debe agregar que, la relación colonial significó que las sociedades americanas compartían con las europeas la mentalidad del antiguo régimen “en la cual las jerarquías sociales son pensadas como naturales. Pero tienen dos características adicionales: ser coloniales y étnicamente estratificadas³” (Garrido, M., 2001, p. 18). Razón por la cual, ser colonial era una característica sobresaliente, y que, a su vez, definía la “condición colonial”: economía estructurada, la dislocación de los estamentos propios de la sociedad metropolitana y de las sociedades indígenas, jerarquías étnicas, mestizaje múltiple y profundo, y formas políticas que combinaban resistencia y asimilación (Garrido, M., 2001).

Además, como las sociedades se debían a la estratificación colonial andina, estas debían ser entendidas como:

“la ordenación de los individuos y los grupos según una escala graduada, los principios de clasificación pueden ser, tanto objetivos, factores de índole económica que vinculan a los sujetos a la estructura económica, como subjetivos, aquellos provenientes de las representaciones mentales dominantes, enlazados en un juego de relaciones complejas”.
(Salinas, R., 2001, p.168-169)

Estas estratificaciones aseguraban que cada uno de los sujetos coloniales cumplieran con sus roles determinados por su nacimiento; de esta manera, de alguna forma el sistema exigía pautas culturales de acuerdo a los códigos estamentales. Sin embargo, la mezcla racial



y cultural significó que en el siglo XVIII se aseguraran comportamientos étnicos distintos a los de blancos e indios (Salinas, R., 2001). Las autoridades españolas buscaron guardar la homogeneidad de las sociedades, para ello crearon algunas estrategias; sirva de ejemplo el coto que impusieron las leyes al matrimonio y a la legitimación de los hijos.

En la segunda mitad del siglo XVIII, la legitimidad de los grupos sociales habría dependido del nacimiento, en donde, un sujeto podía pasar de un estamento a otro si es que se adaptaba a los rasgos culturales de los grupos superiores; para ello, debía asegurarse establecer relaciones familiares adecuadas y los medios de ascenso social. La mezcla racial, de componentes biológicos y culturales, determinó la aparición de nuevos grupos que rebasaron por mucho la dicotomía blanca e india. Su efecto significó la aparición de un esquema social de castas, en donde, cada sector poseía sus prerrogativas jurídicas, privilegios, cargas, conciencia de grupo y, en alguna medida, espíritu de cuerpo (Salinas, R., 2001).

Por ello, las denuncias de los grupos “decentes” hacia los grupos menos favorecidos eran frecuentes. Los mecanismos para intentar poner coto a la heterogeneidad de las sociedades coloniales andinas fueron por medio de la legitimación de los hijos, el matrimonio, la educación, el vestuario, los usos sociales, entre otros. Respecto a la legitimidad de los hijos, a aquellos que nacían de una relación natural y consentida se los denominaba “legítimos”; las categorías de “hijo natural” (habido en una unión entre dos solteros) y de “hijo ilegítimo” (cuando al menos una de las partes estaba casada con otra persona) fueron necesarias para crear las desigualdades sociales y jurídicas. Gradualmente, los hijos tanto naturales como ilegítimos pasaron por un proceso de minusvaloración, que les despojó sucesivamente, entre otras cosas, de su honorabilidad social y sus derechos a ser llamados a la sucesión de sus padres (Herzog, T., T., 1995b).

En algunos casos, eran tal la presión por legitimar su calidad como hijo “legítimo”, que se seguían juicios para declarar la paternidad. Dos de las pruebas más usadas en esta época para demostrar la paternidad eran el llamarse padre e hijo mutuamente y la provisión de vestuarios, estudios y alimentos. Sin embargo, algunos “supuestos” padres no querían comprometer su honor, por ello contestaban en juicio sobre la mala fama de la mujer. A esto se refiere Herzog T. (1995b) cuando manifiesta que:



No era de suponer, por lo tanto, que la mayoría de los hombres que negaban su paternidad recurrián a la versión de la “mujer pública” [...]; en donde el supuesto padre del demandado, arguyó con base a la mala fama. (p.4)

Es este sentido, el sujeto colonial se construye desde un doble significado: desde la identidad y desde la diferencia. Claro está que estas dos posiciones no abandonan la visión europeizante, puesto que, el sujeto colonial no se encontraba dentro de las taxonomías escolásticas, sino que se situaba dentro de la conciencia de cuerpo y ser de quienes los clasificaban. Por lo que, el sujeto colonial se define desde la visión del europeo, que los diferencia y busca la relación, concordantes con los principios españoles que definen su personalidad y su ser (Adorno, R., 1988). Dentro de esto principios que basan al “ser” colonial se encuentra el honor, que los determina.

Por consiguiente, a medida que avanzaba el siglo XVIII las élites coloniales defendieron su honor, aunque el apoyo del Estado resultara ambiguo para sus propósitos. Como ya hemos dicho, una de las formas de poner coto al ascenso social fueron los matrimonios, se emitió la Real Pragmática de 1778, que apuntaba a mantener la igualdad social y racial al otorgar a los padres un mayor control sobre sus hijos. De esta forma, si un posible consorte tenía “defectos” de raza o era resultado de ilegitimidad, un padre podía recurrir a los funcionarios reales para evitar que los clérigos bendijeran dicho matrimonio “desigual” y castigar al vástagos rebelde desheredándolo” (Twinam, A., 2009, pp.42-43).

Aunque parece unidireccional el papel del Estado sobre la protección de las élites coloniales, el caso resulta mucho más complejo de lo que parece. Las Reformas borbónicas se convirtieron en enormes contradicciones que repercutieron en el orden social. Así, por ejemplo, las “legitimaciones civiles” contradecían a la Pragmática de 1778, puesto que para 1795 se emitirían nuevos costos para el proceso de blanqueamiento y convertirse en personas con honor, en un proceso llamado “gracias al sacar”. Así mismo, y mucho más contradictorio que el primer decreto, un año antes, en 1794, se declaraba que aquellos bautizados como “expósitos” o de “padres no conocidos” tenían muchos derechos de los legítimos, y se imponía una multa a quien llamara a un expósito “ilegítimo, bastardo, espúreo, incestuoso o adulterino” (p.43).



Como vemos, la construcción de la sociedad colonial es mucho más compleja de lo que parece a simple vista; razón por la cual, Ann Twinam (2009) la ha estudiado desde cuatro bases organizativas claves de la vida colonial:

primero, la raza y el nacimiento ilegítimo no eran necesariamente características asignadas de manera permanente al nacer, sino que podían ser cambiadas, o incluso obtenidas. Segundo, las élites definían y manipulaban deliberadamente las disparidades entre sus mundos privado y público. Tercero, el personalismo no solo medía con precisión las relaciones interpersonales, sino que justificaba las violaciones a las normas tradicionales. El proceso de pasar permite que los parientes o amigos íntimos puedan ganar un estatus informal u oficial en lo público más elevado que la realidad privada. El cuarto es el concepto del honor, que sistematizaba y ordenaba la expresión de todos los anteriores en el siglo XVIII. (p.51)

El honor debe ser entendido, para el siglo XVIII, como una categoría “que abarca un complejo de características, actitudes y conductas que justificaban su jerarquía social y racial, y determinaban los parámetros de discriminación en contra de todos los demás” (Twinam, A., 2009, p. 60). Esto implica que el honor no debe ser generalizado o entendido como absoluto, puesto que responde a criterios de región, urbano o rural, de élite o popular, masculino o femenino, en un tiempo o en otro. Por ende, el honor del siglo XVIII no tiene calificativos como honor sexual, virtud o estatus, por el contrario, responde a una multitud de significados cambiantes y contextuales (Twinam, A., 2009).

Entonces, el honor era importante porque determinaba la jerarquía social y su división de la sociedad hispánica. Establecía los criterios de pertenencia y discriminación, porque quienes lo poseían eran privilegiados que se aseguraban el poder político, económico y social. Sólo las élites lo reservaban para ellos, aunque haya habido otras formas de considerarlo en la calle. Al decir que el honor era negociable se considera que no era visto como fórmula para actuar éticamente; es decir, no suponía exactamente un sinónimo de integridad, honradez o virtud. Esta categoría estaba situada en la esfera pública y donde se la defendía por el reconocimiento.

Por otro lado, para Cuenca de la época, la aristocracia fue siempre un sector poseedor de pequeñas cantidades de terrenos que, no representaban su “intención” de ser puros de



sangre y de tener blancura de tez. Esto obligó a que estos grupos, que tenían el ánimo de alcanzar estatus social, se hayan visto obligados a desempeñar cargos públicos. Estos cargos ofrecían circulante y atesoramiento que aseguraron los factores de poder y pautas de prestigio social (León, C., 1997).

Además, para el caso de los peninsulares, un grupo mucho más reducido en la época, habían ostentado cargos reales. Este grupo había intentado consolidarse por medio de los matrimonios. Tanto abogados como comerciantes fueron sectores emergentes que buscaron ascenso social; en donde, en un proceso de movilidad social “se intercambiaba dinero por tierra, apellido y estatus” (León, C., 1997, p. 7). En 1774 se autorizó la organización de una milicia que, no solo fungió como cuerpo de defensa, sino que además resultó ser una institución que permitió el ascenso social (Borchart de Moreno, C., 1995).

De igual forma, aunque la dinámica social de los sectores populares no es muy conocida, estos se ubicaban en las periferias de la sociedad criolla. Muchos de ellos eran mestizos, lo que les significaba un desprecio y marginación social, debido a su calidad (León, C., 1997). Los calificativos de mestizo y mulato se transformaron en ofensivos y su uso dio lugar a conflictos sociales y judiciales (Salinas, R., 2001).

Esta toma de decisiones hizo que exista una fuerte ambigüedad en el seno de cómo entender al Derecho, cómo aplicarlo, cómo entender la dinámica social sin la necesidad de Dios, etc. No ha de dejarse de lado la importancia que tuvo la imbricación de prácticas sociales y culturales que no iban a permitir que ocurriese una secularización fuerte en el seno americano. Por ello, nos sirve recordar que la migración de población hacia Cuenca aconteció luego de la crisis de producción económica de recursos; así, la cascarilla, el tocuyo, los textiles en general, así como la ganadería, la explotación de minerales y la agricultura formaron parte de la economía cuencana en crisis.

Esto queda mucho más claro si vemos que con las reformas, en el último cuarto de siglo, se ratificó una política modernizadora de la monárquica. Para la época del funcionario Josef Antonio de Vallejo no solo de remodeló el plano urbano, la fachada de casas y otros lugares urbanos que debieron ser higienizados, pues persiguió a los vagos, desterró a algunos de ellos a Guayaquil a trabajar en la fábrica real de tabacos y otras penas más (León, C.,



1997). Como vemos, el carácter económico de la modernización es mucho más práctico que filosófico, aunque estos cambios de perspectiva se lo hagan de manera indirecta, que afectaría las formas de ejercer y hacer justicia, pues las admonestaciones y penas espirituales quedaron sujetas al fuero eclesiástico; mientras la Justicia Real debía asumir el fuero externo y criminal (administración de justicia: penas y sanciones) (León, C., 1997).

Si miramos la realidad de Cuenca en el siglo XVIII, veremos algo no muy distinto a lo que se ha dicho. Según Catalina León (1997), la particularidad de la historia cuencana estuvo en que la administración política colonial buscó fortalecer el poder civil mediante el planteamiento de políticas disciplinarias orientadas a disminuir el control de la Iglesia sobre la dinámica de la sociedad civil y los comportamientos de los súbditos, en un esfuerzo por dar matices de secularidad a la moral, la política doméstica y la vida cotidiana. No obstante, aunque las políticas de control sucedieron mediante censos, policía, ronda, alcaldes de barrio, entre otros, la tarea principal de las reformas fueron dar una mejor rentabilidad económica a las finanzas públicas. Este acometido fue de carácter práctico que no fue visualizado como un viraje total en el planteamiento teórico-filosófico y en Derecho, pero sí en las prácticas jurídicas como veremos.

En esta coyuntura, en donde principios como el honor y la estratificación social de cada sector determinaba sus particulares prerrogativas jurídicas, privilegios y cargas, la ley y la costumbre, asentada en fuertes relaciones de fuerza, representaban a los sujetos coloniales en su cotidianidad. Por lo que, cada capa social debía actuar de acuerdo a sus roles en sus prácticas sociales y privadas, producción, tributación, relaciones sociales, consumo, etc. De ahí que, ese sistema exigía la vigencia de diferentes pautas culturales visibles que aseguraban un comportamiento según los códigos estamentales (Salinas, R., 2001).

Por ello, incluso el reordenamiento urbano debía ser relacionado con un discurso moral, también de reconquista, de puesta en orden y toma de control. Razón por la cual:

las medidas de policía que debían ejecutar los alcaldes de barrio tenían fines higiénicos: la lucha contra la inmundicia; civilizantes: la lucha contra la rusticidad; morales: la lucha contra las malas costumbres y mala vida; y políticos: la prevención del desorden. A las castas iban dirigidas las calificaciones de ser “gentes enteramente inmorales, sin



educación, ni principios de honor que los contengan en los justos límites de su deber; así es que son demasiado frecuentes los crímenes de hurto, heridas y homicidios y todo género de excesos". Los castigos eran muy severos y aquellos por crímenes atroces debían ser públicos. (Flores A., 1984) en (Garrido, M., 2001, p.41)

A esto debe sumarse la creación de las intendencias, los alcaldes de barrio, las rondas, los tribunales de la Santa Hermandad, que determinaban las prácticas jurídicas en la segunda mitad del siglo XVIII. Por ejemplo, autoridades como el alcalde de barrio debía vigilar por el cumplimiento de los apercibimientos penales que hacían los jueces; se vigilaban no solo los lugares de tránsito, sino también a quienes se frequentaban y otras actividades diarias. Como vemos, estas medidas influyeron considerablemente en la vida de los sujetos coloniales.

En el segundo capítulo de este trabajo, hablaremos más detalladamente sobre los cambios efectuados en el Derecho criminal y la posible reconfiguración del crimen (apartado 2.3) y en las prácticas jurídicas, (apartado 2.4) debido a las Reformas Borbónicas y a los cambios sociales y culturales del siglo XVIII. Por ahora, este capítulo nos ha servido para contextualizar la época de estudio y dejar claro el dinamismo colonial.



Capítulo 2.

Análisis histórico de la noción de crimen en el orden jurídico colonial: El caso de Cuenca en la segunda mitad del siglo XVIII.

Caso 1

Corría la noche del día dos de mayo del año de 1754, y en una tienda de una esquina del barrio de San Sebastián era detenido Manuel Montero por parte del Alcalde Ordinario de la ciudad de Cuenca, para iniciar una pesquisa criminal. El motivo por el cual se puso en movimiento todo el engranaje jurídico procesal (a través de un Auto y cabeza de proceso) era el haber cometido delito grave por la muerte alevosa, según palabras del propio escribano público, en una india llamada Gertrudis, tras haberle propinado varias puñaladas. Dicho homicidio se había ejecutado un año atrás a la detención, en la casa de la madre del sospechoso.

Según la confesión que dio el mismo Manuel Montero, este tuvo sus razones para cometer su homicidio; pues habían sido dos las ocasiones en las cuales Gertrudis no acató los mandamientos divinos: la primera vez, se suscitó cuando tras llegar a su casa encontró a la india Gertrudis “quebrantando el sexto presepto”⁴ (ANH/C, Juicio N° 97236, f. 7r.) con un hombre. A pesar de ello, el declarante le pidió que Gertrudis se marchase de su casa a la de sus parientes, porque temía que los hombres con los que ella andaba le hirieran o la matasen a deshoras. En la segunda vez, tras haber pasado trece días desde el anterior percance, y como el procesado dijo haber estado “sin medio real”, quiso vender un rastrojo a Mariano Barrera, vecino de la ciudad. Luego, para que el negocio se cerrase, debía mostrar el rastrojo a dicho Barrera, para lo cual, le llevó a su casa; ya estando allí, Manuel Montero observó que Gertrudis estaba lavando una sábana, cerca del solar donde tenía el rastrojo. A continuación, el mismo declarante se percató de que la india le había estado sonriendo al referido Barrera, por lo que le hizo “chanza”⁵.

⁴ Se refiere al sexto mandamiento: “No cometerás actos impuros”.

Por otro lado, es curioso la exigencia de cumplir el sexto mandamiento, pues para este caso, Gertrudis es tan solo su concubina o barragana.

⁵ Para el diccionario de autoridades (1726-1739), chanza significa “Dicho burlesco, festivo, y gracioso, à fin de recrear el ánimo ù de exercitar el ingénio”. Para el caso que nos corresponde, recibir una chanza significaría haber sentido una burla de los actos cometidos por Gertrudis.



Según la misma confesión, ante estas faltas a la honra que creía haber sufrido Manuel Montero, tras el segundo yerro y cuando Mariano Barrera abandonó la casa, este propinó algunas puñaladas a la india, en el pecho, en un brazo, en la espalda y en la barriga; y que luego, presuroso empezó a correr por el rastrojo para huir del lugar. Temeroso de la justicia Manuel Montero paseaba por los campos y el valle de Guncay en busca de refugio; de esta forma, tras deambular por muchos lugares, consiguió encontrar abrigo en el convento de San Francisco, primero, en donde le llegó la noticia de muerte de Gertrudis y luego en el convento de San Agustín por aproximadamente un año⁶, hasta la noche de su detención.

Por otro lado, a la confesión que hizo el procesado intentando minorar su acto, se antepuso la argumentación del fiscal que, tras reconocer el testimonio hecho por el reo, lo culpó por la muerte que cometió en contra de Gertrudis, por ser una acción “alebosa y prevenida”. La razón por la cual el fiscal público aseguró haber dolo y premeditación en los actos delictivos, fue hallar una correlación entre los trece días que mediaron entre las dos “chanzas”; puesto que le sirvió a Manuel Montero, primero, para planear algo en contra de Gertrudis, por la “falta” cometida en su contra, y segundo, porque “tuvo prevenido el puñal para matarla, y todas veses quese armó de él, i á su animo fue resignado a ejecutar el hecho como lo hiso” (ANH/C, Juicio N° 97236, f. 9a.). El fiscal también fundamentó su acusación con otros elementos circunstanciales como el haber esperado que Manuel Barrera se fuera de la casa del procesado para cometer el ilícito, la soledad de la casa en donde se hallaban, que haya estado indefensa, la calidad del sexo de la occisa, entre otros.

Además, ya en la parte procesal, tanto el abogado defensor De la Parra como el fiscal público Espinoza de los Monteros, pugnaron por determinar cuál había sido la responsabilidad penal que tenía o merecía Manuel Montero por la muerte de Gertrudis. Esta constante búsqueda de culpabilidad se extendió hasta la etapa de sentencia, en donde el juez debía tomar una resolución, apegado a las normas jurisprudenciales y legales.

Finalmente, luego de la detención de Manuel Montero para averiguaciones y la sustanciación del juicio, el caso duró aproximadamente dos meses (desde el día 02 del mes

⁶ El refugio en los conventos era una práctica muy aplicada en la época colonial en los territorios quiteños y cuencaños. Para Tamar Herzog (1995) estas particularidades responden al papel social quasi-jurídico de la Iglesia en relación con la justicia.



de mayo hasta la segunda semana del mes de julio). Al final de todo el juicio, no hubo sentencia alguna en contra de Manuel Montero, debido a que murió en la cárcel pública, al parecer de causas naturales. Por lo que, esta causa procesal es muy importante, pues sirvió para demostrar el andamiaje jurídico, los rituales y ceremonias que se desarrollaron, así como las formas en las que se impulsaba una causa procesal y las formas de construir nociones legales y extrajudiciales.

De la revisión del proceso contra Manuel Montero y de algunas fuentes documentales como *La Práctica Criminal* de Álvarez Posadilla (1797), *Las siete partidas* de Alfonso el Sabio (1807), *La administración como fenómeno social* de Tamar Herzog (1995), entre otros, se observó que la concepción del crimen tenía una doble fuente de construcción; por un lado, estaba la jurídico-legal, que era relativa a las leyes, la doctrina, la práctica procesal y con un fuerte andamiaje político-teológico que lo vivificaba. Del otro lado, estaba una construcción del crimen a través del “fenómeno social”⁷, cuya carga simbólica de honor y calidad delimitaba su campo conceptual. En este sentido, en este capítulo nos centraremos en comprender la noción del crimen en el siglo XVIII, a través de sus dos formas de origen.

Por otro lado, llegados a este punto, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿Cómo se construyó la noción de crimen en el siglo XVIII? ¿Bajo qué formas? y sobre todo ¿Cómo operó cada una de estas formas? El citado expediente judicial es revelador de dichas formas de construcción del crimen; pues, por una parte, refleja la dificultad con la que se procesaba a un individuo en la sociedad colonial y, por otra parte, revela que la sustanciación de la causa guarda características que permiten entender la justicia, el delito, el pecado, el crimen y todo su simbolismo en conjunto. Sin embargo, hemos recurrido a otros expedientes judiciales para analizar la construcción del crimen como fenómeno social.

2.1. El proceso criminal ordinario

La construcción del crimen estuvo ligada a presupuestos legales, doctrinales y filosóficos; no obstante, no es menos importante evidenciar la configuración del crimen en el proceso penal y su sentencia. Esta sustanciación procesal supone una ruptura, hasta cierto

⁷ Esta categoría fue trabajada por Tamar Herzog (1995) en *La administración como un fenómeno social. La justicia penal de Quito (1650-1750)*, y representa la pugna entre la justicia formal y la social; donde las acusaciones de naturaleza social y no legal dominaba el proceso. Por ello, “la ley parecía ser un instrumento en un juego social cuya lógica se encontraba lejana del mundo del derecho” (p.19).



punto, entre teoría y práctica legal, pues como lo ha demostrado Álvarez Posadilla (1797) y Tamar Herzog (1995), en la administración de justicia, los funcionarios encargados, ejecutaron la justicia de distintas formas; unas veces ajustándose a las fuentes doctrinales y legales, y otras veces no.

La justicia en los territorios de Cuenca estaba representada por los alcaldes ordinarios, el corregidor y su teniente, quienes formaban parte del juzgado ordinario y actuaban en causas civiles y penales de primera instancia, procedentes de la ciudad y cinco leguas⁸. Una vez fijada la identidad del juez, se procedía a conocer la causa, sea por querella o de oficio⁹. A su vez, en caso de imposibilidad de seguir con las causas se les permitía transmitirlas a los jueces del mismo *status*¹⁰. Esta mutua colaboración, hacía que los alcaldes también ejecuten muchas de las decisiones emitidas en juicio (Herzog, T., 1995).

El proceso criminal o penal se basaba en la doctrina, la ley y la práctica castellana, traducidas a la realidad local. La práctica procesal de los territorios de la Real Audiencia de Quito consideraba las sustanciaciones de las cancillerías de Valladolid y Granada, sobre todo en caso de laguna legal. Por lo tanto, el inicio del proceso seguía dos vías; de oficio (mediante una autoridad judicial) o mediante la querella (a iniciativa de la víctima o familiares). Esta etapa inaugural del juicio se llamaba “sumaria” y pretendía hacer una investigación sobre el cuerpo del delito¹¹. Para ello, se hacía una pesquisa o investigación sobre el “cuerpo del delito” y del delincuente (Álvarez, J., 1797 & Herzog, T., 1995).

Probada, teóricamente al menos, la participación de un sospechoso en el hecho delictual, se procedía a encarcelarlo y a embargarle sus bienes. Luego, se iniciaba la “deposición de testigos”, que tenía como finalidad corroborar lo actuado hasta esa primera instancia del juicio. Así, quienes eran llamados a testificar debían ser “contestes”, es decir, personas capaces, imparciales y determinados por ley¹². Por lo general se necesitaban de dos

⁸ En el caso de Cuenca, se ejecutaron solamente juicios de carácter ordinario puesto que solo en Quito hubo audiencias en donde se conocían las apelaciones de sentencias emitidas por jueces ordinarios.

⁹ Aunque la causa fuera seguida de oficio, el juez permitía, en la etapa de los alegatos, que la parte interesada se pueda querellar. De no hacerlo, la causa continuaba de oficio.

¹⁰ Este principio fue conocido como subrogación

¹¹ Para Álvarez Posadilla (1797), el delito se divide en formal y material. Lo formal es la transgresión de lo que manda o prohíbe la ley; mientras que lo material, o llamado cuerpo del delito, es el hecho en sí mismo con el que se quebranta la ley.

¹² Según la tercera partida, título XVI, ley VIII de las *Siete Partidas* de Alfonso X, pueden ser testigos “Todo hombre de buena fama et á quien non fuere defendido por las leyes deste nuestro libro [...] home que es



testigos para dicha formalidad. En algunos casos de índole criminal (por su atrocidad), se aceptaban muchos testimonios, sin ser “contestes”, por la urgencia de probar la ilicitud de algún acto en particular (Herzog, T., T., 1995 & Dañaiturria, A., 2007).

A continuación, se receptaba la confesión del reo, o en caso juzgado como conveniente, la tortura. Luego, se recibía las ratificaciones de los testigos y se procedía a alegar la culpabilidad o inocencia del reo, por medio del procurador y del fiscal público. A partir de ese momento, la causa estaba en “estado”, es decir, lista para ser dictada la sentencia. Finalmente, esta resolución judicial podía ser apelada, suplicada o declarada como “cosa juzgada” ante una instancia superior en Quito (Herzog, T., 1995).

En este contexto, la justicia de las colonias americanas no debe ser vista como demasiado coercitiva, pues los jueces aplicaron siempre facultades que estaban regidas por el principio *arbitrium iudicis* que eliminaba el poder despótico de la justicia; es decir, el juez debía ir más allá de la ley y valorar de forma casuística y circunstancial el crimen, y que a su vez procurara una mitigación de la pena para el reo ante *iusta causa* (Mantecón, T., 2015) & (Hernández, O., 2016). La aplicación del *arbitrum iudicis* dio seguridad sobre la permisibilidad de ciertas prácticas antes sancionadas por el poder; por ello, a nuestro criterio, si bien es cierto que con la puesta en práctica de los elementos del juicio arbitral se intentó restar o moderar las penas, en la parte sustancial o legal-formal de la materia criminal, se observa un derecho criminal fuerte y sancionador.

A manera de resumen, el derecho indiano, para Aguirre y Salvatore (2017), se encontraba fragmentado en distintas jurisdicciones (real, eclesiástica, consuetudinaria, de gentes, natural), sujeto a varias y contradictorias interpretaciones, y cargado con la aceptación del privilegio. Las leyes que gobernaron Cuenca no solamente no estaban racionalmente ordenadas (esto es, codificadas y sujetas a jerarquías), sino que eran también resistentes al principio de universalidad. Razones por las cuales se atribuyó una considerable importancia a la costumbre y al uso excesivo de la discrecionalidad de los jueces que daba como resultado una heterogeneidad de derecho.

conocidamente de mala fama, ca este atal non puede seer testigo en ningunt pleyto [...] Otrosi non puede seer testigo home contra quien fuese probado que dixerá falso testimonio, ó falsa carta [...] nin aquellos á qui fuese probado que dieran yerbas [...] nin otrossi aquellos que matan los homes [...]”



2..2 Del crimen como construcción formal-legal en el juicio a Manuel Montero

En todo el juicio que se le siguió a Manuel Montero puede observarse que el texto contiene muchas categorías formal-legales cercanas al crimen; y aunque muchos de las palabras que se usan pierden de alguna forma su sentido legal estricto, se puede percibir la influencia tomista y neo-escolástica de la que habló Richard Morse, y que comentaremos más adelante.

Por otro lado, inmediatamente luego del arresto de Manuel Montero para las investigaciones del caso y para hacerlo confesar, se siguió el proceso penal propiamente dicho. En esta etapa se nombró de oficio a un fiscal público para que responsabilizara a Manuel Montero de la muerte que le dio a Gertrudis. Dicho fiscal se pronunció sobre el hecho tras haber leído la confesión del reo. Para este funcionario público, no cabía duda de que el reo había cometido una muerte “alebosa, y prevenida”¹³; y no le importaba mucho que este acto haya sido por la “chanza” que le había hecho Gertrudis al reo, pues no lo exoneraba de las disposiciones legales contra el homicidio alevoso.

Asimismo, el fiscal fundó sus alegatos en la premeditación del acto, pues fue una muerte “prevenida”. Por lo tanto, esa deliberación de querer matar a Gertrudis se encontraba conexa con el hecho de haber portado un puñal trece días después de la primera “chanza” que sufrió el procesado. Recordemos que, en la confección del reo, este dijo que Gertrudis le hizo doble vez “chanza”, y a la segunda vez, este la mató a puñaladas.

En este sentido, el alegato del fiscal intentó responsabilizar a Manuel Montero bajo dos criterios: La muerte prevenida y alevosa. La palabra “prevenida” aludía a la voluntad sobre la que se construyó el derecho penal, tanto sustantivo como procesal. Dicha voluntariedad estuvo anclada en el entendimiento. En otras palabras, tener voluntad de hacer, no hacer, decir o no decir algo, estaba bajo los criterios que Dios estableció para ello por medio del alumbramiento divino. La voluntad estuvo muy bien explicada en *Las siete partidas* de Alfonso X (1807), según las cuales, en su partida II, título XII, manda que conforme a la teoría aristotélica, las almas debieran dividirse en tres: la primera es el alma “criadera”, que está en los árboles, plantas y todas las yerbas de la tierra; la segunda, el alma

¹³ ANH/C, juicios civiles y criminales, 97236. Cuenca. 02-V-1754.



“sentidor”, que está en todas las cosas que viven y se mueven naturalmente por sí mismas; y la tercera, el alma “razonable” que solo está en quien tiene entendimiento para saber las cosas. El hombre, naturalmente, según esta teoría aristotélica, tiene un alma “razonable”.

Por esto y más, en el juicio contra Manuel Montero, el fiscal argumentó que dicha muerte sobre Gertrudis **“fue prevenida [...] [según] está constando de la misma confeccion”**.

Y continúa más adelante:

Luego por esta sospecha [haber quebrantado el sexto mandamiento], y por haverla coxido en dicho acto, tuvo prevenido el puñal para matarla, y todas veses quese armó deel, i a su animo fue resignado a executar el hecho como lo hiso. Que fue alevosa se conoce tanbien, por haver esperado quese fuese Mariano Barrera con quien presedieron las señas que dise para executar el hecho, coxiendo la en la soledad de su casa, indefensa, asi por su sexso, como por el ningun socorro que uvo de personas que evitasen el estrago, y por eso le dio las heridas hasta matarla, con el seguro de que no avia de haver quien lo viese, lo que se conose con aquella acordada prevencion de ganar Sagrado luego que vio logrado su intento (ANH/C, 1754, 97236, f.9. a. y r.)

Entonces, si se podía conocer aquello que era bueno o malo por las facultades del entendimiento que Dios les había brindado a las personas, el ir en contra de esos preceptos era una falta¹⁴. Por ello, se incorporó a las doctrinas cristianas y al derecho la noción del temor a Dios; porque este temor haría que se frenen los actos impuros y viciados. Entonces se creará una relación entre el amor y el temor a Dios, que buscaron cimentar las potestades de la moral cristiana sobre el derecho. En el juicio contra Manuel Montero se puede leer claramente que:

Manuel Montero vecino de esta ciudad por noticia que se le dio a su Merced de que tenía Delito grave por la muerte alevosa que le dio a una India concuvina suia, dándole unas heridas de que al instante murió: cuio hecho lo ejecutó el año próximo pasado de Setesientos cincuenta y tres en el barrio de Sn. Sebastián, y se ha andado públicamente por las calles de

¹⁴ En otro juicio, seguido en 1762, se ve como la deliberación y el conocimiento de querer causar daño, constituyen agravantes y elementos constitutivos del crimen; pues ante las constantes amenazas de muerte hechas por Francisco Lara en contra de Don Joseph Victorino Coello de Lara, el querrellado manifiesta que dichas amenazas son un perjuicio a su persona, pues “me hade quitar la vida [...] [por] caso pensado y con animo deliverado de quitarme la vida viendome solo, indefenso, y el contrario con armas prohibidas, y sin mas causa que la de su depravada intencion” ANH/C, juicios civiles y criminales, 98802. Cuenca. 09-VIII-1762.



esta Ciudad con **poco temor de Dios Ntro. Señor y de la Real Justicia** (ANH/C, 1754, 97236, f.1)

El no acatar con los preceptos de Dios y no temer a su justicia, violenta al amor de Dios; porque sin dicho temor nada se puede hacer ni nacer que sea provechoso. Asimismo, citando a San Agustín, Alfonso X dice que el temor a Dios es el espanto que cae sobre el corazón del hombre, espiritualmente; temiendo perder su alma y su amor. Pues el temor es esperanza del mal que, de no tenerlo, el cuerpo y el alma reciben el mal. Por lo tanto, al temerle a Dios, le vienen a la persona muchos “bienes”. Una de ellas es perder el miedo al diablo. Pero también, según San Gregorio:

quel corazon del home quanto mas claro et mejor es, tanto mas teme á Dios; et la cima de todo el pro que viene á los que temen á Dios es esta que los guia en este mundo derechamente por la carrera de verdat, et endereza las sus faciendas para bien et libralos de todo mal, et despues de la muerte dales el su paraiso et guárdalos de la pena durable (1807, Partida II, título XII, ley VIII y IX)

Como hemos dicho, la justicia del siglo XVIII no se alejó de principios doctrinales cristianos, sino más bien siguieron afincados en los planteamientos del proceso penal mismo. Pero, por otro lado, cierta secularidad del derecho que hizo posible que el crimen en su sentido nocional se construyera, ponen en evidencia otras categorías como el dolo que potenció la construcción del criminal en el juicio. Por ello, al actuar bajo premeditación se lo hacía con el ánimo de querer causar daño, configurando al dolo. El dolo era la especialidad que le faltaba al delito para convertirse en crimen; pero no era el único elemento que lo diferenció, también influyó la publicidad y la alevosía que obtendrán una pena proporcional a la falta grave cometida.

En el mismo sentido, tal como se había planteado la voluntariedad y su configuración en el delito para transformarlo en crimen, la alevosía estuvo arraigada como agravante del delito, por su misma naturaleza. Esta categoría transformaba al homicidio¹⁵ y lo volvía mucho más grave, pues estuvo conectada con la traición y la maldad que rompían la

¹⁵ El homicidio tuvo su influencia romana y canónica, que lo diferenciaron entre homicidio con voluntad y sin voluntad. Para Graciano, el homicidio se comete con dolo y voluntad, por negligencia o caso fortuito y, por legítima defensa (homicidio *necessitate*). Ya con las *Partidas* de Alfonso X (1807) el homicidio se clasifica en doloso, agravado o asesinato, por ocasión o caso fortuito, por negligencia o culposo, y por legítima defensa.



confianza de la comunidad. Por ello, el fiscal no debía dejar que “la culpa voluntaria no quede sin castigo”¹⁶, pues según la doctrina de Alfonso X (1807), este tipo de crímenes debían tener su pena por ser cometida con traición contra otro hombre o mujer de la comunidad de la tierra. La traición era “la mas vil cosa et la peor que puede caer en corazon de home: et nascen della tres cosas que son contrarias de la lealtad, et son estas: tuerto, et mentira et vileza” (Partida VII, Tít. II, Ley I)¹⁷.

En este punto, debemos precisar que, al momento de iniciar la pesquisa sobre los hechos ocurridos en el año de 1753, el escribano y demás funcionarios ya habían delimitado al delito como grave, “por la muerte alevosa que le dio a una India concuvina suia, dándole unas heridas de que al instante murió” (ANH/C, 1754, 97236, f.1.a.). Esto muestra que la justicia ya estaba afirmada por los escribanos que eran quienes seguían las causas, más allá de lo que lo hacían los jueces y los fiscales, porque “los jueces recibían, entonces, un producto elaborado, refinado y en gran medida ya concluido. Aunque eran ellos los que decían las palabras exactas y definitivas, se puede dudar de su libertad a la hora de decidir las causas” (Herzog, T., 1995, p. 37).

Por otro lado, la publicidad también jugó un papel importante dentro de la determinación del crimen y del criminal en el proceso judicial. Sin embargo, debemos mencionar que hemos evidenciado dos tipos de publicidad: la primera que está latente en la vida cotidiana de las personas¹⁸ y, la segunda, que rompe con la paz comunitaria, que justifica la actuación de la justicia. La segunda evidencia que la construcción del criminal es en juicio, debido a la commoción que ha causado la muerte de Gertrudis, pues llegó noticia de este “atroz” delito; y por ello, el procesado se encuentra “preso y a buen recaudo [...] con un par de Grillos, y en el Sepo **como a Reo criminal**” (ANH/C, 1754, 97236, f.6.a.).

Entendido entonces que la publicidad, la alevosía y la voluntad se determinan como agravantes del delito, la pena y la justicia social, debemos mencionar ahora la importancia

¹⁶ La pena que correspondía a los homicidios, según la doctrina alfonsina, era la pena de muerte o pena ordinaria. Sin embargo, esta podía ser cambiada o inhabilitada por calidad de quien era sentenciado (Lydia).

¹⁷ Para Alfonso Mesa (2000), alevosía y traición significaba lo mismo, es decir, cometer una falta contra otra persona por la espalda y atacando la confianza. Sin embargo, en las *Partidas* la traición se comete contra las majestades divina y terrena, mientras que la alevosía se comete contra la comunidad (Partida VII, Tít. II, Ley I).

¹⁸ De este tipo de publicidad hablaremos en “La construcción del crimen como fenómeno social”



de la responsabilidad penal. Para hacerlo, el abogado defensor hizo sus alegatos demostrando en primer lugar que el procesado por homicidio se encontraba en acto primo¹⁹, lo que le eximía de voluntad y dolo en el cometimiento del delito. Este procurado explicaba que, de haber causado la muerte sobre la India Gertrudis, se “**sabe que fue no aviendo estado en sí como acto primo en el qual no concurrio voluntariedad de homicidio**” (ANH/C, 1754, 97236, f.12.r.).

El “acto primo” configuró la responsabilidad disminuida por su falta de entendimiento y dolo. En este sentido, el abogado defensor intentó demostrar que la muerte contra Gertrudis de Arteaga fue culposa y no dolosa; esta diferencia permitía que la pena cambie de la ordinaria (pena de muerte o mutilación de miembros corporales) a una pena de menor envergadura (cárcel, latigazos, multa, destierro, entre otras). Por ello, de esta forma se manifestaba el abogado de la Parra pretendiendo disminuir la pena:

aunque fuese en lo lividinoso procedió mal dicha India en haver hecho irrucion de dicho Montero para que con dicha **ignorancia concomitante, y de acto primo, y ciego se occasionase, y provocase a ira** cundía, reincidiendo en lo mismo, por lo que la hechó de su casa; Esta ignorancia se acredita con no averse huido, quedo vmd lo aprendió en una de las esquinas y calles de la Ciudad porque si huviéra tenido malicia hubiera hecho fuga luego quevio a Vmd; Y que no por dicho fiscal sele arguiese, que pudo aver malicia; pues anduvo despues de averse valido de la inmunidad Eclesiástica por Guncay y otras partes: Responderá el defensor que con los mysmos hechos se conoce, **que los hizo sin advertencia y (ilegible) de ignorante capricho, pues semejantes estravios no fueron de segundos distantes, ni remotos, sino inmediatos, o propios (ilegible) o por mejor desir proximos para ser aprehendido por lo que todo viene a redundar en dicha ignorancia concomitante que resulta de lo indecible y sensillo.** (ANH/C, 1754, 97236, f.12.r.)

La culpa estaba ligada a actos de negligencia ocasionados por embriaguez, locura, “fatuosidad”, minoría de edad, entre otras, que eran buscados por los abogados defensores para destruir al dolo como elemento del delito y sobresaliera la culpa. Por lo tanto, como el dolo, la voluntad, la publicidad y la alevosía determinaban la construcción del crimen, la culpa se veía apoyada o vivificada por la negligencia que determinaba al delito como *nomen*

¹⁹ El acto primo es la ejecución de una falta por irracionalidad e ira, que contiene falta de previsibilidad y de voluntad. Es un término que se asemeja a la fastuosidad.



generalum. De esta forma, queda mucho más clara la diferencia entre delito y crimen, que también guarda sus discrepancias en la acción judicial²⁰.

La posibilidad de encontrar culpa en la acción u omisión de la falta, configuraría otra forma de proceder por parte de la justicia; por lo menos respecto a la pena²¹. Por ello, en la mayoría de los manuales sobre la práctica penal (Álvarez Posadilla 1797) se instaba a investigar una posible fundada en embriaguez, locura, minoría de edad o irracionalidad. De ahí que, en la etapa de investigación del cuerpo del delito, se preguntara a todos los testigos sobre el posible vicio de embriaguez de Manuel Montero. Y así preguntó el escribano, ante el llamamiento del Alcalde Ordinario a Don Juan López y Ramos: “y preguntado por su merced si sabe **queel dicho Montero tiene por vicio el beber aguardiente:** dixo que no sabe el que tenga vicio alguno, y se le vuelve a ratificar y firmó” (ANH/C, 1754, 97236, f.2.a.).

En todo el proceso judicial contra Manuel Montero se evidencia la preocupación por saber en qué estado (con voluntad, embriaguez o locura) se ejecutó el crimen o el delito. Por lo tanto, así lo hizo el fiscal al preguntar a sus testigos, lo mismo hizo el procurador defensor, y el escribano al momento de ratificar a los testigos. Para ejemplo, baste con una de las preguntas que hizo a los testigos el procurador: “[...]saven an visto, oido, y entendido que el dicho Manuel Montero, es hombre miserable, ignorante, fatuo, simple e insensato o torpe?” (ANH/C, 1754, 97236, f. 21. a.). Como dijimos, esta pregunta tiene como finalidad intentar responder si el delito fue culposo o doloso.

²⁰ Según Alfonso X, la responsabilidad penal y la pena se gradó de acuerdo a ciertos factores ocasionales, de los cuales pudieran “nacer muchos peligros et muchos males”; así, por ejemplo: “no es lo mismo cometer un yerro en el día que en la noche, en la iglesia que en un lugar no sacro o en la casa del rey; así por el estilo. Pero también, toma relevancia la manera en que fue cometido el yerro. Varía la gravedad del acto si es alevoso o por traición, por pelea o por ladrones. (Partida 7, Título XXXI, Ley VIII).

En el juicio a Manuel Montero, el fiscal decide argumentar que el delito es alevoso “por haver esperado quese fuese Mariano Barrera con quien presedieron las señas que dise para executar el hecho, coxiendo la en la soledad de su casa, indefensa, asi por su sexso, como por el nindun socorro que uvo de personas que evitasen el estrago, y por eso le dio las heridas hasta matarla, con el seguro de que no avia de haver quien lo viese”

²¹ En este trabajo no se estudió la estigmatización que produce el calificativo de “criminal” en las personas de la Colonia Tardía; que, de ser el caso, pudo ser un elemento que posiblemente reestructuraría la configuración social.



Otro ejemplo claro sobre la reducción de la responsabilidad penal por culpa, se evidencia en uno de los juicios que utiliza Dañaiturria (2007) para probar su tesis sobre la disminución de la pena; este manifiesta:

Así podemos reproducir la indagatoria de José Iglesia, criado en las mesas de billar, acusado por la muerte de un cura: ‘como había bebido algún poco de vino más se hallaba no con su entero juicio [...]. Pasando por el lado donde estaba el presbítero, acordándose de que lo había tratado de pillo, se levantó y le dio la mala intención de tirarle como en efecto le tiró un golpe con dicha navaja abierta [...], que no proyectó el lance’. La intención del reo, alegar la ausencia de premeditación, era evidente. (pp. 294-295)

No obstante, no todos podían ser eximidos de sus delitos ante la ley; hubo ciertas normas que se debía seguir a fin de poder esclarecer quién era incapaz. Las *Siete Partidas* (1807), recogían en la ley XIV, del Título I, de la Partida I, que a los que se les debe reducir la responsabilidad:

son los caballeros, por no saber de leyes sino de armas; los menores de “XXV” años, por tener una edad “liviana” y no cumplida; los aldeanos simples y desentendidos, porque no saben de derecho pues solo saben labrar la tierra; y algunas mujeres, que por ser de “flaca y liviana natura” no son iguales a los hombres. Estas salvedades no son posibles en casos de traición, adulterio, homicidio, hurto, robo u otro yerro semejante. Por otro lado, tampoco serán procesados o serán mitigados los castigos cuando no haya entendimiento en sus acciones, ni entiendan las leyes al tiempo que ejecutan el delito. En este sentido, en esta clase entran los locos y los desmemoriados.

De otro lado, es importante mencionar que en la búsqueda de la disminución de la pena que hizo el abogado De la Parra, este manifestó que la muerte que ejecutó Manuel Montero sobre Gertrudis de Arteaga fue de “acto primo” y sin voluntad y entendimiento y, por lo tanto, fue un acto que se buscó la misma Gertrudis por no hacer caso a las peticiones del reo de que se fuera esta, su concubina, para la casa de sus parientes y por el quebrantamiento del sexto mandamiento; por lo tanto:

Esto fue prudencia [el haber pedido que se marchara a casa de sus parientes] [...] hasta que acaesiese el q dicha india **muriiese por justo Juicio de Dios, y en Castigo de sus culpas, y aun por el propio destino, omision, negligencia, y abuso de no aver querido irse a Casa de sus parientes** (ANH/C, 1754, 97236, f.12.a.)



Finalmente, aunque la contienda en alegatos, por parte del fiscal y del procurador, estaba en la medida cierta para demostrar la capacidad de entendimiento y la responsabilidad del reo en el hecho delictivo, no es menos importante señalar que la construcción de las cargas procesales o indicios probatorios responde a un fuerte anclaje normativo. Entonces, resta por saber cómo estaba determinado todo el pensamiento criminal en las ideas modernas de España y sus leyes criminales; para ello es necesario analizar la situación del crimen en conformidad de su ambiente político y filosófico.

2.3. La noción del crimen hasta comienzos del siglo XVIII

2.3.1. Crimen, delito y pecado

El derecho indiano no solo se basó en normas y costumbres medievales y renacentistas españolas, sino que también fue deudor del ordenamiento jurídico romano. De estos se tomaron muchas de las instituciones y categorías que definieron las leyes criminales; por ejemplo, el desarrollo de las nociones *delictum* y *crimen*. El primer término tenía su origen en actos que eran perseguitables en virtud de una ley o de un edicto pretorio; mientras que el segundo se desarrolló en juicios públicos (Hernández, 2016). Asimismo, en la época monárquica en Roma se desarrollaron algunas nociones, tales como *dolus* y *fraus*²²; mientras que en la época de la República romana se añadirían otros términos como *culpa*, *animus*, *mens*, *volutas*, *consilium*, *sciens* y *prudens*. No obstante, habría que esperar a los siglos XII y XIII, para que algunos canonistas crearan los primeros tratados criminales: *Tratactus criminum* y el *De criminalibus causis* (Hernández, 2016).

De otro lado, a criterio de Hernández (2016), en el siglo XVIII el derecho español recuperó del derecho romano algunas nociones como voluntad, dolo, culpa, entendimiento, entre otras, que definirían el delito, el crimen y el pecado. Por lo que existiría una diferencia entre los mencionados conceptos; así, la parte medular de dicha diferencia eran los furos: externo (*forum externum*) e interno (*forum internum*). La primera noción explicaba que determinados hechos debían ser penados ante la justicia civil, como causa de la externalización de la voluntad; mientras que la segunda, daba lugar a la penitencia

²² *Dolus* y *Fraus*, respectivamente significa dolo y fraude. Según el diccionario de autoridades (1732), ambas nociones designan engaño; no obstante, la diferencia está en la materia, al ser criminal y civil.



sacramental (vinculada a Dios) pues no había externalización y materialidad de la voluntad (Hernández, 2016).

De la misma forma, para Tomás de Aquino (1225-1274) cometer un acto contenía en sí mismo el pecado cubierto de *animus*, pues la voluntad era “la facultad por la cual somos dueños de nuestros actos” (Hernández, 2016, p.128). Toda esta teoría de la voluntariedad sirvió en los albores del siglo XIV, cuando se hizo una distinción más sutil entre el *dolus* (capacidad o intención maligna de hacer el daño), la *culpa* (la simple negligencia) y el *per infortunium* (el caso fortuito). En el caso del dolo, este se encontró dividido en dos tipos: el *animus occidendi* (la intención de matar) y el *animus vulnerandi* (la intención de lastimar) (Hernández, 2016).

En este contexto, para los siglos XVI y XVII, se crearon algunos de los conceptos de pecado y delito que definirían la posteridad del derecho español e indiano. Por su lado, el delito, de acuerdo a Álvarez Cora (2016), buscó reafirmarse con las contribuciones de Deciani (1509-1582), jurista italiano, que definió al delito como el “acto humano, doloso o culpable, voluntario, prohibido por una ley vigente, bajo pena expresa, y no disculpable por cualquiera *iusta causa*” (Mantecón, 2015, p.214). Por su parte, el pecado, para el siglo XVII, era definido como “Cosa que se dice, se haze, ó se desea contra la ley de Dios” (Villalobos, 1672, p.68)²³. De conformidad con lo dicho, estos dos conceptos mantienen una diferencia que, a nuestro parecer, es muy evidente. Esta diferencia reside en la delimitación conceptual de cada una de las dos nociones: por un lado, con el delito de Deciani se evidencia la justicia como una particularidad distinta a la teología cristiana; mientras que, por el otro lado, el pecado de Villalobos deja ver la influencia teologal en dicha noción, en donde, las leyes serían un instrumento de conducción del orden social determinado por Dios, como sanción y penitencia (Vela, 2000)²⁴.

²³ A más de esta definición de pecado, Villalobos (1672) dirá más adelante, en su texto, que pecado es también “dezir, ó no dezir, hazer, ó no hazer, desear, ó no desear contra la ley de Dios” (p.69). Esta segunda definición de pecado mostrará que los pensadores teologales pretendían que el pecado sea la norma general con la cual se frenan las malas acciones y la injusticia.

²⁴ Según algunos autores como Traslosheros (2004) y Álvarez Cora (2016), para el siglo XVIII se escindieron las nociones de pecado y delito. No obstante, según Masferrer (2017), el pecado y el delito nunca pudieron escindirse como yerro o falta, debido a que la moral era rectora del derecho criminal desde el siglo XVI hasta el XIX.

A nuestro criterio, las dos posiciones son válidas. Fueron distintas estas nociones en un sentido conceptual o doctrinal, pues como hemos visto hasta ahora, factores como la voluntad, el ánimo, el entendimiento, la culpa,



De lo dicho sobre pecado y delito, entendemos que el crimen también fue definido bajo las mismas correlaciones conceptuales entre el derecho romano, español y visigodo. El crimen necesitó ser visto como accesorio al delito, pues si el *delictum* es todo lo contrario a la ley emitida por la autoridad, sea divina o civil, el *crimen* debe ser especificado por su forma de ejecución. Para el siglo XIII, Alfonso X, al escribir el texto del proemio de las Siete Partidas, sostuvo que el delito debía ser entendido como “los malos fechos que se fazen á placer de la una parte, é á daño é á deshonra de la otra”. En esta definición no se muestra expresamente la cooperación entre la voluntad y el dolo que estructurarían la responsabilidad criminal.²⁵

Para el siglo XVII, el crimen acogerá la voluntad y el dolo, separándose de la culpa; esto lo diferenciará del delito. Por lo tanto, para Pradilla (1621) el homicidio es el mejor ejemplo en donde se puede entender al crimen, pues expresa la voluntad de querer causar daño; por ello, debe imponerse pena ordinaria a quien comete un delito o crimen con “malicia y dolo, porq’ la voluntad, y el animo los deftinguen” (pp. 1-2)²⁶. Es por ello que, se buscó reconstruir el sistema jurídico en su parte teórica y procesal; así, el delito se reconfigura como *nomun generalis* y el crimen pasa a ser una especificidad.

Por otro lado, se usó a la publicidad como regla para que no todo pecado fuera crimen. Dicho así, como el pecado depende de un *foro interno* y el crimen depende de un *foro externo* (acción u omisión deliberada), no basta con que se cometa la falta, sino que este yerro sea un

etc. los demarcaban. No obstante, no hubo diferencia en su sentido práctico, pues la “voluntad política” aspiraba un mundo regido por su “razón política” (Álvarez, C., 2016).

Estos criterios pueden quedar más claros si entendemos a Masferri (2004), quien explica que, “con el surgimiento de los poderes políticos absolutistas, se debió buscar la unidad política y cohesión social en base a la moral y la ortodoxia religiosa. Esto trajo consigo la aparición de los Estados confesionales, en los que la separación entre Iglesia y estado se difuminó. En consecuencia, Iglesia y Estado, aunque estuvieron teóricamente separados, se apoyaban mutuamente para la consecución de algunos fines comunes” (p. 716).

²⁵ Para Alberto Du Boys (1872), la definición de delito que brindó Alfonso X es insuficiente, pues no integra elementos morales como la inteligencia y la voluntad libre, que modelan el carácter criminal. Hemos de entender que, al parecer, lo que delimitaba al crimen era la voluntariedad y el entendimiento, muy legados al dolo, que eran ejecutados en el yerro. No así el delito que era entendido como el mal o el yerro en sentido amplio, general; así pues, “quítese la intención, y solo habrá que reparar un mal material” (p.211).

²⁶ Para el mismo Pradilla (1621), la gravedad del acto ilícito también delimita (pero esta vez de manera procesal) al crimen de lo que significa el delito; de este modo, el matar a alguien con veneno, espada y puñal es un homicidio en el que interviene la “trayció” (traición), y por lo tanto es grave. Su gravedad radica en el modo de matar, sin que la persona pueda defenderse naturalmente. En el caso que mencionamos sobre la muerte por veneno, aunque el veneno no haya causado la muerte, se le tendrá como un delito grave, por su consumación y su posible efecto. Es por ello que, la traición es un elemento constitutivo del delito que lo hace crimen, por su gravedad.



comportamiento peligroso, y que se hace público por la gravedad que ha causado a la comunidad. Solo en este caso, puede ser considerado un crimen; pues el mal ejemplo (que es el mal mismo) no ha de permitirse, en una sociedad católica (Traslosheros, 2004).

Como resumen, hemos de entender que las nociones de crimen, pecado y delito tuvieron sus distinciones en la vía doctrinal, en otras palabras, se creó toda una doctrina sobre lo que debería ser cada uno de dichos conceptos. El hecho de que no se haya acatado ese contraste se debe a la práctica jurídica que se encontraba envuelta de elementos sociales y políticos.

2.3.2. El crimen como forma jurídico-legal en el siglo XVIII. Fundamentos legales

2.3.2.1. El crimen

Para el siglo XVIII, las nociones de delito, pecado y crimen no cambian trascendentalmente su delimitación conceptual; más bien, se siguen usando conceptos de larga duración como los de Alfonso X y de Deciani respecto al delito, que continúan representándose en las prácticas jurídicas. Por lo tanto, esto se entiende así puesto que “no hay saltos mortales en la evolución de los conceptos”²⁷ (Álvarez, C., 2016).

En este sentido, en el siglo XVIII se siguen manteniendo los mismos elementos (dolo, voluntad y acción del hecho ilícito) constitutivos del crimen. De esta forma, Dominico de Ursaya en 1701 ofreció una definición de crimen que era concebido como “*comissio, seu*

²⁷ Un concepto está determinado por el uso lingüístico que se hace de él. De esta manera, el concepto, referido como parte del lenguaje, se constituye como mediador entre el pasado y el presente, entre el texto y el lector. Es aquello que determina la esencia y existencia del concepto, puesto que conecta y sintetiza muchas particularidades de una realidad compleja (Blanco 2012).

La historia del concepto, en este caso el crimen, depende de su estudio en la sincronía y la diacronía, es decir, del concepto como parte de un contexto real y espacialmente dado, y también, como los transcurcos temporales que han modificado el sentido y uso del concepto. En este sentido, estas categorías generales han de responder a un campo de experiencias y a un horizonte de expectativas. En otras palabras, la noción de algo entrará en relación con la conciencia de quien hace uso de esta; por lo tanto, existe un campo de experiencias entre lo pasado y el presente, existe un conocimiento de algo; mientras que las expectativas representan una conexión entre el presente y un futuro, lo esperable pero no certero (Blanco, 2012).

Pero lo que más nos interesa es lo que se ha denominado como la dimensión práctica y semántica de los conceptos. La semántica representa a los significados establecidos por una comunidad, que al ser consolidados brindan su eficacia; mientras que la práctica, representa el uso particular que se le da al concepto. Es necesario comprender que en nuestro análisis debe tomarse en cuenta estas dos categorías, puesto que, aunque el crimen, el delito y el pecado hayan sido construidos y constituidos en la dimensión semántica, el uso práctico de estos conceptos remite otros significados.



omissio facta dolo, contra legem vigentem, & aliquid imperantem, seu prohibitum sub poena" (Álvarez, 2016, p.53). De manera que, el crimen mantiene la *comissio* u *omissio* como supuestos voluntaristas²⁸, ligados al dolo, de las cuales ha de nacer la potestad prohibirlos *sub poena*. En este sentido, el dolo mantiene se mantiene como elemento diferenciador entre delito y crimen, y que también dependerá de la cualidad (*qualitas*) como de la capacidad del dolo (*capacitas doli*).

Pero esta definición del crimen que nos brinda Ursaya, no solo que ayuda a diferenciarlo del delito, sino también que lo hace del pecado. Así pues, el crimen es el acto (*factum*) por comisión u omisión con dolo (*doli*), en contra de los preceptos legales vigentes. Esta última salvedad es la que ayuda a entender la diferencia de la que hablamos, pues este crimen se comete contra la *potestas terrena*, es una traición al cuerpo político; mientras que el pecado alude a la falta contra la *divina ultio*. Por lo que, se trasluce un proceso que está pensado en las faltas hacia la comunidad (Álvarez, 2016)²⁹.

²⁸ Enrique Álvarez Cora, en *La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII*, explica que existe una voluntad política (puede ser la Corona o los representantes de la Iglesia) tiene mucha influencia en la creación de las leyes. Este autor manifiesta que para la época había dos corrientes en esta empresa del origen normativo; por un lado, se encontraron los voluntaristas que afirmaban que la voluntad debía estar por sobre las demás facultades del entendimiento y que, por lo tanto, el legislador era quien decidía qué era bueno o malo, permisible o sancionable de acuerdo a sus experiencias. Por el otro lado, se encontraban los intelectualistas que afirmaban que el entendimiento es la mejor herramienta para crear las normas más justas para la nación, por lo que esta se encuentra por encima de la voluntad al momento de decidir lo justo o lo injusto en la sociedad. Asimismo, luego de afirmar que estas dos corrientes definían el mundo normativo colonial, Álvarez Cora sostiene que no hubo un correcto ejercicio del intelectualismo en la época del siglo XVIII, porque por cada intento que se hizo desde dicha corriente estaba marcada por un fuerte voluntarismo. Esto explicaría que lo único que mantenía la producción de leyes era la voluntad política, es decir, la persona o grupo de personas que ejercen el poder.

²⁹ De igual forma, por los mismos años, el tratadista Francisco María Gasparro (1756) hizo un aporte a la distinción entre el delito y el crimen. Para él, el delito era "*comissio, vel omissio dolo facta contra Legem imperantem, vel prohibitum sub poena*". Es este sentido, en esta definición no hay mayor diferencia con los planteamientos de Ursaya, de donde el dolo seguirá siendo el elemento transformador del delito en crimen (Álvarez, 2016).

Igual sentido le da al crimen Henricus Berger (1706), quien extiende la significancia del crimen mediante el *delinquere moraliter*, relativo al fuero interno, y el *delinquere civiliter*, relativo al *effectus poeane*. En otras palabras, para este autor, el crimen ha de radicar en la misma intención de querer causar daño, pero se debía lograr mediante la exteriorización de la voluntad y el entendimiento (Álvarez, 2016).

Sin embargo, esta perspectiva del delito delimitado por la culpa y el crimen por el dolo, hará que Rudolphus Engau (1767) sostenga la diferencia conceptual con fundamento en el vicio. De ahí que, el pecado sea contrario a la ley emanada de Dios; el vicio, contrario a la honestidad y al decoro; el delito, es el *factum* que merece la pena por las leyes humanas; y el crimen, el delito imputable a su autor. Por consiguiente, dadas las prerrogativas conceptuales, lo que hacía significativo el análisis de Engau, era su definición acorde a los intereses procesales de las faltas; para él, el pecado solo era llamado por su falta ante el *Ius Divinum*. En cambio, el vicio gana terreno por tener un carácter normativo-moral, que activa el sentido voluntarista del poder ante el



La publicidad, la traición contra las personas y la gravedad de los delitos lo convertían en crimen. Este atentado contra las personas debía ser averiguado, procedido y castigado conforme a las disposiciones de la *Recopilación de las Leyes de Indias* (1680), en donde también se ordenaba que se castiguen delitos “especialmente públicos, atroces, y escandalosos, contra los culpados, y guardando las leyes con toda precision, y cuidado, sin onision, ni descuido [...] pues así conviene al sossiego” (Libro VII, Tít. VIII, Ley I).

Por otro lado, para autores como Lardizábal, que pretendían hacer reformas al derecho criminal, era necesario que se entendiese primero lo que significa la pena, pues de ello resultará la significancia del delito y del crimen; por ello, para este autor, la pena es “el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa” (Lardizábal, p. 9, 2003). En el anterior criterio, es notorio que, esta noción de pena es muy cercana a la noción del delito y del crimen, pues se vale de dos constitutivos para determinarla (malicia y culpa).

De las nociones de crimen del siglo XVIII que hemos descrito, debemos comprender que, aunque se siguieron diferenciando el crimen, el delito y el pecado de la misma manera que en los siglos precedentes, apareció la posibilidad de que estas conceptualizaciones tomarán un sentido similar a las propuestas beccarianas. Claro que, como veremos a continuación, aunque no se pusieron en práctica estas nuevas perspectivas del derecho criminal, no fueron menos significativas para los siglos venideros.

delito y el crimen. De modo que lo que en definitiva diferencia al pecado, delito y crimen es a contra quien atenta la falta o el vicio y que intención tuvo el delincuente (Álvarez, 2016).



2.3.2.2. La fuentes jurídico-legales y doctrinales

El derecho indiano, en general, estaba estructurado como un ente casuístico y no sistemático; es decir, desde tiempos de la conquista este se fijaba de acuerdo a cada caso en particular, aunque hubo reglas generales que también se aplicaron, por ello, debemos entenderlo como una construcción dinámica. Este dinamismo fue muy cercano a razones histórico-culturales de España de la Baja Edad Media.

En este contexto, para Richard Morse (1999), es primordial entender la configuración de la España moderna a través de su matriz cultural en el siglo XII y XIII. Para él, mucho de la ciencia jurídica del siglo XVIII tenía sus bases en principios escolásticos y tomistas. En este sentido, destaca la obra de Pedro Abelardo (1079-1142) que mostró que era posible reexaminar la fe para producir una lógica demostrable de racionalidades que debieran sostener a la creencia en campos de acción y opinión. Abelardo había dado a la teología un sentido moderno, según la perspectiva de Morse.

Tras la muerte de Abelardo, las universidades fueron desplazando a los monasterios como centros de producción del conocimiento. En este contexto, fue reinterpretada la obra aristotélica, que daría una visión novedosa de la realidad según la cual “el conocimiento surgía del mundo visible y experimentado, del mundo del sentido común” (Morse, 1999, p. 32), en contraposición al prolongado dominio agustiniano que afirmaba que la fuente del conocimiento “era el alumbrador contacto de la mente con lo divino” (Ibid., p.32).

No obstante, habría que esperar hasta las primeras décadas del siglo XIII para que Tomás de Aquino uniera los principios filosóficos aristotélicos con los preceptos de una teología cristiana en una estructura racional armónica (Morse, 1999, p. 33). Y aunque dichos postulados cimentarían la cultura escolástica española, habría que esperar hasta la Contrarreforma para que goce de aceptación y se formalice. Es por ello, con base a criterios de Hamilton, Morse (Ibid.) apoya la idea de que esta contribución tomista fue de ayuda para “la filosofía de la ley y a la modernización de la metafísica” (p. 40) que vivificaría a figuras como Juan Luis Vives, Antonio Gómez Pereira, Francisco Sánchez y Francisco Suárez.

De igual manera, ya para el *Siglo de oro* español, se desarrolló la doctrina sobre la razón divina y se estructuró un poder con fuertes cimientos en la autoridad divina y



eclesiástica. Dicha política imperial española había recibido influencia de la tradición medieval de las *Siete partidas*, que según Morse (1999):

definía a los sujetos políticos no como ‘individuos’ sino por su ubicación social y su misión cristiana; su gobernante, si bien no era responsable ante ellos por procedimientos formales, estaba obligado en conciencia a imponer las leyes públicamente reconocibles de Dios. (p. 64)

Para la misma época, ante la amenaza que significaba la Reforma para España, se decidió confrontar a dichas fuerzas luteranas, bajo el gobierno de Felipe II (1500-1558). Para ello, se adoptó una visión que aseguraba que la sociedad debía ser orgánica, donde el ordenamiento de sus partes se construía de lo imperfecto a lo perfecto³⁰; dicha visión era jerárquica, en donde el rey era el agente mejor ubicado (por decreto divino) para actuar por sobre sus súbditos. A criterio de Morse (1999), este conjunto de principios sobre la sociedad corporativista que, se irían deteriorando hasta su desplome con las fuerzas independentistas, se mantuvieron incólumes a las Reformas Borbónicas del siglo XVIII pese a que se intentó contraponer (sin éxito) otras miradas: el abandono del Antiguo régimen y la construcción del pacto social³¹.

Las teorías de la Europa occidental sobre la abolición del Antiguo régimen y la construcción del pacto social en el siglo XVIII, fueron recogidas por César Beccaria y adaptadas al derecho criminal. Tras escribir su obra llamada *De los delitos y de las penas* (1764), Beccaria atacaría al sistema “represivo” imperante de su tiempo y propuso una serie de reformas en el campo de lo penal (Guzmán, 1978); en donde, por ejemplo, se debía cambiar el sentido de la pena (que para la época se consideraba aún como venganza o expiación del delito o pecado).

³⁰ El paso de lo imperfecto a lo perfecto, cabe explicar, es una visión escolástica de la realidad entendida como un todo orgánico, corporativo. En esas sociedades las partes o miembros eran los súbditos, un fragmento imperfecto; de la misma manera, desde las autoridades administrativas hasta el rey formaban el puente hacia lo perfecto. Esta visión es muy cercana al *pacto divino* o *toque divino*, que implicaba que solo el rey podía ser el conocedor de la verdad y que, al ser perfecto, todo lo que emanase de su voluntad tendría la misma cualidad.

³¹ El pacto social que influyó en el pensamiento beccariano tuvo una fuerte corriente rousseauiana, pues se creía que las leyes eran condiciones que permitían unir a hombres aislados en una sociedad; cansados de vivir en un constante estado de guerra. Este era un pacto entre “iguales”, en donde el soberano se forjaría como administrador y legítimo depositario. Por lo tanto, esta reunión de “iguales” debía ser preservada de los egoísmos que pretendieran usurpar el poder, por ello, se propuso la legitimidad del soberano para dictar las leyes y aplicar justicia sobre sus súbditos.



Fueron muy significativas las ideas que introdujo Beccaria en el área del derecho penal, a tal punto que sus obras fueron distribuidas por algunos territorios europeos y americanos. La divulgación de la obra beccariana fue distinta en cada territorio al que se pretendía introducirlo. En España la obra fue censurada muchas veces y otras fue permitida bajo algunas restricciones impuestas por las instituciones públicas y la Iglesia. En consecuencia, la obra de Beccaria fue leída e interpretada por algunos de los más conspicuos pensadores, a la orden del rey.

Uno de los juristas que reinterpretó la obra beccariana en España fue Manuel Lardizábal y Uribe (1739-1820)³². A este jurista se la había propuesto realizar una codificación normativa (en el reinado de Carlos III), para que el derecho sea más sistemático; así, trató de exponer algunas de las ideas sobre el estado del derecho criminal y sus posibles transformaciones. En este sentido, ¿Cuál fue entonces la influencia de Beccaria sobre Lardizábal?

En primer lugar, todo el pensamiento filosófico y político sobre el pacto social, tuvo influencia en la obra de Lardizábal, quien creía que nada interesaba más a una nación, que el tener “buenas leyes criminales porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado” (Lardizábal, 2003, p. 2). Por lo tanto, la legislación criminal debía ser entendida como garantía de la seguridad estatal y de una buena constitución social. Es clara la distancia que guarda con las ideas de pensadores del Régimen Antiguo, pues incorpora nociones nuevas como las de seguridad estatal en contrariedad con una y jerárquica, y resitúa la libertad civil como principio básico de la nación (Lardizábal, 2003).

En segundo lugar, tanto para Beccaria como para Lardizábal el derecho debía sujetarse a la moral. Para el primer pensador, la naturaleza del hombre estaba guiado por las pasiones que se podían disparar hacia una malicia infinita y variable. Esta malicia de la que él habló, configuró la perfidia, el dolo, las disensiones, la injusticia, la violencia, la opresión,

³² Manuel de Lardizábal y Uribe fue un jurista en nacido en San Juan del Molino, Tlaxcala, México. Realizó estudios en Bellas Letras y Filosofía y recibió el grado de bachiller en Teología por la Universidad de México. Más tarde en España, obtuvo el bachillerato en Leyes y en Cánones por las universidades de El Burgo de Osma y Valladolid, respectivamente. Opositó a la cátedra de Derecho Natural y de Gentes y participó en la reforma del Código Penal.



los delitos y demás vicios, que perturbaban la seguridad de los particulares, y con mayor peligro, la seguridad del Estado. Por otro lado, para el segundo pensador tres eran las fuentes de donde se nutren los principios morales y políticos reguladores de los hombres: “la revelación, la ley natural y los pactos establecidos por la sociedad” (Beccaria, 2015, p. 14).

Sin embargo, aunque ambos compartieran que la moral se superponga al derecho, sus propuestas fueron distintas debido al contexto desde donde cada uno de ellos expuso sus ideas. Por su parte, Lardizábal no podía separarse de una tradición cristiana y tomista sobre la razón divina, que determinaba las prerrogativas del derecho y la justicia. Para este jurista, Dios fue “creador” y dueño absoluto de todas las vidas y los bienes, y que permitió que las sociedades sean perennes (Lardizábal, 2003). En cambio, para Beccaria, por el contexto en donde se desenvolvió y sus fuentes de pensamiento seculares, proponía un derecho alejado de la teología; no dejó a la teología fuera de la vida de las personas, sino que la separó como fundamento social. Esto queda claro cuando manifiesta:

A los teólogos pertenece establecer los confines de lo justo y de lo injusto, en la parte que mira la intrínseca malicia o bondad del acto; y al publicista determinar las relaciones de lo justo o injusto político, esto es, el daño o provecho de la sociedad. (Beccaria, 2015, p. 15)

Y finalmente, en tercer lugar, la influencia de Beccaria sobre Lardizábal estuvo en los planteamientos sobre los delitos y las penas. Para Lardizábal, este debía transformarse en un medio garantista para controlar los malos efectos de las pasiones humanas en contra de la divinidad y la comunidad. Estos planteamientos se afincaban en la idea de Dios como único ser capaz de conocer los errores cometidos por los humanos, y el único capaz de castigarlos. Por su parte, Beccaria sostuvo que las penas debían gradarse debido a los delitos cometidos por las personas. Él entendía que se priorizaba el bienestar común por sobre los particulares; razón contraria a los pensamientos de Lardizábal.

A modo de resumen, aunque se intentó reformular el derecho y con ello la visión de justicia en el siglo XVIII, esto no fue posible sino hasta el siglo XIX. Por lo tanto, en España y sus territorios no hubo cambios en su derecho indiano, la práctica judicial y las instituciones legales que estaban fuertemente vinculadas a las doctrinas medievalistas españolas. Esto se puede ver claramente en la doctrina creada en el siglo XVIII y en los juicios criminales que



se siguen en los territorios quiteños; y en donde, la visión corporativista de la realidad siguió viva hasta principios del siglo XIX.

2.4. El crimen como fenómeno social

Hemos visto hasta ahora que el crimen se determinó de una manera legal a través de muchos siglos en la tradición española. En esta segunda parte analizaremos cuáles son algunos de los elementos que coadyuban a la construcción del crimen como fenómeno social. Esta configuración “criminosa” es muy diferente del legal; primero por su misma puesta en práctica y luego por los mecanismos sociales que operan tanto en las relaciones sociales como a la hora de “hacer” justicia. Las relaciones sociales son definitorias al momento de circunscribir las prácticas judiciales, no al contrario.

El crimen como fenómeno social se determinó por medio de estructuras sociales como el honor, la calidad, la pureza de sangre, el color y otros factores que, lo hacen diferente a la hora de encontrarlo en los expedientes criminales. Por ello, luego de analizar los casos que aquí les presentamos, no nos referiremos a las categorías de criminales propiamente, sino que lo estudiaremos a partir del honor; categoría a la que ya nos hemos referido, pero algo más acotaremos en este apartado.

De esta forma, primero empezaremos con la exposición de tres de los casos que se han estudiado en el Archivo Nacional de Historia sede Cuenca. La relevancia de estos expedientes se verá a continuación.

Caso 1

El 11 de enero de 1757, Joseph de Tapia se había puesto a trabajar en la reconstrucción de una cerca que había sido destruida, con anterioridad, por Antonio de Herrera, Xavier Herrera y Miguel Hurtado. Mientras acometía su mandado, pues trabajaba para doña Bernarda Velasco, a eso del medio día, los demandados, sin temor de Dios y de la Real justicia, procedieron “como osados, y acostumbrados a cometer graves daños y perjuicios, [pues] vinieron de mano armada de hecho, y caso pensado à impedir la refaccion de la dha serca” (ANH/C, 1757, 97148, f.1.a.). Razón por la cual, Joseph Tapia recibió tres heridas, dos en la cabeza y la otra en el brazo izquierdo, hechas con palos, navaja y piedras. Por lo



que, de no ser por “la Divina Providencia” le quitan la vida. Por ello, por “cuyos criminosos hechos se halla con riesgo de vida” (ANH/C, 1757, 97148, f.1.r.).

Por otro lado, es interesante que doña Bernarda Velasco, quien propone la querella ante autoridad competente y su jurisdicción, somete la eficacia de la práctica jurídica a criterios de “buena justicia”, puesto que se queja de la intromisión de personas poderosas en las decisiones judiciales. Puesto que, años atrás ella había demandado el embargo de bienes y mandamiento de prisión contra el dicho Antonio Herrera, pero no fue escuchada pues “el qual por medio de empeños de personas poderosas, y de respeto tubo lugar de salirse de la prisión quedando Yo, el dho mi marido vejados, maltratados, y gastados” (ANH/C, 1757, 97148, f.1.r.).

Aunque en el juicio se pretende hacer responsables a Antonio Herrera, Xavier Herrera y Antonio Hurtado de los hechos delictivos, sujetos a tentativa de muerte, la parte medular de los alegatos de Bernarda Velasco es el honor y la influencia de personas dentro del juicio, que imposibilita que la justicia reine como objetivo de paz. De igual manera, la acusación parece centrarse en la responsabilidad de Antonio Herrera, a pesar de que no solo fue él quien arremetió contra Joseph de Tapia; por lo que, esto demostraría el intento de “venganza” por parte de la querellada hacia el mencionado Herrera.

Caso 2

El 09 de agosto de 1762, Don Joseph Victorino de Lara, natural de Quito, pero residente en Cuenca, propuso una querella criminal por el atentado de muerte que sufrió por parte de Francisco Jaramillo, quien con “violento arrojo [lo] tiró a matar sin mas causas que su iniquo genio” (ANH/C, 1762, 98802, f.1.r.). Además, dicho Joseph Victorino no entendía cuál era la causa para que lo intentasen matar, puesto que él tenía “un genio sumamanete humilde que no tubo motivo alguno en esta Ciudad” (ANH/C, 1762, 98802, f.1.r.), aunque el referido Francisco lo amenazaba y andaba provocando por un tiempo de cinco años. Y si bien sentía humillación porque su nombre había sido denigrado, él “siempre no [había] dado nota ni escandalo, [y se había] resistido de tener qualquiera perjuicio” (ANH/C, 1762, 98802, f.1.r.).



No obstante, tras haber eludido las amenazas de Francisco Jaramillo por aproximadamente cinco años, don Joseph fue atacado con el ánimo deliberado de quitarle la vida (ANH/C, 1762, 98802, f.1.r.). Por lo que pidió justicia mediante el embargo de los bienes y mandamiento de prisión, para que sirva de ejemplo y respeto a la Real Jurisdicción.

En este caso, resulta curiosa la manera en la que hace la querella don Joseph Victorino de Lara, pues lo hace apegado a principios de honor, buena calidad y comportamiento adecuado. Y aunque no exista una resolución final por parte de la autoridad competente, este caso nos permite entender cuál era la relación entre el honor, la calidad y el comportamiento con la justicia.

Caso 3

El día 17 de abril de 1775, don Miguel Bolaños y Aguilera propuso una querella criminal en contra de don Antonio Landivar, Lorenzo Quezada, Simon Tarabo, Baltazar Morales, Mariano Andrade y demás cómplices por el intento de asesinato en su contra, el día 16 del mismo mes y año. Según el mismo Miguel Bolaños, tras solicitarle un vaso de aguardiente, intentaron quitarle la vida con espadas, palos, lanzas y piedras; por lo que, tras refugiarse en casas vecinas, luego intentó huir por las paredes de las casas próximas. Sin embargo, tras una fallida huida, los mencionados demandados procedieron a agredirle en la calle hasta dejarle casi muerto y tirado en una zanja, pues lo golpearon y dieron de estocadas en la cabeza y brazos. Ya estando casi muerto, oyó que Baltazar Morales, uno de los tumultuosos, gritaba que era suficientes vejaciones; no obstante, Lorenzo Quezada gritó que no le dejaran con vida a Miguel Bolaños, pues así se aseguraba que no hubiera persecución, debido a que la mujer de Bolaños “no era ninguna, y no haría persecucion” (ANH/C, 1775, 97375, f.1.r.), en caso de la muerte de su marido.

Luego, tras proporcionarle tres estocadas con la espada a Miguel Bolaños, solo uno de los tres intentos fue certero, por lo que, en un descuido de los tumultuosos este procedió a correr. De ahí que haya podido presentar la querella de manera personal, con el objetivo fijo en suplicar el embargo de los bienes y prisión para los tumultuosos.

Tras la información sumaria que se hizo del caso, se aceptó la querella y se les sentenció de acuerdo a las peticiones que había hecho Miguel Bolaños. No obstante, aunque



el juicio muestra en este caso que la justicia si es eficaz y rápida, la parte que nos interesa está situada en la intención de causar la muerte a Miguel Bolaños para que no haya querella alguna, puesto que si procedía de esa forma se verían en problemas. Sin embargo, la decisión de dar muerte pasa por la calidad de la mujer de Bolaños, quien no es nadie y no tiene la calidad para demandar.

2.4.1. El honor y el color como mecanismos de control

Como ya hemos mencionado, Cuenca en el periodo de la Colonia tardía fue una sociedad muy jerárquica y basada en el honor; por lo que, dichos elementos acompañaron a la configuración del derecho y a la justicia, pues cumplieron un rol trascendental en la construcción del delito y crimen. De manera que cabe preguntarse ¿Cómo se construyó el crimen como fenómeno social, en una sociedad cuencana de estatus colonial, en el siglo XVIII, a partir de los casos analizados?

Para responder a esta pregunta, primero debemos exponer que a criterio de Hering (2011), no cabe duda que durante la Colonia las diferencias, en cuanto a honor y sangre, fueron construidas con el ánimo de perpetuar los monopolios del poder y controlar la movilidad social. De ahí que, las relaciones raciales se anclaron en un complejo sistema de valores como una estrategia y como una gramática del poder.

En este sentido, los valores sociales representaron, en un comienzo, un significante vacío que puede denotar todo y sólo depende de quién impone la preponderancia interpretativa sobre su contenido. De tal forma que:

Los valores sociales son tejidos de significados transmitidos históricamente o nuevamente construidos. Éstos permiten el control, la imposición, la conservación, la estabilización o construcción de un orden social legitimado por un lenguaje moral. En suma, los valores sociales se pueden denominar como códigos que pretenden guiar el comportamiento de los individuos y, generalmente, se legitiman mediante imaginarios sobre la verdad, la justicia y el bien común, pero a su vez, a través de referencias sobre el no-deber-ser (Hering, 2011, p. 451)

Estos valores sociales, a su vez, determinan la forma de ver el color de la piel, o la “complejión”, que sujetan el físico a la moralidad de las personas. Por ello, se pretendía demostrar que el color corporal de una persona, presuponía bondad o maldad. Por lo tanto,



tras muchos años de afianzamiento colonial, la limpieza de sangre en España había sido una cuestión genealógica que dependía de la fama y voz pública. Por lo que, en América esta categoría se convirtió en algo que se podría denominar como “somatización genealógica”, en palabras de Hering (2011), en tanto que a través del color de la piel se pretendía rastrear el origen y la calidad de un individuo, convirtiéndose en un posible determinante de las relaciones sociales.

Las categorías del color de la piel eran altamente contextuales y circunstanciales, dependientes también de la opinión pública y de la fama, pues podían cambiar con frecuencia según la negociación de los sujetos involucrados. Es interesante que, desde la perspectiva de la defensa, también se conformara un espacio de agencia en la medida en que se cuestionaba el capital simbólico de la blancura de los estamentos privilegiados. Para integrar esta última reflexión, se ampliarán las categorías de raza, color y pureza con la calidad de los sujetos coloniales y cómo ésta se construía con base en el comportamiento de las personas. Este último paso nos puede hacer entender el cuerpo no sólo como objeto del discurso y como espacio de la representación, sino como un motor de las prácticas cotidianas, entendiendo la agencia como un mecanismo de negociación del significado (Hering, 2011).

No obstante, para Hering (2011), cuando habla de la llamada “performance social”, muestra a la cultura como “escenificación”, en donde, la calidad de las personas en la Colonia tenía una dimensión más amplia y estaba ligada al comportamiento público, decente, mesurado y honesto, acreditado en razón del distanciamiento del vicio y del comportamiento lascivo. Este caso nos sensibiliza ante el hecho de que la calidad, aunque estaba relacionada con el color de la piel, también se debía proteger mediante las buenas costumbres.

En el caso 1, sobre la tentativa de muerte hacia Joseph de Tapia, es revelador que la justicia haya servido a intereses particulares de personas de calidad y poder económico y social. Esto concuerda mucho con lo que manifiesta Herzog (1995), quien explica que en la Colonia tardía en Quito y sus territorios influyó el “capital simbólico”, que ostentaban los ministros de justicia en términos de “herencia inmaterial” y títulos de distinción personal.



Esto contrasta con la figura del juez como ideal, celoso y desinteresado, pues en realidad estos funcionarios respondían al contexto social y a las ambiciones personales³³.

Así mismo, no es menos revelador que la calidad de “doña” que ostenta Bernarda Velasco le permite hacer los alegatos que hizo sobre la “buena justicia” y se haya quejado en términos bastante decidores, puesto que, a nuestro parecer, lo que estaba en juego no solo era el infortunio de no haber sido cobijada por la justicia, sino que se hallaba en juego su calidad y honra como persona influyente. Es claro en este punto que, busca defender el honor en criterios de “igualdad” ante la justicia en términos corporativos.

Para Herzog (2000), la forma en la que se identificaban los sujetos coloniales como poseedores de prerrogativas y obligaciones no solo dependía de las relaciones sociales o de las definiciones jurídicas que clasificaban a los individuos en “corporaciones”. Así, por ejemplo, calificarse como “militar” le permitía un goce de un fuero particular (fuero militar); ser “indio” le significaba pagar los tributos y participar de las instituciones que aseguren el comercio metropolitano; y pasar por español, implicaba pertenecer a la República de Españoles, con todo lo que representaba. No obstante, como hemos dicho, el siglo XVIII es mucho más complejo pues rebasa la condición dual entre indio y español. Por lo tanto, no se trata de una garantía de igualdad, en el sentido actual de la palabra, sino al contrario, de merecer un trato diferencial de acuerdo a lo que le pertenece a cada uno según su corporación.

Para Herzog (2000), las relaciones sociales en las prácticas jurídicas y la representación de la justicia eran rebasadas por principios de solidaridad y colaboración humana. Por lo tanto, al margen de las corporaciones, los individuos estaban atados los unos a los otros mediante redes de parentesco, amistad o interés mutuo, y a raíz de esto, formaban

³³ Este caso puede ser mejor ilustrado en la queja que pone Don Ignacio de Cevallos y Luzuriaga, quien fue Alcalde Ordinario de Cuenca para 1784. Pues para Ignacio de Cevallos, se le ha hecho un expediente infundado y carente de sentido, respecto de un inventario de bienes por causa de muerte, que según Cevallos, se le acusó de tener interés en los bienes del difunto, por lo que se le sigue una información sumaria basada en los testimonios de Ignacio de la Peña y Mariano Ortis, a quienes acusa de ser “aduladores, sisañistas del antecedente [...] [pues actuaron] de su pasion ó odio, y resentimiento transgrediendo las leyes [...] de tal modo que uno de ellos es ladron, robador de casas, con juramentos, [...] constandole esto al mismo Dn. Josef Antonio Vallejo; pues a Mariano Ortis lo tuvo preso en esta carsel”. Por lo que, la información que se le siguió consta de testimonios que según Vallejo fueron hechos por “sugetos ydoneos desentes y de buena Conducta, que la Ley los llama hombres buenos, segun consta de su falso informe” (ANH/C, 1775, 97375, f.1r.-2a.). Como vemos, aunque este no sea un caso criminal, demuestra la importancia de mantener el honor y la calidad intacta, pues de ello se significaba su calidad como persona hábil, no solo en juicio sino también en la relación social.



sus identidades y forjaban su lugar dentro de las estructuras sociales. Ahí que, sirva de ejemplo el argumento de “Don” Joseph Victorino de Lara (caso 2), quien supone no haber quebrantado su debido “comportamiento”, y que incluso ha aguantado la “humillación porque su nombre había sido denigrado”; por esto, él siempre actuaba de acuerdo a lo determinado por la comunidad y de acuerdo a su honor. Vemos nuevamente la incidencia de mostrarse como una persona respetable y honorable en juicio, alguien que se comporta de acuerdo a los requerimientos de su grupo. Suponemos que era de un grupo social favorecido por sus palabras.

En el tercer caso, la calidad que no tiene la esposa de Bolaños nos permite entender cómo era el pensamiento de la sociedad respecto del honor en el caso de la mujer. Antes ya hemos dicho que el honor es distinto entre hombre y mujer. En este juicio, la nulidad que se le da a la mujer desde la esfera social representa una nula querella por parte de la mujer de Bolaños, es decir, se evidencia el pensamiento que tiene el mismo Bolaños y quienes intentaron darle muerte.

2.4.2. Una justicia dual

Esto que mencionamos en el acápite anterior, es entendido para García y Pérez (2017) como que el derecho no fue solo pensado y elaborado intelectualmente por los científicos, es decir, no solo tuvo un carácter racional. Esto quiere decir que es un género de conocimiento accesible a toda la humanidad, en quien la vida le impone esa preocupación independiente del grado de conocimientos que maneje el sujeto. Ambas formas tienen una influencia considerable sobre el derecho “positivo”, ya en la forma de opinión pública o mediante presiones circunstanciales más o menos violentas.

A nuestro punto de vista, aunque García y Pérez argumenten a favor de la doble construcción del derecho (racional y por opiniones públicas), no es menos cierto que el acceso para pensar y procesar el derecho como norma y doctrina no estuvo abierto para grupos extraños a los letrados. Solo estos grupos de personas que ostentaban la capacidad, el honor y el poderío económico eran idóneos para estudiar, interpretar y desarrollar el derecho en España y sobre su influencia en sus Colonias.



De la misma forma, es difícil creer que el derecho se haya basado por las opiniones públicas de las personas del pueblo; puesto que, como hemos visto hasta ahora, toda la doctrina teológica cristiana, la doctrina romana, las leyes bajomedievales españolas, las leyes visigóticas, y más, fueron concretadas por gente cercana a la cultura letrada. Por esto y más, creemos que es muy difícil que el derecho se haya construido por las opiniones públicas; y de ser el caso, sería muy difícil probarlo.

Por otro lado, en lo que si estaríamos de acuerdo es que la justicia, como ejercicio práctico del derecho en muchos casos, haya tenido la influencia de las relaciones sociales y de criterios de “vecindad” más que de la opinión pública. Por lo que nuestro argumento se ha basado en que se ha confundido al derecho con la justicia, cuando realmente son dos entes diferenciados; otra cosa es que estos sean conexos o que cooperen entre ellos. Esta propuesta contiene todas las posibilidades de entender la construcción de instituciones como el crimen, en el concurso de las relaciones sociales del siglo XVIII.

Estos planteamientos no son nuevos, aunque si novedosos, puesto que fueron desarrollados por varios estudiosos de la Historia del Derecho, como Herzog (1995). Para ella, también existen dinámicas sociales que configuran la justicia (honor, fama, simbología del poder, calidad) y no solo hay centralismo racional. En otras palabras, no solo es una estrategia desde “arriba”, sino más bien es una mirada desde la misma “acción” de la sociedad. Por lo tanto, hay una “divergencia de criterios entre el sistema social y judicial” (p.20). De ahí que, la llamada “irracionalidad” en las contiendas judiciales, provocadas muchas veces por las relaciones sociales complejas, determinaron las causas de la “extrajudicialidad” (Mantecón, 2015). Lo que para Herzog explicaría dos formas de entender la potestad jurisdiccional: la una simbólica-jurídica; y la otra, procesal.

En este contexto, la ejecución de la justicia, desde la parte formal-legal, era vista como una realidad derivada de la obligación del rey para mantener la paz en sus dominios y vasallos. Sin embargo, aunque se insistía en la importancia de castigar los delitos, pecados, crímenes o enmendar las costumbres, en donde importaba más el acto que el autor, la “justicia



real”³⁴ de la que se servían los administradores de justicia era otra. Se pasaba por alto toda la intrincada red de relaciones sociales que se generaban en las instituciones de justicia, sus funcionarios y la gente común (Herzog, T., 1995).

Entonces, la separación que hubo entre la ley y la práctica judicial desarrolló al derecho escrito-técnico. Esta nueva perspectiva rompía con la tradicional, que mantenía la unión entre la ley y su aplicación y entre la ley y la justicia. Por ello, la práctica jurídica en las Colonias hispanas, se reservó a las actividades jurisprudenciales de los tribunales. En Quito y Cuenca, se citaba (o así se lo debía hacer) a la ley como a la doctrina jurídica y a la teología cristiana. Sin embargo, la influencia de otros factores como el honor y la calidad determinaron a la justicia; y por qué no, al crimen.

Así mismo, a criterio de Mantecón (2015), la justicia en los territorios americanos tuvo “bases consuetudinarias” que legitimaron el control de la criminalidad y la desviación social, a través de actuaciones “infrajudiciales”. Estas deliberaciones “infrajudiciales”, permitían los arbitrajes en instancias previas a la justicia formal, es decir, antes del juicio o la investigación formal. Por lo tanto, lo que se buscaba con esto era resolver el agravio de acuerdo a una solución retributiva. De esta forma, aquellos quienes cometían algún agravio, tenían la obligación de intentar redimir el daño causado a la víctima, no solo en casos de derecho civil sino también criminal (Mantecón, 2008).

Por lo tanto, existió una “cojurisdiccionalidad” que permite entender que no existió una mirada netamente estructural del control criminal en la Colonia Tardía. Sin embargo, los caracteres de “larga duración” que se encuentran presentes en el derecho indiano son resultantes de la cultura, por lo que, resulta difícil querer entender que el control del crimen y de los desvíos sociales, solo respondan a una estructura unidireccional (Mantecón, 2015).

2.4.3. La voz y fama en la persecución criminal

Por otro lado, en los casos 2 y 3 se evidencia que las personas en general disponían de un alto grado de conocimiento sobre la administración de justicia, puesto que en algunos casos de buscaba conmover al juez en base a los alegatos que contenían la forma de actuar

³⁴ La “justicia real”, como la he denominado, tiene que ver con los planteamientos de Herzog, que sostiene que la justicia en la época del siglo XVII y XVIII, estaba delimitada en términos de utilidad y convencionalidad (conviene), y no de valor (es justo).



de un agente en particular (caso 2). También, no es menos decidor que quienes formaban parte de la sociedad buscaban la forma de no verse sometidos ante los penosos procesos judiciales (caso 3)³⁵. En general, todo esto estuvo vinculado a la notoriedad o publicidad con la que se servía la justicia, de tal forma que ya formaba parte de la memoria y experiencia de cada ciudadano³⁶.

Al margen del conocimiento de las actividades de la administración judicial como algo elaborado, respondía más bien a cuestiones de publicidad, voz y fama. Recordemos la información sumaria seguida en el caso de Manuel Montero, cuyos testigos (todos) dijeron saber que este había matado a Gertrudis, y que conocían del caso por ser notorio y público, pese a que no lo habían visto, sino que su conocimiento de causa fue tan solo de oídos.

Por consiguiente, a criterio de Herzog (2000) toda la publicidad respondía a la “teoría de la vecindad”, que no procedía de la ley sino del común acuerdo sobre lo que significaba la existencia de la comunidad política y sobre lo que suponía pertenecer a ella. En sentido general, este término implicaba un criterio de selección para incluir a un sujeto dentro de la comunidad. El proceso de inserción en la sociedad dependía de la lealtad a ella y a sus miembros. Antes de la segunda mitad del siglo XVIII, se ganaba el cargo de “vecino” por medio de una práctica judicial. Mientras que en Quito, en la segunda mitad del siglo XVIII, la vecindad era atribuida por medio de la “opinión común” y de la reputación; ya no se necesitaba de procesos administrativos-judiciales.

Por otro lado, recordemos que, con la implantación de las Reformas Borbónicas, se instalaron algunas instituciones como la ronda, o autoridades como los alcaldes de barrio; quienes patrullaban las calles de la ciudad en busca de desórdenes nocturnos que iban en contra de la seguridad. Dichas nuevas incorporaciones significaron también una ruptura de la ley y el derecho como formalidad, puesto que quienes ayudaban a pesquisar los males

³⁵ Esta calidad y expectativa de la justicia se puede ver también en Herzog (1995), quien cita un expediente en donde una mujer había explicado que no quiso querellarse contra las esposas de Simón Alvarez y Juan Navarro, por ser “pobre desvalida y sola”. Dijo que en vez de verse mezclada en asuntos jurisprudenciales, lentos y costosos de cuyo éxito dudaba debido a la identidad de los agresores, quienes tenían “favor y valimiento”, prefirió “pedir a Dios su justicia” (p.24).

³⁶ La publicidad era muy importante en las relaciones sociales y la justicia. Esta se ratificaba por varios medios como la presencia de funcionarios en las calles, quienes hacían sus pesquisas o informaciones, de lo cual resultaba que la gente se enteraba de las causas. También jugó un rol importante el pregonero y ciertos mecanismos de mantener informada a la gente, puesto que se exponían en las calles, mediante pasquines u hojas volantes, los casos u autos resolutorios.



hechos eran los mismos ciudadanos, quienes encontraban el límite entre lo bueno y lo malo, y que, a su vez, determinaban quien era un criminal.

Finalmente, la noción de crimen, en las relaciones sociales, dependía más de las expectativas que generaban las personas en una “imagen” de lo que debía ser la justicia. Por lo tanto, con la imagen de la justicia venía aparejada una percepción del crimen. De ahí que la mala fama y la voz, haya fungido como instrumento por excelencia al servicio de la persecución legal y social. En otras palabras, la publicidad y el estereotipo provocaban la persecución, aunque mediaran razones ignorantes sobre su capacidad de ver al sujeto.



CONCLUSIONES

En este trabajo se explicó la influencia de los presupuestos tomistas y neoescolásticos en la modernización española, que además de ser propia y casi autónoma, permitió “retroceder” a España para consolidarse como una monarquía centralista y católica. Con ello, se pudo evidenciar que, por lo tanto, España se mantuvo casi indiferente a procesos “reformistas” e ilustrados del siglo XVIII, pues la calidad de ser sociedad corporativa la acompañó hasta la independencia. De ahí que, aunque se hayan propuesto nuevas formas de entender el derecho, en la segunda mitad del siglo XVIII, España se resistió a las propuestas del Pacto Social y reforma criminal.

En las mismas líneas, con lo expuesto se demostró que hubo una disputa por el poder entre la Iglesia y el Estado monárquico. No obstante, dicha discrepancia no fue hecha en términos filosóficos sino más bien en términos económico-políticos; de ahí que, con las llamadas Reformas Borbónicas se haya reducido la capacidad adquisitiva de la Iglesia y el control social en las Colonias. En la práctica criminal se evidenció en los casos procesales un intento por secularizar el proceso penal.

Por otro lado, no es menos importante señalar que, de los juicios criminales analizados para la época del siglo XVIII, se pudo entender que el crimen como institución jurídica tuvo dos formas de representarse en la realidad colonial. La primera, fue legal-jurídica, puesto que se encontraba codificada en las leyes de larga data, aplicadas en Castilla y Navarra por lo general; mientras que la segunda, fue el resultado de lo que llamamos el fenómeno social, que significó una ruptura del derecho racional para dar paso a la construcción de la justicia desde las relaciones sociales y la vecindad, ligadas con el honor.

En este punto cabe mencionar que, aunque se hizo un estudio exhaustivo de los procesos judiciales de la segunda mitad del siglo XVIII, se tomó como referencia solo los homicidios y tentativa de homicidios, por ser los expedientes judiciales que más categorías de análisis aportaron a nuestro trabajo. De igual forma, este trabajo no hizo un análisis cuantitativo ni aplicó metodología de la historia económica, que pudo haber enriquecido más el estudio; sin embargo, es una labora investigativa que queda abierta a la ciencia histórica y sus historiadores.



En este sentido, pese a que el crimen se construyó de manera formal-legal, en donde el dolo, su gravedad, notoriedad, la voluntad y más elementos lo definían, hubo una ruptura entre la significancia de su uso cotidiano y la construcción doctrinal. En otras palabras, la noción de crimen se acopló a cada sociedad de acuerdo a sus costumbres. En definitiva, el crimen como noción sobrevivió por muchos siglos, casi inalterado, sin embargo, a la llegada del siglo XVIII se modificó en su forma legal y en la práctica procesal; aunque, cabe señalar que el primero lo hizo por medio de supuestos doctrinales, mientras que el segundo dependía de las relaciones sociales y el honor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adorno, R. (1988). El sujeto colonial y la construcción cultural de la alteridad. *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana N.º 28.* Lima, Perú. pp. 56-68
- Aguirre, C. y Salvatore, R. (2017). Escribir la historia del derecho, el delito y el castigo en América Latina. *Revista Historia y Justicia, N° 8,* pp. 224-252.
- Alfonso X (El sabio) (1807). *Las siete partidas.* Madrid, España. Imprenta Real.
- Álvarez, E. (2016). La definición del delito entre los siglos XVI y XVIII N°19 (pp.35-63). *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos.* Universidad de Zaragoza.
- Álvarez P., J. (1797). *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos.* Madrid, España. Imprenta de la Viuda de Ibarra.
- Beccaria, C. (2015). *De los delitos y las penas.* Madrid, España: Universidad Carlos III.
- Beltrán, F. (2013-2014). Profanar la relación entre tiempo y derecho: notas para un estudio entre filosofía e historia N°24 (pp.517-548). *Revista Chilena de Historia del Derecho.* Universidad de Chile.
- Benítez, S. (2015). *Las mujeres de la plebe de la ciudad de Quito frente a las políticas y prácticas de control social: El caso del Hospicio Jesús, María y José (1785-1816).* (Tesis de magister). Universidad Andina Simón Bolívar.
- Blanco, J. (2012). La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales N°49, VOL. 35., Sattelzeit, temporalidad e historia. *Revista politeia.* Caracas, Venezuela: Instituto de Estudios Políticos.
- Boix, I. (1841). *Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias. Mandadas imprimir y publicas por la magestad católica del rey Don Carlos II.* Madrid, España: Boix.
- Borchart de Moreno, C. & Moreno, S. (1995). Las Reformas Borbónicas en la Audiencia de Quito. *Anuario Colombiano de Historia. Social y cultura, N.º 22.* Colombia.
- Borchart de Moreno, C. (1998). *La Audiencia de Quito. Aspectos económicos y sociales (siglos XVI-XVIII).* Quito: Banco Central del Ecuador y Editorial Abya-Yala.

- Bravo, B. (1991). *El absolutismo ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión judicial a la visión administrativa del gobierno con motivo de un bicentenario* (pp.11-34). Academia chilena de la Historia. Universidad de Chile.
- Bustos, G. (2008). Época colonial. Tercer periodo. *La redefinición del orden colonial*. En Ayala, E. (2008). (Ed.). I Manual de Historia del Ecuador. I Épocas aborigen y colonial, Independencia. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Castro, S. (2005). *La hybris del punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Dañaiturria, A. (2007). *Muertes violentas en la capital de la Monarquía. Siglo XVIII*. Madrid, España: ICADE-Universidad Pontificia de Comillas.
- Dougnac, A. (1994). *Manual de Historia del Derecho Indiano*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Du Boys, A. (1872). *Historia del Derecho Penal de España*. Tomo I y II. Madrid, España: Imprenta de José María Pérez.
- García, J. y Pérez, D. (2017). *De Altamira y Levene a Tau Anzoátegui (pasando por García-Gallo). Tres aproximaciones al derecho indiano* (pp.195-212). Revista de Estudios Históricos-Jurídicos. Valparaíso-Chile.
- Garrido, M. (2001). *América y España en el concierto de las naciones*. En Garrido, M. (2001). (Ed.). Historia de América Andina. El sistema colonial tardío. (Vol. 3). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Guzmán, F. (1978). *Cesare Beccaria y el derecho penal*. Santiago de los Caballeros, República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra.
- Hernández, O. (2016). *La justicia criminal novohispana. Entre la culpa del delincuente y la misericordia del juez*. En Machado, G., Hernández, O., Rodríguez, B. y Di Chiara, F. (2016). *El derecho penal en la edad moderna*. Madrid, España: Dykinson.
- Hering, M. (2011). *Color, pureza, raza: la calidad de los sujetos coloniales*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Herzog, T., T. (1995a). *La administración como un fenómeno social: La justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



- Herzog, T., T. (1995b). Naturaleza, legitimidad y estructura de la familia colonial (Quito, XVII y XVIII). *Revista Mar Oceana, N°2*. Madrid, España. pp. 231-241.
- Herzog, T., T. (2000). *Ritos de control, prácticas de negociación: pesquisas, visitas y residencias y las relaciones entre Quito y Madrid*. Madrid, España: Fundación Ignacio Larramendi
- Kantorowicz, E. (2012). *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Madrid, España: Ediciones Akal, S.A.
- Lardizábal, M. (2003). *Discurso sobre las penas. Contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid, España: Biblioteca Virtual Universal.
- Le Goff, J. (2016). *¿Realmente es necesario cortar la historia en rebanadas?* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- León, C. (1997). *La primera alianza. El matrimonio criollo (honor y violencia conyugal) Cuenca 1750-1800*. Quito, Ecuador: Nueva Editorial.
- Lynch, J. (1999). *La España del siglo XVIII*. Barcelona, España: Crítica.
- Maldonado, A. (1997). *Ánalisis jurídico social del sistema colonial y su proyección al sistema republicano 1780-1879*. Tesis de pregrado. Cuenca, Ecuador.
- Mantecón, T. (2008). “La ley de la calle” y la justicia en la Castilla Moderna. *Departamento de Historia Moderna y Contemporánea*. Cantabria. pp. 165-189.
- Mantecón, T. (2010). *Formas de disciplinamiento social, perspectivas históricas N°2*, volumen 14 (pp. 263-265). Revista de Historia Social y de Mentalidades. Departamento de Historia de la Universidad de Chile.
- Mantecón, T. (2015). Uso de la justicia y arbitraje de los conflictos en el Antiguo régimen: Experiencias en la monarquía hispánica. *Revista de Historia Social. Vol. 19. N.º 2*. Chile: Departamento de Historia de la Universidad de Chile. pp. 209-235.
- Masferrer, A. (2017). La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo LXXXVII. España.
- Morse, R. (1999). *El espejo de Próspero. Un estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*. Madrid, España: Siglo Veintiuno Editores, S.A.



- Pradilla, F. (1621). *Suma de todas las leyes penales, canónicas, civiles, y de estos reinos, de mucha vitalidad, y provecho, no solo para los naturales de ellos, pero para todos en general.* Madrid, España: Imprenta de la viuda de Cosme Delgado.
- Salinas, R. (2001). *Población, poblamiento y mestizaje. Una aproximación al último siglo colonial.* En Garrido, M. (2001). (Ed.). Historia de América Andina. El sistema colonial tardío. (Vol. 3). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Terán, R. (2001). *La iglesia en los Andes en el siglo XVIII.* En Garrido, M. (2001). (Ed.). Historia de América Andina. El sistema colonial tardío. (Vol. 3). Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Traslosheros, J. (2004). El pecado y el delito. Notas para el estudio de la justicia criminal eclesiástica en la Nueva España del siglo XVII. Nº58. *Sección artículos de investigación.* México D.F., México.
- Twinam, A. (2009). *Vidas públicas, secretos privados. Género, honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Vela, M. (2000). *De las instituciones penales y los juicios criminales en la Colonia Neogranadina (1718-1810).* Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana.
- Villalobos, H. (1672). *Suma de la Teología Moral y Canónica.* Madrid, España: Imprenta de Bernardo de Villa.
- Zanatta, L. (2012). *Historia de América Latina. De las Colonia al siglo XXI.* Buenos Aires: Editores Siglo XXI.

REFERENCIAS DOCUMENTALES

- Archivo Nacional de Historia sede Cuenca AHN/C
Fondo: Juicios civiles y criminales
Nº: 97.236-1954; 97.148-1757; 98.802-1762; 97.375-1775; 93.990-1779; 94. 020-1779; 98.186-1984.