PUBLICACIONES DE LA CÁTEDRA Y BECARIOS DE LA «FUNDACIÓN CARTAGENA»

El Derecho Penal en las Altas Culturas de la América Precolombina

(*Continuación.*)

§ 5.

El estudio comparado que presentamos a continuación acerca de las infracciones del Derecho consideradas punibles en las diferentes regiones culturales de la América antigua y de su sanción, parte de los bienes jurídicos protegidos. Clasificaremos el conjunto de las reglas jurídicas allí existentes, en delitos contra el Estado y sus instituciones, por una parte, y en delitos contra el individuo y contra el orden social por otra.

I

a)

Dentro del primer grupo de hechos delictivos ocupan un lugar preponderante las ofensas a la persona de los soberanos, en armonía con los impulsos dinásticos de la primitiva cultura feudal. En el imperio incaico, el atentado contra el soberano, su mujer principal y el heredero primogénito se castigaba con una pena calificada de ejemplar; el autor fué muerto por arrastramiento o

disparos de flechas, se descuartizó su cadáver —piénsese en la concepción de la "vida material post mortem"—, se arrasó su casa, y sus parientes, hasta la cuarta generación, que respondían solidariamente, fueron reducidos a la esclavitud (Anónimo, pág. 202). También se penaban los actos mágicos dirigidos contra el bienestar del soberano (Castro, pág. 211; Santillán, § 10).

En otras partes, la situación privilegiada de los reyes, similar a la de un dios, engendró la prohibición de mirarles la cara. Sabemos que esta prohibición está relacionada con el origen del poder real en el cacicazgo mágico, ya que se consideraba nefasto que las fuerzas mágicas se transmitiesen al mortal común. Entre los chibchas encontramos todavía en pleno vigor esta concepción (Anónimo, pág. 213; Castellanos, pág. 35; Oviedo, II, pág. 390); Simón (pág. 251) hace una descripción muy ilustrativa de cómo la infracción de esta norma prohibitiva tenía por consecuencia la proscripción del autor, obligándose en cierto sentido a los ladrones reincidentes a que mirasen la cara del soberano para que fueran expulsados de la comunidad (véase adelante). La existencia de una prohibición análoga en Méjico es para nosotros una indicación importante de que también en este país tenemos que buscar el origen del poder real en la magia. Aquí, sin embargo, donde se había desenvuelto un pensamiento racional en un sentido más estrecho, el hecho aludido ya se había desvanecido en el tipo formal de lesa majestad y ya no regía tampoco para los dignatarios de categoría más alta; de todas maneras, Tezozomoc (pág. 76) nos indica que "Motecuczuma tenía tan en cuenta de ser estimado de la gente común, que quando salía a vista si alguno alzaba los ojos a mirarle, no le costaba menos que la vida" y Acosta (VII, 22) menciona su castigo con la muerte, faltando la referencia de esta pena en las demás fuentes (Díaz, II, págs. 74 y 76; Motolinia, Ritos, cap. 7, pág. 512; Las Casas, *Hist. Apol.*, K A M, VIII, pág. 250; Mendieta, II, cap. 36; Gómara, pág. 340). En el imperio de los incas faltaba, por lo visto, una prohibición análoga; en

cambio, aquí regía la norma de que sólo se podía acercar al soberano con una carga simbólica sobre los hombros, p. ej., según Cieza (II, 10): "ninguno hablaba con el rey, aunque más su hermano fuese, que primero no pusiese en su cerviz carga liviana y fuese descalzo".

Con la raigambre del poder real en el poder divino armonizaba también el hecho de que se protegían de abusos los símbolos externos del poder soberano. Por eso al individuo que se pusiera insignias reservadas a los señores de Tenochtitlan, Tezcoco y Tlacopán se le castigaba con la muerte por aplastamiento de la cabeza con mazas y con la confiscación de sus bienes (*Libro de Oro,* II, capítulos 3, 4; Ixtlilxochitl, cap. 38; Torquemada, XII, cap. 6; Clavigero, I, pág. 484; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13), y, según Ixtlilxochitl (cap. 38), también con la sección de una pierna, lo que no carece de cierta alusión simbólica. De los centros culturales de América del Sur conocemos una norma parecida que reserva tanto al Inca (Las Casas, pág. 178) como a los reyes chibchas (Castellanos, pág. 38; Piedrahita, pág. 46; Simón, página 253) el uso de una litera como símbolo del poder soberano.

También el adulterio cometido con una mujer del soberano, incluso con una de las secundarias, constituye, dentro de la mentalidad indicada, una intrusión en la esfera de superioridad mágica no accesible al hombre común. El despedazamiento del autor, combinado con el arrasamiento de su casa extinguió, según el derecho de Tezcoco, la existencia del intruso atrevido, tanto en la vida terrenal como en la post-terrenal (Ordre de sucession, págs. 226-7). No conocemos la forma de la ejecución practicada por los incas (Castro, págs. 211 y 214; Cieza, II, 16, 61; Santillán, § 13). Entre los chibchas, además del empalamiento usual se dejaba sin enterrar el cadáver del ejecutado y tampoco se le dieron las ofrendas funerarias usuales (Simón, pág. 254); el mismo autor (pág. 223) nos refiere cómo un rey de Guatavita se vengó de una manera simbólica de una de sus mujeres que le fué infiel; el autor, una vez que había sufrido

"aquel cruel tormento de muerte que usaban en tales casos, como era empalarlos, habiéndole primero hecho cortar las partes de la punidad, con las quales quiso castigar a la muger, sin darle otro castigo que dárselas a comer guisadas en los comistrages que ellos usaban".

Penas draconianas aguardaban al reo de alta traición que hubiese intentado arrancar el poder gubernativo a uno de los soberanos. En Méjico se combinaban la pena de muerte por despedazamiento lento, el arrasamiento de la casa y la confiscación de bienes con la reducción a la esclavitud de los parientes, es decir, de los descendientes hasta el 4.° ó 5.° grado, además de otras personas que hubiesen tenido conocimiento del delito sin haber intervenido en el mismo como coautores (Nezahualcoyotl, Veytía, 2; Anónimo, pág. 78; Ordre de succession, págs. 226-7; Motolinia, cap. 16, págs. 308-9; cap. 20, pág. 320; Mendieta, II, cap. 29; Gómara, pág. 442; Pomar, pág. 32; Ixtlilxochitl, cap. 38; Clavigero, I, pág. 484). En caso de que el autor fuera uno de los caciques sometidos, fué muerto a golpes de maza, según Ixtlilxochitl (cap. 38); instituyeron a un hermano suyo como sucesor siempre que no hubiese participado en forma alguna del crimen; los hijos, si bien no fueron castigados, se excluyeron de la sucesión hereditaria y se emplearon únicamente como órganos administrativos (Mendieta, II, cap. 37). Más exiguos son nuestros conocimientos de la persecución de delitos de alta traición en el imperio incaico; puesto que en la mayoría de los delincuentes, aunque, quizá, se trate de gentes pertenecientes a la nobleza terrateniente, tenemos también aquí noticias de la confiscación de los bienes feudales, además de las penas personales (Cieza, II, 26, 61; Garcilaso, VI, 36). La promoción de un tumulto, que en muchos casos tal vez pudiera estar relacionada con intenciones de alta traición, se castigaba entre los aztecas con la muerte (Clavigero, I, pág. 484); masas populares rebeldes —piénsese en el ejemplo de Tlaltelolco— fueron degradadas a la situación jurídica de los sometidos, extraños a la tribu (Durán, cap. 34, pág. 269).

En el imperio de los incas estaba prohibido a los esclavos insurrectos e incluso a tribus enteras llevar armas (Las Casas, pág. 180), y la vida de los caudillos rebeldes se hizo defender de una ordalía, según Cieza (II, 10, 23).

En el mismo plano mental de la alta traición está la persecución del espionaje en Méjico. El que se hiciese culpable de un acto de espionaje dentro del territorio de la triple unión se jugaba la vida, ejecutándose la pena por ahorcadura, decapitación o despedazamiento (Motolinia, cap. 12, pág. 296; Ixtlilxochitl, Relaciones, K A M, IX, pág. 406; Ordre de succession, pág. 226). Al que diese albergue a un espía se consideraba como coautor (Sahagún, VIII, cap. 27, pág. 531), aceptándose la simple estancia de individuos extraños a la tribu como indicio de su intención de espiar.

Es imposible justipreciar la concepción del poder público en las altas culturas americanas si no se tiene en cuenta su estrecha relación con la vida religiosa. Ideas mágicas intervienen aquí en todas partes; de la creencia de que personas revestidas de fuerzas invisibles pudieran perjudicar mágicamente el bienestar de la comunidad, surgió en Méjico la costumbre de sacrificar a tales individuos en los altares de los dioses (*Libro de Oro*, II, cap. 1, 1). Se temía que una transgresión de la integridad religiosa y de la conducta prescrita en esta esfera pudiera perjudicar la vida social, convicción que encontramos en algunas costumbres jurídicas.

El dato referido por Durán (cap. 98, pág. 222) de que el hurto de bienes adscritos al culto en los templos se castigaba en Méjico con la estrangulación del autor, arrojándose después su cadáver al agua, está, sin embargo, en contradicción con el hecho que conoce Motolinia, fuente más fidedigna para nosotros (cap. 16, página 309; también Mendieta, II, cap. 29), diciendo que en este caso sólo se aplicaba la pena usual de la reducción a la esclavitud, mientras que la pena de estrangulación sólo se imponía a los reincidentes.

Fuente de peligros para el bienestar público la consti-

tuía la conducta de los jóvenes y vírgenes que vivían dentro del recinto de los templos, cuya continencia sexual estaba en relación con el acumulo de fuerzas mágicas y por ello también con el bienestar común. La violación de la castidad se penaba en todo caso con la muerte (García, pág. 65; Motolinia, cap. 3, pág. 250; Gómara, pág. 438; Mendieta, II, cap. 18; Clavigero, I, páginas 486-7; Acosta, V, 15), pretendiendo Durán (cap. 98, pág. 222) saber algo de una ejecución por empalamiento. La tentativa se equiparaba al delito consumado; también el simple acto de entrar en los calmecac se penaba con la muerte, castigándose no sólo al intruso, sino también a la virgen que le hubiese franqueado el paso (Motolinia, cap. 3, pág. 251; Zurita, pág. 113). Entre los incas peruanos no era menos severa la concepción que se tenía de la castidad de las vírgenes que servían en los templos; la impudicia cometida por las aillacuna, así como por la mama-cuna, a la que incumbían obligaciones de vigilancia o inspección, se castigaba también aquí con la muerte (Acosta, V, 15; Anónimo, pág. 195; Castro, págs. 211, 214; Cieza, II, 61; Cobo, XII, 26; Garcilaso, VI, 36; Santillán, § 13) por ahorcamiento, según Cobo, o por enterramiento del cuerpo vivo, según Costa, informándonos Castro, respecto de esta última manera de ejecución, que el castigo se extendía a toda la "parentela" del delincuente.

Con igual rigor que entre las vírgenes adscritas a la esfera religiosa fué la característica actitud moral de los sacerdotes por partir del supuesto de su influencia mágica en el bienestar social. Entre los chibchas, basándose en la idea de que los sacerdotes perdían, por actos sexuales, sus fuerzas adquiridas mediante la castidad y el ayuno, la incontinencia de aquéllos acarreaba necesariamente la destitución de su cargo (Castellanos, página 45; Piedrahita, pág. 20). En Méjico, la misma idea fundamental tenía por consecuencia que los sacerdotes incontinentes fuesen separados de su cargo, desterrándolos y confiscándose sus bienes (Torquemada, XII, capítulo 4; Clavigero, I, pág. 486; Vetancourt, II, Trat.

III cap. 13). A juzgar por fuentes fidedignas se tenía incluso por necesaria —tal vez con variaciones regionales— la extinción completa del indigno para preservar a la comunidad de posibles daños: por eso los sacerdotes impúdicos fueron apaleados hasta morir, quemándose luego su cadáver y arrasándose su casa (Libro de Oro, I, 23; Nezahualcoyotl, 10; Nezahualcoyotl, Veytía, 14; Clavigero, I, pág. 383), así como también la sodomía, practicada no raras veces entre los sacerdotes como amor pederasta, trajo consigo, naturalmente, el exterminio de su persona, concebible como defensa de una desgracia mágica, mediante el ahorcamiento, ahogamiento en agua o quema (Libro de Oro, II, cap. 2, 11; Torquemada, XII, cap. 4; Clavigero, I, pág. 486; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). Igualmente era incompatible con la conservación de su fuerza mágica el que los sacerdotes perdiesen los sentidos embriagándose: la muerte a golpes de maza fué la consecuencia de su incapacidad para dominarse (Libro de Oro, I, 19; Nezahualcoyotl, 10).

Mientras que la vida sacerdotal estaba íntimamente ligada con la esfera religiosa y mágica del pensamiento, encontramos una mentalidad más moderna, vinculada a los fines reales del Estado conquistador de la cultura feudal, en otro grupo de delitos que tienen como punto de vista común la integridad de la administración estatal.

b)

En cuanto a algunas de las normas transmitidas a nosotros queda, sin embargo, incierto si con la conducta reprobada se combinaba una penalidad determinada. En el imperio incaico (Garcilaso, II, 13), la omisión de la obligación a emitir los informes debidamente, tal vez acarrease solamente la separación del cargo, si bien nos comunican otras fuentes de que la emisión de informes falsos por parte de los funcionarios encargados de los censos fué castigada con la muerte (Las Casas, página 213). Los curacas, es decir, los caciques indígenas,

que cuidaban mal de sus súbditos mermando la buena voluntad y capacidad de los "tributarios" para pagar los impuestos, fueron destituídos de sus cargos (Anónimo, pág. 204; Garcilaso, II, 12); en cambio, nada sabemos de la penalidad de la inspección deficiente en los tampu, casas que en los caminos militares se destinaban a fines de provisión y alojamiento (Cobo, XII, 26). También la usurpación de funciones propias de un cargo más elevado era un delito especial "corporativo-profesional" que se aplicaba con preferencia a los titulares de cargos públicos. Respecto a este particular sabemos que en Méjico la usurpación de funciones propias del Cihuacohuatl, el más alto funcionario administrativo y judicial, se castigaba con la muerte, confiscación de los bienes del delincuente y la reducción a la esclavitud de sus padres y descendientes hasta la cuarta generación (Las Casas, *Hist. Apol.*, K A M, VII, pág. 252; Torquemada, XI, 25; Clavigero, I, págs. 481, 484), pena cuya gravedad nos permite sacar una conclusión referente a la verdadera relación entre el "rey" y el Cihuacohuatl.

En Méjico, el que simulaba ser enviado de los poderes centrales, fué ahorcado (Libro de Oro, II, cap. 1, 5). A la conservación de la estructura social servía la pretensión de no dejar salirse al individuo de su grupo social: el que usurpase traje de noble o se construyese, sin título, un palacio —para lo que se requería, aparte del permiso real, haber tomado parte en cuatro batallas y haber hecho prisioneros a más de cuatro guerreros— fué lapidado (Tezozomac, cap. 36; Durán, cap. 26, pág. 215; Ixtlilxochitl, cap. 67); incluso la entrada en el palacio de un noble estaba prohibida al hombre común (Relación del Origen, pág. 76). También entre los chibchas se castigaba al que llevase adornos reservados a los nobles (Castellanos, págs. 38, 118; Simón, pág. 253; Piedrahita, pág. 46: "Limitó los vestidos y joyas a la gente común para formar jerarquías entre sus vasallos; y a los Vzaques (caciques sometidos, Tr.) concedió privilegio para horadar las orejas, y narizes, y poner pendientes

dellas las joyas que quisiesen"). Según Simón (página 253), en el estado de Bogotá la caza mayor era un privilegio de la nobleza. Las diferenciaciones dentro del orden social las refleja de un modo muy ilustrativo el hecho de que los límites entre las clases sociales que por los autores sabemos existían en Méjico y Colombia, tienen un paralelo en una serie de normas peruanas que tienden a la conservación del "statu quo" respecto a la incorporación de la gran masa de libres comunes a las corporaciones horizontales. A este fin de no perder el dominio territorial servía la prohibición severa de cambiar los trajes de la tribu (Acosta, VI, 16; Cobo, XII, 24, 26) y la prohibición, no menos severa, de cambiar de residencia sin permiso de los superiores (Cobo, XII, 24; Garcilaso, IV, 8; Santillán, §§ 13, 82, según el cual la infracción se castigaba incluso con la pena de muerte), precepto que regía especialmente en las colonias-plantaciones de los mitimac-cuna con la supuesta regla (Cobo, XII, 26) de que el abandono de la vivienda fijada fuese castigado con el suplicio y la reincidencia incluso con la muerte. Hacia el mismo fin de un dominio territorial, que se perseguía con miras a un fácil control y a cierta continuidad de la administración, se orientaba el grave castigo que se imponía al que cambiase o separase las piedras de demarcación: en Méjico directamente con la muerte (Nezahualcoyotl, 8; Libro de Oro, II, cap. 3; Clavigero, I, pág. 484; Vetancourt, II, Trat. III, capítulo 13; Torquemada, XII, cap. 7), mientras que en el imperio incaico se apaleaba al malhechor, imponiéndole la pena de muerte tan sólo al reincidente (Cobo, XII, 26). Por considerarlo incompatible con la buena marcha de la administración, estaba prohibida la tenencia de armas dentro de la ciudad de Méjico (Herrera, 2, VII, 11; Gómara, pág. 345). La desobediencia de las disposiciones de los curaca-cuna se castigaba en el Perú según la gravedad del caso: en los casos graves con la muerte (Santillán, § 13) y en los menos graves —salvo en los de reincidencia— procedían los curacas arbitra-

riamente, imponiendo, p. ej., castigos de azotes (Cobo, XII, 26).

Entre las normas protectoras de la administración estatal se destacan grupos de preceptos penales orientados por las funciones del poder público en las culturas feudales primitivas: son mandamientos y prohibiciones relativas a la administración de las contribuciones, la organización militar y la administración de justicia.

c)

En cuanto a la esfera "fiscal" nos abandonan las fuentes en lo que se refiere a la cultura chibcha; pero es muy singular la recaudación de los tributos tan ilustrativa de la marcha administrativa en un feudalismo bárbaro: "Quando algún indio retardaba la paga del tributo que le debía al cacique, le enviaba con un criado suyo un gato, león o oso, que criaban en sus casas para este efecto. Amarrábanlo a la puerta de la casa del deudor, estando el que lo llevaba con él, a quien estaba el deudor obligado a mantener con mucho regalo, y darle cada día que se detuviesse allí una manta de algodón, y darle a comer al animal tórtolas, curies o pajarillos. Si alguno no criaba de estos gatos, que eran monteses y bien diferentes de los nuestros, para apremiar a que se le pagara el tributo, usaban de otro modo, y era que en enviando a cobrarlo, si no pagaban en los días que daban de espera, entraba el cobrador a sus casas, y apagábales con agua la lumbre, y no se había de volver a encender hasta que pagasen, con que procuraban los deudores fuese con brevedad, por la falta que les hacía el fuego" (Simón, pág. 252). Es también interesante que del "derecho tributario penal" se han conservado muchas más reglamentaciones del imperio incaico —con la nota de un feudalismo explotador, propia de aquél en un sentido más original—, mientras que en el campo del "derecho penal militar" y de las garantías de la justicia misma preponderan las noticias relativas a la triple unión azteca.

No obstante, se vigilaba también en Méjico a los

recaudadores de tributos. No solamente se castigaba la falsificación de las liquidaciones con la administración central, con la muerte, confiscación de bienes y reducción a la esclavitud de los parientes, por disfrutar igualmente de los bienes malversados (Sahagún, VIII, cap. 19; Gómara, pág. 346; Herrera, 2, VII, 13), sino que también las imposiciones excesivas acarreaban la pena de muerte, por lo menos en Tezcoco (Ixtlilxochitl, cap. 30). En cuanto al Perú ya hemos señalado que los "contadores" —a los que incumbía también la estadística tributaria— pagaban con la muerte la falsificación de cuentas (Las Casas, pág. 213), mientras que se castigaba con azotes a los caciques indígenas que escondiesen a los indios con motivo de los censos populares para calcular la distribución de las cargas tributarias: "el castigo que este lunaquipo daba al que escondía indio o hijo o hija, era ciertos golpes con una porra en las espaldas a su albedrío" (Castro, pág. 213). Precisamente Castro y Morejón, gracias a sus impresiones obtenidas en el valle de Chibcha, donde el dominio incaico fué de fecha todavía muy reciente, pueden informarnos bien de los mandamientos y prohibiciones emanadas del poder central; según ellos, se castigaba, p. ej., al albedrío de los funcionarios inspectores: la omisión de laborar a tiempo la tierra tributaria (Castro, pág. 214), defraudaciones de objetos tributarios (Castro, págs. 211 y 214) y la malversación de tributos durante el transporte (*loc. cit.* y Santillán, § 13). Estaba prohibido el abandono arbitrario de un cargo —como, p. ej., en los tampu— (Santillán, § 10) y se obligaba a los pueblos situados cerca del camino militar a abastecer a los guerreros transeúntes (Cieza, II, 23). A todo esto podemos añadir la única norma trasmitida de la triple unión azteca que pone al tributario moroso un plazo, vencido el cual fué vendido como esclavo, pagándose así en cierto modo el impuesto retrasado con el precio de venta obtenido (Gómara, pág. 346; Oviedo, III, págs. 502, 536; Herrera, 2, VII, 13).

Tales delitos tributarios inmediatos tienen un pa-

ralelo en la lucha contra los perjuicios económicos mediatos desde el punto de vista de elevar la capacidad contributiva. En este sentido hemos de interpretar la prohibición, en el Perú, de matar las hembras del ganado (Acosta, VI, 15; Cieza, II, 16; Cobo, XII, 29; Ondegardo, pág. 55), mientras que en Méjico se castigaba incluso con la muerte la cosecha del maíz antes de su completa maduración (Libro de Oro, I, 14). Con un rigor especial se combatía en el imperio de los incas la vagancia, y el eludir trabajos personales, delitos que podían penarse hasta con la muerte (Garcilaso, II, 12; Ondegardo, pág. 27; Santillán, §§ 12 y 13). Contra la embriaguez luchaba el poder central, tanto en Méjico como en el Perú. Según las descripciones de Pedro Pizarro (págs. 277-8) no cabe, sin embargo, dudar de que la embriaguez —exceptuando las fiestas públicas— sólo era imputable a los libres comunes, pero no a los nobles; al hombre común se castigaba con penas más leves, a libre albedrío de los superiores; al reincidente, empero, aguardaban trabajos forzados en las minas (Anónimo, págs. 200-1). La punición más grave de la embriaguez, en México, graduada según la edad, sexo y categoría, permite la sospecha de que no sólo se tratase de una máxima administrativa racional, sino más bien de una postura defensiva relacionada de alguna manera con la idea de un daño mágico consecutivo a la embriaguez. Probablemente fué el fundamento ideal en que más tarde se podía apoyar una concepción más racional de cuya existencia no se puede dudar, ya tan sólo porque a los ancianos inútiles para la guerra e incapaces para pagar tributos (según Libro de Oro, II, A, 5, a partir de los 50 años; según Clavigero, I, pág. 488, a partir de los 70) no se les podía imputar la embriaguez (Pomar, pág. 33). Por otra parte, se velaba con especial rigor la abstinencia de la generación joven: Los jóvenes expiaban la embriaguez con la muerte por azotes o ahorcadura (Nezahualcoyotl, 11; Sahagún, III, ap., cap. 6; Sahagún-Soler, págs. 345-6; Clavigero, I, pág. 488; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). Las mu-

jeres fueron lapidadas (Clavigero, I, pág. 488; Vetancourt, *loc. cit.*), los hombres adultos, empero —en la edad comprendida entre la adolescencia y la vejez—, sufrían el castigo infamante del corte de pelo y el arrasamiento de su casa en Tezcoco, según Vetancourt, *loc. cit.;* también reducción temporal a la esclavitud), y solamente se ahorcaba al reincidente (Gómara, pág. 441; Motolinia, cap. 18, págs. 314-5; Ixtlilxochitl, cap. 38; Zurita, página 115). Pero todo esto sólo regía para los libres comunes. En cuanto a los nobles con cargo oficial, se castigaba a los adultos con las penas infamantes antes citadas y además con la destitución del cargo (Nezahualcoyotl, 12; Vetancourt, *loc. cit.*), mientras que los nobles jóvenes eran castigados igualmente con la muerte, pero por estrangulación secreta (Ixtlilxochitl, cap. 38; Sahagún, III, ap., cap. 6; Sahagún-Soler, págs. 345-6), añadiéndose en Tezcoco, según Vetancourt (*loc. cit.*), el ahogamiento del cadáver.

Finalmente, hemos de recordar una serie de prohibiciones que se pueden conceptuar como emanaciones del "socialismo estatal" incaico orientado por las clases sociales y principios fiscales: la prohibición de cazar vicuñas (Acosta, IV, 40) y hembras de otros animales (Acosta, VI, 15; Ondegardo, pág. 55), la de tomar coca (Acosta, IV, 22) y la de exportar oro y plata de Cuzco (Cieza, II, 14), restricciones todas que representaban al mismo tiempo una protección de los privilegios de la nobleza, sin que existiese, por lo visto, una penalidad bien delimitada.

d)

Mientras que las infracciones al Derecho contrarias a los intereses económicos del poder central alcanzaron un desarrollo mucho más rico en el estado incaico, en otros campos del Derecho, por ej., en el Derecho penal militar, correspondía a la triple unión mejicana un papel predominante.

También en el Perú incaico se castigaba, desde luego, la traición militar con gran rigor, igual que la alta

traición: muerte por arrastramiento del cuerpo o a disparos de flechas, descuartizamiento del cadáver, arrasamiento de la casa y reducción de los descendientes (hasta la cuarta generación) a la categoría de los yanacuna, eran las penas que aguardaban al traidor, que podía librarse, empero, del castigo por "arrepentimiento eficaz" oportuno (Anónimo, pág. 202: "mas si estos (traidores) antes de darse la batalla se arrepintiesen y pidiesen perdón y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no padezca nada"). La punición de la traición militar en Méjico concuerda de un modo chocante con aquellas costumbres penales, y también aquí tendía a exterminar al autor en ésta y la otra vida: al descuartizamiento practicado en el Perú correspondía en Anahuac el despedazamiento paulatino ("haciéndolo pedazos miembro a miembro, comenzando por los labios, narices y orejas", Mendieta, *loc. cit.*); también aquí la "pena capital" llevaba aparejada la confiscación de bienes y reducción a la esclavitud de determinados parientes (Libro de Oro, II, cap. 3, 5; Motolinia, cap. 12, pág. 296; Gómara, pág. 442; Mendieta, II, cap. 26; Torquemada, cap. 6; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). Como traidor militar se consideraba al que diera albergue a enemigos, hecho penado, por lo tanto, igualmente con muerte por despedazamiento y con la confiscación de bienes (Nezahualcoyotl, 5; Nezahualcoyotl, Veytía, 8; Sahagún, VIII, cap. 27). En período de paz y, particularmente, en tiempos de guerra, se castigaba con la muerte el uso indebido de símbolos propios de los tres soberanos o de otros caudillos superiores (Motolinia, cap. 13, pág. 300; Mendieta, II, cap. 27; Gómara, pág. 443).

Cobardía ante el enemigo acarreaba en los países chibchas una curiosa pena infamante que obligaba al guerrero cobarde a llevar, simbólicamente, durante determinado tiempo, vestimenta de mujer y a efectuar labores propias del otro sexo (Simón, pág. 253; Piedrahita, pág. 46; Castellanos, pág. 38):

"Mandó que quien mostrase cobardía

en guerra, por afrenta lo vistiesen
con ropas de mujer, y que con ellas
usase de los mismos ministerios
que suelen ser anejos a las hembras,
por aquel tiempo que su Rey quisiese."

Según las mismas fuentes, la deserción se castigaba con "muerte infamante". La pena capital también aguardaba al desertor en el imperio de los incas (Garcilaso, II, 14); en Méjico se ejecutaba —ya en los casos de cobardía— por decapitación (Nezahualcoyotl, Veytía, 3; Clavigero, I, pág. 484; Ixtlilxochitl, cap. 38). La pena militar de la decapitación se imponía también al que mostrase desobediencia ante el enemigo, por ej., al que se rindiese antes de recibir la orden oportuna o al que abandonase la tropa arbitrariamente (Libro de Oro, II, cap. 3, 1; Nezahualcoyotl, Veytía, 4; Torquemada, XII, cap. 6; Clavigero, I, pág. 484; Ixtlilxochitl, capítulo 38; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). En contraposición a los soldados comunes, que eran elogiados, los nobles evadidos de la prisión enemiga eran decapitados, en atención a puntos de vista de la cobardía, porque se habían sustraído a la obligación usual de batirse en duelo con cuatro guerreros enemigos: "al noble vasallo del imperio, que habiendo sido cautivado huyese de la prisión y se volviese a su país, pena de muerte, degollado; pero si no venía fugitivo, sino libre, por haber lidiado y vencido allá a algunos soldados o capitanes, fuera recibido con mucho honor, y premiado (Nezahualcoyotl, Veytía, 7; Motolinia, cap. 13, págs. 299-300; Mendieta, II, cap. 27; Ixtlilxochitl, cap. 38). Conforme a la idea de que los prisioneros de guerra estaban sujetos al dominio divino, no pudiéndose disponer de ellos sino por sacrificio, se ahorcaba al que soltase a un cautivo, lo dejase a otro soldado o lo quitase a otro: "quien soltaba o daba a otro el cautivo que prendía en batalla, moría por justicia, por ser ley que cada uno sacrificase sus prisioneros; el que hurtaba o quitaba por fuerza algún preso en guerra, moría también, porque robaban cosa sagra-

da" (Gómara, pág. 443; Nezahualcoyotl, Veytía, 5; Motolinia, cap. 13, pág. 299; Mendieta, II, cap. 27; Ixtlilxochitl, cap. 38; Clavigero, I, pág. 489; Torquemada, XII, cap. 6). El hurto de cosas pertenecientes al botín de guerra se castigaba más gravemente que el hurto común, ahorcándose al ladrón (Libro de Oro, II, cap. 3, 3; Clavigero, I, pág. 488; Ixtlilxochitl, cap. 38; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). Finalmente, Cieza (II, 23, cf. 56) comunica del imperio de los incas que allí se velaba rigurosamente porque las tropas transeúntes no molestaran a la población civil que estaba obligada a su aprovisionamiento: "Los soldados y capitanes, ni los hijos de los mismos Incas, eran osados a les hacer ningún mal tratamiento, ni robo, ni insulto, ni forzaban a muger ninguna, ni les tomaban una sola mazorca de maíz; y si salían deste mandamiento y ley de los Incas, luego les daban pena de muerte".

e)

Un último grupo de costumbres jurídicas que se relacionan con la administración del poder central tendía a conservar la integridad de la administración de justicia organizada conforme a los principios del Estado feudal.

Desde este punto de vista se castigaban, por ej., rigurosamente las declaraciones falsas ante las autoridades: en el imperio incaico se penaban con suplicios y a las mujeres se les cortó el pelo, imponiéndose la pena de muerte en los casos de reincidencia (Las Casas, página 212; Cobo, XII, 26); en Méjico recurrían a un castigo simbólico, cortando al delincuente los labios (Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Zurita, pág. 111; Las Casas, K A M, pág. 253). Acerca del hecho similar de la falsa acusación nos informa García (pág. 65) de un modo casuístico diciendo que en Méjico se castigó a una mujer "con grande rigor" porque había acusado a un hombre de haberla violado, sin tener pruebas de tal delito. Por otro lado, se castigaba al que omitiese denunciar un delito cometido efectivamente: en el Perú antiguo se castigaba la omisión con la misma pena que se

aplicaría al autor del delito respectivo, especialmente si el culpable desempeñaba un cargo oficial (Garcilaso, II, 12: "el que dejava de acusar el delito del súbdito hacía suyo el delito ageno"); de la triple unión azteca sabemos que, en el caso de alta traición, se reducía a esclavitud al que conociese el delito y no lo denunciase; "hacían esclavos a los parientes de aquel traidor en primer grado, así como hijo y hermanos, si supieron de la traición, y a todos los que la supieron y no la dijeron" (Motolinia, cap. 12, pág. 286; cap. 20, pág. 320; Mendieta, II, capítulo 26; Torquemada, XIV, cap. 16; Gómara, pág. 442; Clavigero, I, pág. 484). A esta categoría delictiva quisiéramos incorporar también la lesión del derecho de asilo, existente en Méjico: el que impidiese que un esclavo evadido alcanzara el palacio del soberano, que le prometía la libertad, era reducido a esclavitud, mientras que el fugitivo ganó la libertad a pesar de su detención —a no ser que el que le detenía fuera el mismo dueño del esclavo—; el que la conversión en esclavo se hacía en beneficio del Estado lo podemos deducir del hecho de que éste indemnizaba al antiguo dueño del libertado (Pomar, pág. 42; Motolinia, cap. 21, págs. 325-6; Gómara, pág. 442; Clavigero, I, pág. 490).

La buena marcha de la administración de justicia suponía ante todo una conducta intachable por parte de los jueces. Teniendo en cuenta el estado de la administración de justicia en estos sistemas feudales primitivos no nos puede extrañar que los casos de emisión deliberada de sentencias injustas —eventualmente también con informes falsos— fuesen relativamente frecuentes. Las fuentes mejicanas no nos ofrecen, sin embargo, un cuadro uniforme de la punición de estos casos: algunas admiten inmediatamente la pena de muerte (Torquemada, XII, cap. 7; Clavigero, I, pág. 484; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13, y, ante todo, Libro de Oro, II, A, 1: "tenían pena de muerte los jueces que hacían alguna relación falsa al Señor superior en algún pleito, y ansimismo los jueces que sentenciaban a alguno injustamente"); otros autores fidedignos nos informan de una amones-

tación al juez injusto, repetida una vez cuando era preciso, y de su destitución del cargo en caso de que reincidiese más veces (Motolinia, cap. 15, pág. 305; Mendieta, II, cap. 28; Las Casas, K A M, pág. 253; Torquemada, XI, cap. 26). Pomar (pág. 312) cita sólo los castigos de destitución del cargo, destierro o arresto casero, mientras que un caso especial comunicado de Tezcoco se castigó inmediatamente con la muerte, coincidiendo este dato con las fuentes a las cuales aludimos al principio (Ixtlilxochitl, cap. 38; Zurita, pág. 111; Las Casas, K A M, pág. 253). La divergencia de las fuentes refleja, probablemente, costumbres jurídicas regionales o graduadas según la gravedad del caso. Una diferenciación parecida, seguramente según la gravedad del delito, la encontramos en el cohecho de los jueces que no estaban vinculados necesariamente al delito de sentenciar injustamente. Aparte de que a veces se ponía a prueba la sobornabilidad de los jueces por medio de un "agente provocador" (Acosta, VII, 22; Clavigero, I, páginas 307-8), se procedía "de oficio" contra los jueces que se dejaban sobornar: en los casos más leves se amonestaba al culpable (Motolinia, cap. 15, pág. 305; Las Casas, K A M, pág. 253; Zurita, pág. 111; Mendieta, II, cap. 28; Torquemada, XI, cap. 26) o se le desterraba (Ixtlilxochitl, K A M, pág. 386), y sólo al reincidente se le destituía de su cargo cortándole además el pelo, castigo este último que se podía imponer también inmediatamente en los casos semigraves (Nezahualcoyotl, Veytía, 10; Zurita, pág. 111); los casos graves se castigaban inmediatamente con la muerte (Nezahualcoyotl, Veytía, 10; Motolinia, véase arriba; Las Casas, véase arriba; Mendieta, véase arriba; Ixtlilxochitl, cap. 38; Clavigero, I, pág. 484; Acosta, VII, 22). Frente a esta diferenciación que observamos en Méjico, nos muestran las fuentes peruanas un cuadro más sencillo, tal vez también menos auténtico: el delito de sentenciar injustamente se penaba con la destitución del cargo, y sólo en los casos graves se imponía la pena de muerte (Cobo, XII, 26), lo que, según el mismo autor, regía también

para el cohecho del juez, mientras que Garcilaso (VI, 36) comunica que en este caso último se imponía siempre la pena de muerte. En todo caso, parece que también en el imperio de los incas le preocupaba al gobierno central la sobornabilidad de los jueces; Castro y Morejón (pág. 215) dicen, refiriéndose a las tribus sometidas recientemente, que "a estos que venían a semejantes cargos siempre los curacas les daban ropa y otras cosas". No está en armonía con el tratamiento diferenciado del delito de sentenciar injustamente el que el simple retraso de las sentencias se castigase siempre con la pena de muerte (según Sahagún, VIII, cap. 15, págs. 521-2). Las dificultades con que tropezaban las intenciones de los poderes centrales en cuanto a la administración íntegra de la justicia por parte de los funcionarios locales, eran debidas, tal vez, a la imposibilidad, para el Estado, de dominar todo el territorio. En el mismo plano estaba el hecho de que el gobierno central incaico tenía que combatir, según Santillán (§ 58), las sentencias abusivas de los caciques que eran contrarias a la tendencia feudal orientada hacia la graduación del castigo según el grado de la culpa.

El intenso desarrollo de todas estas infracciones al Derecho de índole "jurídico-pública" era una emanación de aquella tendencia intimidadora que perseguía preferentemente el fin de proteger el orden feudal mismo. Los hechos que trataremos a continuación remontan, en cambio, a las remotas fases de la cultura baja, si bien la idea estatal más moderna los admitió en el sistema de medidas protectoras ejemplares con arreglo a su orientación hacia la protección de la vida individual y de la familia.

II

a)

La protección de los súbditos como tales y del orden social, en cuanto no se relacionara con el campo ad-

ministrativo propiamente dicho, alcanzaba por un lado la vida, la libertad y también, aunque en un grado menos pronunciado, la dignidad del individuo.

El delito más importante lo constituía en este aspecto el homicidio. Prescindiendo de penas cualificativas mayores o menores, de las cuales nos ocuparemos seguidamente, en todas las regiones estudiadas aquí era castigada la muerte de otro con la horca (en cuanto a Colombia: Anónimo, pág. 212; Castellanos, pág. 36; Herrera, 6, V, 6; Oviedo, II, pág. 402; Piedrahita, página 46; Simón, pág. 252; con referencia al Perú: Anónimo, pág. 201; Acosta, VI, 18; Las Casas, pág. 212; Castro, pág. 214; Santillán, § 25; Garcilaso, I, 21; IV, 19; VI, 36; en cuanto a Méjico: Nezahualcoyotl, 6; Motolinia, cap. 16, pág. 307; Mendieta, II, cap. 29; Clavigero, I, pág. 484; Ordre de succession, pág. 226; Veytía, III, pág. 226). Llama la atención el que el perdón del cónyuge o de un pariente carecía ya de valor jurídico entre los chibchas, mientras que en Méjico, según Durán (cap. 98, pág. 221), el perdón podía dar lugar, con ciertos requisitos, a la conmutación de la pena de muerte por la de reducción a esclavitud, cuando la viuda de la víctima tenía hijos.

El delito del homicidio era, empero, en muchos casos cualificado con agravantes o atenuantes. Con mayor penalidad era sancionado, por ej., en Méjico el envenenamiento: autores y cómplices (acaso los que proporcionasen el veneno) eran castigados con la muerte por azotes, según el Libro de Oro (I, 12; II, cap. 1, 4); en cambio, según Veytía (III, pág. 226), se castigaba también al envenenador con la pena común de la horca. El asesinato por magia se penaba con muerte y confiscación de bienes (Nezahualcoyotl, 15); en el imperio de los incas la ejecución del hechicero asesino y de toda su familia tenía lugar con toda publicidad, para máxima ejemplaridad (Las Casas, pág. 212; Cobo, XII, 26: "El que mataba con hechizos, tenía pena de muerte. Ejecutábase este castigo con gran publicidad, haciendo convocar los pueblos comarcanos para que se hallasen

al suplicio; y asimismo mataban a toda la gente de su casa y familia, porque se presumía que todos los della sabían aquel oficio"). En estos casos de asesinato se aumentaba la penalidad en consideración a los medios especialmente reprobados (veneno o hechicería), atendiendo en otros casos a la personalidad de la víctima. En el imperio de los incas, la muerte de padres, abuelos o hijos se castigaba con descuartizamiento (Anónimo, página 201; Garcilaso, VI, 36), el infanticidio en general con despeño o lapidación (Anónimo, pág. 201), y el asesinato del cónyuge —excepto en el caso de adulterio— con la horca y descuartizamiento del cadáver (Anónimo, pág. 201; Cobo, XII, 26). También al asesino de un curaca se le imponía la pena del descuartizamiento (Anónimo, pág. 201), mientras que la muerte de un libre común, por un cacique, sólo llevaba aparejada la pena de azotes y sólo en los casos de reincidencia daba lugar a la pena de muerte o tan sólo a la privación del cargo (Cobo, XII, 26). Hemos mencionado ya la grave punición del asesinato cometido en un miembro de la dinastía; pero incluso el asesinato de un funcionario, sacerdote o ajlla incaicos acarreaba la pena calificada de muerte por arrastramiento del cuerpo o a disparos de flechas (Anónimo, pág. 201). Finalmente tenemos un ejemplo, igualmente del derecho peruano, de la agravación de la penalidad en consideración al motivo, sometiéndose al que hubiese matado a otro con el propósito de robarle a suplicios, antes de su ejecución (Cobo, XII, 26).

Pero, por otra parte, la consideración psicológica del motivo delictivo podía llevar consigo una atenuación de la pena. En el mismo Perú, el homicidio que hubiera resultado de una riña se castigaba con menos rigor que el homicidio premeditado: "Muerto alguno en pendencia, se averiguaba primeramente quién había sido el que dió la causa; y si la dió el muerto, era castigado el matador ligeramente a la voluntad del Inca; y si el que dió la causa de la riña fué el homicida, tenía pena de muerte, y, a buen librar, lo desterraban a la provincia de los Andes, tierra enferma y malsana para los indios

serranos, para que allí sirviesen toda su vida, como en galeras, en las chácaras de coca del Inca" (Cobo, XII, 26); el castigo variaba, pues, entre una pena "más bien leve", impuesta a arbitrio del juez (acaso azotes), trabajos forzados perpetuos y la muerte, teniendo en cuenta, asimismo, la circunstancia de si la culpa de la riña se debiera achacarla al homicida o a la víctima. En atención a una circunstancia psicológica extraordinaria se imponía también una pena atenuada al marido que hubiese dado muerte a su mujer en venganza del adulterio cometido por aquélla, siendo la penalidad máxima trabajos forzados durante un año (Anónimo, págs. 201-2), si bien aquella circunstancia no eximía de responsabilidad como Cobo (XII, 26) pretende. Esta solución significaba al mismo tiempo un compromiso con el derecho de la venganza, que precisamente en el caso del adulterio resistía tenazmente a las innovaciones, igual que en algunos otros casos de atenuación de la penalidad se revelaba una consideración a la personalidad de la víctima, pero también un compromiso con la antigua responsabilidad del daño causado a persona ajena. Así ocurría, por ej., en Méjico cuando se trataba del daño causado a un dueño extraño dando muerte a uno de sus esclavos: al autor se le reducía a esclavitud en beneficio del señor perjudicado, penalidad que las fuentes atestiguan con autenticidad incluso para los casos de muerte por envenenamiento (Libro de Oro, I, 12; distinto en Clavigero, I, pág. 484). Se consideraba como un caso especial de este delito el hecho de que las relaciones sexuales con una esclava ajena, permitidas como tales, tuvieran por consecuencia la muerte de aquélla en el puerperio o tan sólo el quebrantamiento de su salud; también en estos casos se reducía al culpable a esclavitud en beneficio del dueño perjudicado (Libro de Oro, I, 1, 6 y 10; II, B, 5; Clavigero, I, pág. 489; García, pág. 61; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). En un hecho delictivo parecido encontramos, en una forma todavía más pura, los residuos de la responsabilidad del daño causado y del derecho a la justicia privada: entre los chibchas,

si una mujer casada moría en el puerperio, el marido, considerado causante de la muerte, respondía a la familia de aquélla con la mitad de su patrimonio; en caso de que fuese insolvente, resurgía incluso el antiguo derecho de la venganza sangrienta —pero todas estas consecuencias sólo se producían en el caso de que el niño muriese, porque en otro caso se le criaba y educaba a expensas del padre, ocupando en la familia materna el lugar de la muerta (Castellanos, págs. 37-8; Piedrahita, pág. 46; Simón, pág. 253).

La tendencia a la protección de la vida individual que manifestaba el orden feudal había motivado también, en todas partes, una restricción de los sacrificios humanos; sin embargo, es preciso que se tenga en cuenta que aquéllos están en un plano psicológico muy distinto y que no se puede permitir la subclasificación conceptual del sacrificio bajo el delito del homicidio. El sacrificio humano se adentra como expresión de una actitud mágica excesivamente madurada, con ciertas leyes propias, en el mundo del feudalismo, guiado por vigorosos impulsos racionales. No obstante, la extensión y la manera del sacrificio se distinguen con menos claridad en las altas culturas de América del Sur. De los países chibchas tenemos noticias del sacrificio de niños pertenecientes a otras tribus, comprados a los mercaderes viajantes; además, tenemos datos del sacrificio de muchachas con motivo de la construcción de una casa destinada para un cacique; pero en ambos casos no se trata de la extinción, por muerte, de una personalidad jurídica completa, ora porque la víctima era extraña a la tribu, ora porque no había salido de la infancia. También en el imperio de los incas se practicaban todavía los sacrificios humanos —véase el dato comunicado por Cieza (II, 25)—, pero tal vez sólo de gentes extrañas a la tribu; el sacrificio concebido como castigo no está comprobado ni para Colombia ni para el Perú. En Méjico, la restricción del sacrificio, gracias a la iniciativa privada —exceptuando a los prisioneros de guerra y determinados delitos (véase abajo)— había progresado

tanto que el sacrificio de los hombres libres de la tribu propia acarreaba una pena "grave", si bien se debe exceptuar el sacrificio de esclavos pertenecientes a la misma tribu (Ixtlilxochitl, cap. 49; Clavigero, I, página 275).

Fuera de la cultura chibcha, donde preponderaban tendencias propias del matriarcado y un cuño individualista, se combatía enérgicamente el aborto provocado, con arreglo a los fines que perseguía el Estado militar. En el Perú antiguo la intervención abortiva practicada a los tres meses del embarazo se penaba con la muerte por horca o lapidación, pena que se imponía tanto a la madre como a la persona que la ayudara (Anónimo, pág. 202; Cobo, XII, 26); también en Méjico se condenaba a muerte tanto a aquélla como a ésta (Libro de Oro, II, cap. 2, 10; Motolinia, cap. 16, página 307; Mendieta, II, cap. 29; Gómara, pág. 442). A la fijación del límite de tres meses en el Perú correspondía aquí la regulación refinada que el aborto provocado no se castigaba cuando el parto no seguía su curso normal existiendo un peligro inminente para la vida de la madre (Sahagún, VI, cap. 28). Gómara (págs. 344, 440, 442) dice que en Méjico era frecuente el aborto provocado, porque las mujeres secundarias no deseaban tener hijos sin derecho a heredar.

Con menos rigor que la extinción de la vida ajena se castigaba la simple lesión corporal —graduación que se debe al sentimiento jurídico del Estado feudal; bajo el dominio de la venganza sangrienta, la lesión corporal conducía fácilmente a un castigo mortal, contentándose los sistemas de las composiciones la mayoría de las veces con una pena patrimonial. Según el Derecho mejicano, la pena de prisión temporal llevaba aparejada la indemnización de daños y perjuicios; era por eso frecuente reducir al autor a la esclavitud en beneficio del lesionado, una vez cumplida la pena de prisión (Motolinia, cap. 17, pág. 310; Ixtlilxochitl, cap. 46). Un caso especial, muy curioso, nos comunica Ixtlilxochitl (Relaciones, pág. 258) de Tezcoco: "Otro lance sucedió con

un cazador y fué que éste ganaba su vida en cazar, y una vez después de haber andado en montañas y quebradas volvió a su casa cansado sin haber podido matar ninguna caza, y para poderse sustentar aquel día comenzó a andar tras de los paxarillos pequeños que por allí había en los árboles. Un Mancebo vecino suyo, viéndole cuán afligido andaba, y cómo no podía tirar a aquellos paxarillos, le dixo por modo de burla y vituperio, que le tirase al miembro viril que quizá acertaría mejor; y como el cazador estaba afligido, enarcó y apuntó con la flecha, y disparándole, le acertó. Viéndose herido con la flecha, comenzó a dar voces, de tal manera que alborotó todo el barrio, fué preso el cazador y llevado a palacio con el herido ante los jueces, y al tiempo que le iban pasando por el patio principal de palacio preguntó el rey que los estaba mirando qué era aquel mormullo, y habiéndole informado que un herido que un cazador que allí traían preso había flechado, los mandó traer ante sí, y sabida la verdad del caso, mandó que el cazador curase al herido, y si sanaba quedase por su esclavo, o diese su rescate, con que salió libre el cazador". Manteniéndose en rigor la indemnización por el daño causado, se renunciaba, pues, a la pena de prisión, por lo visto en atención a la circunstancia de que el causante del daño era provocado por el lesionado. En contraposición a la penalidad atenuada de la lesión corporal en general se castigaba con la muerte a los que riñesen en el mercado, en atención a evitar la perturbación de la paz pública (Motolinia, cap. 17, pág. 310; Clavigero, I, pág. 525). También en el imperio de los incas se combinaba de un modo característico la pena y la obligación a la manutención: "el que en pendencia mancaba a otro de manera que no pudiese trabajar en las cosas ordinarias, era obligado a sustentarle de su hacienda, demás del castigo que se le daba por el delito; y si no tenía hacienda, lo alimentaba el Inca de la suya y se le daba mayor castigo al delincuente" (Cobo, XII, 26) —testimonio que es también muy ilustrativo para la diferenciación, todavía imperfecta, entre la responsabilidad puramente "penal"

y otra puramente "civil". Una excepción del castigo más leve de la lesión corporal, constituía el caso en que alguien motivase por magia la esterilidad de una mujer o la impotencia de un hombre, porque en este caso se ejecutaba la pena de muerte en lugar público (en Cuzco), con ejemplaridad intimidadora (Las Casas, página 212). En interés de la paz interior se castigaba, además, en Méjico el desafío a duelo con la pena de muerte (Gómara, pág. 442).

Mientras que en la economía del Perú antiguo no existían, fuera de los feudos encomendados a los dignatarios relaciones de esclavitud a favor de particulares, se protegía entre los aztecas al individuo y especialmente a los menores de una esclavitud injusta. El que hiciera esclavo suyo a un niño extraño o lo vendiera, fué reducido a la misma esclavitud, repartiéndose sus bienes entre la víctima y el comprador perjudicado; si al niño se le raptase con violencia, se ahorcaba al autor (Libro de Oro, I, 11; II, cap. 4; Motolinia, cap. 20, pág. 320; Gómara, pág. 441; Torquemada, XII, cap. 5; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Clavigero, I, pág. 488; Nezahualcoyotl, 2; Veytía, III, pág. 226).

Igual que el Estado protegía la vida, integridad corporal y libertad de sus súbditos de agresiones ilícitas, encontramos también los comienzos de una protección de la dignidad personal contra la calumnia y la injuria. En Méjico, al calumniador se le castigaba simbólicamente cortándole un trozo de los labios y también de las orejas (Clavigero, I, pág. 489) y en casos muy graves la muerte (Nezahualcoyotl, 9; Veytía, III, pág. 226). Parece que la punición de las injurias (Cobo, XII, 26) y calumnias (Cobo, XII, 26); Garcilaso, VI, 36) era menos rigurosa en el imperio de los incas; en cuanto a estas últimas nos comunican las fuentes que los "tormentos" eran la penalidad máxima.

b)

Un lugar intermedio entre los puntos de vista de la agresión a la persona y la perturbación del orden fa-

miliar y social lo ocupan los hechos de la desfloración y del estupro o violación.

En Colombia no se apreciaba la virginidad (Simón, pág. 254) y tampoco en Méjico constituía la desfloración un hecho delictivo cuando tenía lugar con consentimiento libre de la doncella. En analogía al desarrollo del ideal de la virginidad en las culturas de pastores del mundo antiguo se daba mayor importancia a la virginidad en el imperio de los incas, criadores de llamas. La penalidad que se aplicaba a los dos partícipes de la desfloración estaba a arbitrio del juez, oscilando entre azotes, prisión, corte del pelo, exposición en la picota y trabajos forzados en las minas o en un templo. Si el desflorador era hombre casado, la condena a trabajos forzados en las minas o en los campos de coca del este se extendía también a su familia; pero si no había impedimentos matrimoniales entre la pareja culpable, ambos sufrieron sólo el castigo de azotes (Anónimo, páginas 195, 202-3; Garcilaso, VI, 36).

Entre los chibchas, el estupro tenía por consecuencia la pena de muerte, pero sólo cuando el autor era soltero; a los casados se les penaba con un castigo muy singular y con una pena infamante (Simón, pág. 252; Piedrahita, pág. 46; Castellanos, pág. 37:

> "Mandó matar a quien mujer forzase,
> siendo soltero, pero si casado,
> durmiesen dos solteros con la suya.")

Si prescindimos de una "concurrencia ideal" con el adulterio, la ley azteca —mientras que la violación de una prostituta no llevaba aparejada responsabilidad criminal (Pomar, pág. 32)— castigaba al violador de una doncella con la muerte por golpeamiento con una placa de piedra (Motolinia, cap. 16, pág. 307; Mendieta, II, cap. 29; García, pág. 62; Pomar, pág. 32). En cuanto al Perú parece inverosímil que la violación de una doncella hubiese sido exenta de penalidad si ambos se casaban (así dice Anónimo, págs. 202-3). Pero, en cambio, podemos confiar seguramente en el dato comunicado por

Anónimo y Cobo diciendo que el estupro se castigaba con lapidación (sin consecuencia de muerte) y que sólo al reincidente se le castigaba con la muerte, tal vez en la horca. En los casos de violación de una mujer casada sólo se castigaba a la parte activa con muerte en la horca, absorbiendo la pena impuesta al adulterio la penalidad más leve correspondiente al estupro, mientras que la parte pasiva gozaba de impunibilidad por ausencia de la intención dolosa en ella (Anónimo, págs. 195, 202-3; Las Casas, págs. 106, 111; Cieza, II, 26; Cobo, XII, 26; Santillán, § 25).

Contraer matrimonio sin consentimiento del padre de la novia parece que no era hecho punible, según Cobo (XII, 26) en el imperio de los incas, en contraposición a Garcilaso (VI, 36). Pero sí cree Cobo que en tiempos incaicos se castigaba con golpes de piedra y separación del matrimonio la no observancia de las prescripciones esponsalicias administrativas por parte de los funcionarios centrales, aunque me parezca algo dudosa la separación de los cónyuges, teniendo en cuenta la tendencia general a la conservación del matrimonio.

La poligamia era permitida, tanto en Colombia (Simón, pág. 254) como en Méjico (Pomar, pág. 256; Motolinia, cap. 6, pág. 267; Anónimo, cap. 20, pág. 102). Sólo en el Perú antiguo se había generalizado la monogamia obligatoria para los libres comunes (Garcilaso, I, 21; Santillán, § 17), en contraste con la poligamia de la nobleza, de los "señores que tenían licencia de tener muchas mujeres" (Las Casas, págs. 112-3).

En consideración a la institución del matrimonio y también a las relaciones sexuales extramatrimoniales era mal visto en todos los pueblos el comercio carnal entre parientes consanguíneos, relacionándolo con representaciones de un daño mágico, que motivaron medidas defensivas de la comunidad. Pero el círculo de las personas a las cuales alcanzaba aquella prohibición tenía una extensión distinta en todas partes. Entre los chibchas estaba prohibida la unión carnal con la madre, hija, hermana y "sobrina"; el que se hiciese culpable del delito

de incesto era enterrado vivo en una fosa de agua a la que echaban serpientes; una reacción de la comunidad que se puede incluír en el grupo de "medidas defensivas motivadas por la repugnancia" (Castellanos, pág. 37; Piedrahita, pág. 46; Simón, pág. 252). En el Perú, la administración incaica trajo consigo —además de la monogamia de los libres comunes— la tendencia a convertir la exogamia predominante de clanes locales en una endogamia obligatoria de los establecimientos humanos (Garcilaso, I, 21). Con el avance de la endogamia pudo aumentar también la importancia del impedimento de consanguinidad. Estaban prohibidos el comercio carnal y el matrimonio con la madre, "abuela", hija, "nieta", hermana, tía (hermana de su padre), "sobrina" (hija de su padre), "prima" y parientes por afinidad de primer grado. Por otro lado, las fuentes atestiguan que entre los "orejones" incaicos era corriente el matrimonio con la hermana del padre, la viuda del hermano y con la madrastra. Las penas que usualmente se aplicaban al incesto eran la horca o lapidación, reservandose el despeño para el incesto cometido con la madre o hija. Parece poco verosímil el dato comunicado por Anónimo (véase abajo) diciendo que el incesto cometido con la tía, sobrina, prima o cuñada sólo se penaba (con azotes, corte del pelo o trabajos forzados, cuando se trataba de una doncella o mujer casada, es decir, sólo en unión ideal con la desfloración o el adulterio, porque en este caso se hubiera castigado más levemente la violación en concurrencia ideal con el adulterio, que cada uno de ambos delitos. Pero sí parece auténtico que en el incesto cometido con violación sólo se condenaba a muerte al autor, mientras que la parte pasiva —como efecto postrero de la responsabilidad "objetiva" y para quedar a salvo de un daño mágico— se la condenaba a servicios en un templo, a no ser que alguien casase con la violada (Acosta, VI, 8; Anónimo, págs. 195, 203; Las Casas, págs. 112-3, 211; Cobo, XII, 26; Garcilaso, IV, 8; VI, 36; Pizarro págs. 277-8). En Méjico, el comercio sexual con la madre, hija, abuela, nieta, hermana, her-

mana por parte de padre o de madre sólo, madrastra, hijastra, madre política o hija política se consideraba delito de incesto, mientras que aquél era permitido con primas y, como en el imperio de los incas, con la viuda del hermano (levirato). Las penas que se les imponían a los infractores de aquella prohibición concordaban perfectamente con las que se aplicaban en el Perú antiguo: eran la horca, estrangulación (seguramente para los nobles) y lapidación (Libro de Oro, I, 20, 21; II, cap. 2, 1-4; Clavigero, I, págs. 438, 486; García, pág. 61; Gómara, pág. 439; Mendieta, II, cap. 19, 29; III, cap. 48; Motolinia, cap. 7, pág. 268; cap. 16, pág. 308; Pomar, pág. 26; Torquemada, XII, cap. 4; XIII, cap. 7; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Veytía, III, pág. 224; Zurita, pág. 113). Desgraciadamente, adolecen también los informes sobre las culturas americanas del defecto —desde un punto de vista etnográfico— de no distinguir entre el parentesco de consanguinidad por parte del padre y de la madre, no sirviendo los datos apenas para una clasificación del parentesco correspondiente al patriarcado, matriarcado o al "régimen unitario".

En cuanto a otro hecho considerado igualmente punible en todos los pueblos y que también en nuestras fuentes ha encontrado un eco muy grande, es el adulterio. Todo hombre, también el casado, puede yacer con cualquier mujer soltera (a no ser que se haga culpable de otro delito); sólo se castiga el trato carnal con la mujer casada, pero no porque el autor rompa el matrimonia propio, sino porque rompe el matrimonio ajeno. Es decir, en todas las altas culturas americanas tenemos presente el *adulterio considerado delito desde el punto de vista del patriarcado,* que se puede reducir a la fórmula de que *el hombre sólo puede romper el matrimonio ajeno, y la mujer sólo el propio.* De todos los pueblos era igualmente común la punición del adulterio con la muerte. Entre los chibchas, la pena de muerte se ejecutaba por empalamiento. No obstante, tenemos también aquí uno de los ejemplos más significativos de la eficacia postrera del sistema de las composiciones, por-

que las clases pudientes podían cancelar la pena de muerte común por una prestación patrimonial que consistía en una indemnización al marido ofendido y en el pago de una multa penitenciaria al rey. Una agravación de la penalidad, que prácticamente se limitase tal vez a la nobleza, igual que la citada cancelación de la pena, tenía lugar en el adulterio cometido con una de las numerosas mujeres del soberano: realizado el empalamiento se le negaba al ejecutado el entierro que comúnmente se combinaba con ofrendas funerarias. Simón, a quien debemos estos datos (págs. 223, 254), nos informa también, casuísticamente, de una "pena infamante" muy peculiar y pronunciadamente simbólica (pág. 223) que un rey de Guatavista, personaje de la leyenda de "el dorado", impuso a una de sus mujeres, adúltera, una vez efectuado el empalamiento del adúltero: "Habiéndole primero hecho cortar las partes de la punidad, con las quales quiso castigar a la muger, sin darle otro castigo, que dárselas a comer guisadas en los comistrages que ellos usaban. De que fueron tan grandes los sentimientos de la muger, que no hubieran sido mayores, si hubiera pasado por la pena del agresor". Expresión característica de la mentalidad mágica que todavía predominaba vigorosamente en la vida de los chibchas era la suspensión de los lazos matrimoniales e incluso de las restricciones entre las clases sociales con motivo de la orgiástica fiesta de la siembra celebrada en enero o febrero con danzas y bebidas, festín que hemos de interpretar como magia de la fertilidad: "Duraba esto hasta que cahían embriagados, y tan incitados a luxuria con la calor del vino, que la muger y hombre se juntaba con el primero o primera que se encontraba, porque para esto había general licencia en estas fiestas, aun con las mugeres de los caciques y nobles" (Simón, pág. 258). Es interesante para un estudio comparativo que en el Estado de los incas se velaba con rigor por impedir el adulterio, incluso en las fiestas públicas (Anónimo, página 195). La penalidad normal del adulterio era aquí muerte en la horca, con la particularidad de que en caso

de violación se eximía de responsabilidad a la mujer violada. (Las Casas, pág. 211). También el perdón del marido ofendido motivaba la conmutación de la pena de muerte, aunque no suponía la impunibilidad. Tal vez fuese conmutada por el suplicio, castigo más leve que en todo caso era corriente en el adulterio cometido con una mujer secundaria, lo que sólo podía ocurrir entre los nobles (Acosta, VI, 18; Anónimo, págs. 185, 202; Las Casas, págs. 106, 211; Cobo, XII, 26; Garcilaso, I, 21; IV, 19; VI, 36). También en cuanto al derecho mejicano tenemos testimonios del delito de adulterio desde el punto de vista del patriarcado que hemos explicado antes. ("Si el varón era casado y tenía acceso a muger no casada, no lo castigaban ni tenían por adulterio", Motolinia, cap. 6, pág. 265; Clavigero, I, pág. 485. De otra opinión era sólo Zurita, pág. 116.) Los requisitos del adulterio perfecto ya lo llenaba aquí —contrario a la penalidad más leve del adulterio cometido con mujeres secundarias en el Imperio de los incas— el acceso carnal a la concubina de otro, porque las relaciones sexuales persistentes se consideraban similares a las matrimoniales: "Por la ley no tenía pena el que se echaba con la manceba de otro, excepto si había ya mucho tiempo que el otro la tenía, y por haber mucho que estaban juntos eran entre sus vecinos tenidos por casados" (Libro de Oro, II, cap. 2, 8). Frente a las reglamentaciones sencillas de las regiones culturales de América del Sur, la punición del adulterio estaba diferenciada. El delincuente, sorprendido *in fraganti,* era lapidado públicamente, castigo que muestra cierta alusión simbólica. La penalidad corriente era también aquí muerte por horca, además de la pena de muerte por trituración de la cabeza entre dos piedras, por golpes con una placa de piedra, quema del cuerpo o por azotes. A diferencia de las costumbres jurídicas de los chibchas, se daba una importancia muy grande a la inviolabilidad del matrimonio en la nobleza, lo que se expresa en penas cualificativas. Al adúltero noble se le castigaba con estrangulación en la cárcel —manera de ejecución que reemplazaba la hor-

ca—, quemándose su cuerpo después de adornar la cabeza con plumaje. El adulterio que se cometiese con una mujer de los tres soberanos se equiparaba a la alta traición, castigando al culpable con el despedazamiento. En la alta nobleza hereditaria el perdón carecía por lo visto de efectos libratorios —por lo que deducimos de los casos trasmitidos— (Motolinia, cap. 3, pág. 251; Zurita, pág. 114), contrario a lo que acontecía en todos los demás casos en que el perdón del marido ofendido libraba al adúltero del castigo (Nezahualcoyotl, I; Libro de Oro, 1, 24; II, cap. 2, 5 y 8; Clavigero, 1, págs. 484-5; Durán, cap. 26; Gómara, págs. 440, 442; Ixtlilxochitl, capítulo 38; Lettre de Boulogne, pág. 211; Motolinia, capítulo 3, pág. 251; cap. 6, pág. 265; cap. 16, pág. 307; Mendieta, II, cap. 29; Ordre de succession, pág. 226; Pomar, pág. 32; Sahagún, VIII, cap. 16, pág. 522; Torquemada, XII, cap. 4; Veytía, III, pág. 224; Zurita, págs. 113, 114, 116).

Armonizando con las tendencias a la protección de la familia por parte del Estado feudal, se dificultaba también la disolución del matrimonio, restringiéndose jurídicamente el divorcio en atención a puntos de vista del bienestar público. A diferencia de las civilizaciones de labradores, orientadas por principios del matriarcado, no bastaba el simple consentimiento de los cónyuges para la separación. En cuanto a Méjico sabemos, por lo menos, que la separación de los cónyuges sin sentencia del juez se señalaba públicamente como acto indigno mediante el corte del pelo (Motolinia, cap. 9, pág. 281; Gómara, pág. 440). Pero una vez pronunciado el divorcio por sentencia del juez competente era prohibida y castigada (según Durán, cap. 83, pág. 116, incluso con la muerte (?); Clavigero, I, pág. 485; Acosta, V, 26) la celebración de nuevas nupcias entre los divorciados —que en vista del examen cuidadoso de las causas del divorcio no ofrecían la solidez necesaria.

En el campo de las relaciones sexuales entran también la alcahuetería y el tráfico sexual extramatrimonial.

La alcahuetería se conceptuaba en el Perú como hecho "accesorio"; es decir, su imputabilidad dependía de la punibilidad de la consecuencia que tuviera (Anónimo, pág. 204); si ésta consistía en el delito de desfloración o incesto, se penaba con la horca; si consistía en adulterio, se castigaba con prisión perpetua o trabajos forzados; pero en todos estos casos sólo era imputable cuando el delito respectivo se cometiese. En Méjico se castigaba la alcahuetería comúnmente con penas infamantes (exposición en la picota y corte del pelo; Motolinia, capítulo 17, pág. 311; Mendieta, II, cap. 28; Torquemada, XII, cap. 4; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Zurita, pág. 114), y con la horca si el culpable perteneciese a la nobleza (Motolinia, *loc. cit.;* Mendieta, *loc. cit.*) o si la alcahueteada fuese mujer casada, sirviendo, pues, la alcahuetería como acto cooperativo al adulterio (Nezahualcoyotl, 14; Nezahualcoyotl, Veytía, 12; Ixtlilxochitl, cap. 38).

El comercio sexual extramatrimonial era permitido siempre que no supusiera una acción delictiva, como, por ejemplo, la violación o estupro, incesto, adulterio y la desfloración (esto último en el Perú). En el Imperio de los incas sólo era castigado, a instancia del padre y a albedrío del juez, cuando tuviera lugar en casa del padre (Anónimo, pág. 195; Cobo, XII, 26). Según el derecho azteca, sólo se penaba aquél cuando se cumplían los requisitos de escándalo público, no considerándose como tal la convivencia con una concubina (véase arriba); pero parece dudoso que se haya impuesto la pena de muerte como Zurita (pág. 114) dice. Por lo visto, no se permitía el mantenimiento de burdeles (Motolinia, cap. 6, pág. 264; Gómara, pág. 440: "No hay mancebías públicas"); pero prescindiendo de la existencia o no existencia de aquella prohibición, tal vez no fuese corriente la instalación de mancebías públicas.

Mientras que no se ponían límites a las relaciones sexuales naturales —excepto cuando diesen lugar a escándalo público— procedía el Estado feudal sin consideraciones contra las aberraciones sexuales.

En el empalamiento, corriente entre los chibchas, ve Simón (pág. 252) un castigo simbólico (Anónimo, página 212; Castellanos, pág. 37; Herrera, 6, V, 6; Oviedo, II, pág. 402; Piedrahita, pág. 46). En el Imperio de los incas parece que la sodomía era fenómeno de relativa frecuencia, estando en boga, ante todo, en los valles costeros (Las Casas, pág. 109; Cieza, II, 25; Garcilaso, VI, 11), aunque ocurriese también en la meseta (Pizarro, págs. 280, 1; Toledo, págs. 199-200); Pizarro (páginas 277-8) la caracteriza como vicio propio de los orejones. La punición, genuinamente incaica, consistía en muerte por la horca con arrastramiento y quema subsiguiente del cadáver y de los bienes, tendiendo, pues, a la extinción de la personalidad del culpable y a la defensa de efectos dañinos también para la vida post mortem (Anónimo, págs. 195, 203; Cieza, II, 25; Garcilaso, VI, 11 y 36). Parece que las aberraciones sexuales estaban bastante difundidas también en Méjico, ante todo en las fajas litorales del Golfo de Méjico, pero también en la meseta propiamente dicha, por ejemplo, como pederastia de los sacerdotes (Anónimo, pág. 105; Motolinia, cap. 6, pág. 264; Gómara, pág. 440; Gand.). La intervención "de oficio" por parte del Estado para suprimir la sodomía, particularmente por parte de los últimos reyes de Tezcoco, se atestigua expresamente (Motolinia, *loc. cit.;* Mendieta, II, cap. 6 y 29; Zurita, pág. 107; Gómara, pág. 442; Nezahualcoyotl, 13). Desde el punto de vista de la tentativa, que aparece aquí como delito singular, se penaba ya el hecho de llevar vestimenta propia del sexo contrario, lo que por lo visto era bastante frecuente (Motolinia, cap. 16, pág. 309; Mendieta, II, cap. 29; Libro de Oro, I, 22; Torquemada, XII, cap. 4; García, pág. 62; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Gómara, pág. 442). La prohibición expresa para las mujeres de llevar ropa masculina podemos deducir del hecho de que —contrario a lo que ocurría en Colombia y el Perú— también eran punibles los actos sexuales entre mujeres, lo que Torquemada (*loc. cit.*) atestigua directamente. Todo acto de sodomía se penaba con la muer-

te: tratándose de sacerdotes se ejecutaba por la quema (Libro de Oro, II, cap. 2, 11; Clavigero, I, pág. 486) y comúnmente por la horca o por una manera de ejecución atestiguada para Tezcoco y concebida por Loewenthal (pág. 456) igualmente como "medida defensiva motivada por la repugnancia", que encierra además un rasgo simbólico: "A los sométicos pena de muerte, el agente atado a un palo y cubierto de ceniza, quedase sofocado, y el paciente sacadas las entrañas por el orificio". (Nezahualcoyotl, Veytía, 15). Nezahualcoyotl, 13; Nezahualcoyotl, Veytía, 15; Libro de Oro, II, caps. 2, 9 y 11; Motolinia, cap. 6, pág. 264; cap. 16, pág. 309; Mendieta, II, cap. 29; Gómara, pág. 442; Ixtlilxochitl, cap. 38; Zurita, pág. 113; Torquemada, XII, cap. 4; Vetancourt, XII, Trat. III, cap. 13; Clavigero, I, página 486; García, pág. 64; Pomar, pág. 32; Veytía, III, pág. 224).

La bestialidad se castigaba en el Imperio de los incas con la misma penalidad que la sodomía (Anónimo, pág. 203). En Méjico no era corriente, según las fuentes, por ausencia de animales domésticos mayores (García, pág. 64; Zurita, pág. 113; Mendieta, II, cap. 29; Motolinia, cap. 16, pág. 309: "Bestialidad no se hallaba entre estos naturales").

La misma tendencia a la protección de la familia, en interés a su existencia económica, y a la vez un estado transitorio a los delitos contra la propiedad, que trataremos seguidamente, manifestaba la punición del que malgastaba con prodigalidad bienes heredados, en lugar de conservarlos para sus propios herederos. El heredero pródigo era ahorcado o estrangulado en la cárcel si se tratase de un noble (Libro de Oro, I, 1; II, A, 2; Ixtlilxochitl, cap. 38; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13).

c)

Frente al intenso desarrollo de la intervención estatal en los hechos delictivos tratados hasta ahora, nos sorprende el escaso desenvolvimiento de los delitos contra la propiedad. Este fenómeno es debido seguramente a

que el interés del Estado feudal incluía primero la protección de la vida individual y de la familia en el sistema del nuevo derecho estatuído, mientras que en el campo de los delitos contra la propiedad resistía más pertinazmente la concepción de aquéllos como asunto de daños privados. De ahí se explica, no sólo la punición generalmente más leve de los delitos contra la propiedad, sino también la elaboración primitiva de hechos cualificados, no conociéndose realmente sino el caso global del "hurto".

Una diferenciación, atestiguada por Anónimo, Herrera y Oviedo, para los chibchas, entre casos de hurto "más graves" y "más leves" nos ofrece tal vez la llave para la comprensión de la pluralidad de las penas comunicadas. Amonestación, corte del pelo y rasgaduras del manto, azotes y sección de la nariz, orejas o manos —castigo muy simbólico este último—, cegamiento e incluso arrancamiento de los ojos son las penalidades de los delitos contra la propiedad que las fuentes nos transmiten. Mientras que la apreciación de casos más leves y más graves no se basaran tal vez en razones subjetivas, sino en consideraciones objetivas a la extensión del daño, siendo más bien una supervivencia de la antigua responsabilidad del resultado de una acción que un matiz psicológico nos anuncia la punición más rigurosa de la reincidencia —que era factible, porque el delito cometido una sola vez no acarreaba la muerte— los albores de una mentalidad jurídica nueva. Conforme a los efectos objetivos del hecho delictivo no era uniforme, sin embargo, la penalidad aplicada a la reincidencia. Excluyendo las penas infamantes, que tal vez siguiesen aplicándose en la nobleza, aquélla oscilaba entre la pena de azotes hasta una manera muy singular de la muerte civil, cuyos efectos infamantes pueden comprenderse teniendo en cuenta lo que decíamos anteriormente: "El respeto que tenían sus vasallos al cacique era tan grande que juzgaban perdérsele si le miraban a la cara: y así el hablarle era siempre a espaldas vueltas; lo que guardaban con tanta puntualidad, que solían dar por pena

de infamia el hacerle a uno por fuerza que le viera la cara, como sucedía con el que era acusado de ladrón, pues trayéndole la primera vez delante del cacique a espaldas vueltas y reprehendiéndole el hecho, y la segunda reprehendiéndole y castigándole con azotes, a la tercera como incorregible le daban mayor pena, que fuera para ellos la muerte natural, porque delante del cacique, que estaba sentado en una silla de autoridad, lo reprehendía un caballero de los de su casa, desde las espaldas de la silla del cacique, diciéndole: "Ya os hemos castigado dos veces de vuestra mala vida, y no habéis tenido vergüenza de volver a ella, vos os debéis de considerar algún gran señor, y pues lo sois, bien podéis mirar al cacique." Y arremetiendo contra él, le volvía con violencia la cabeza, y hacía que mirase al cacique, dejándole ir con sola esta pena a su casa. Pero era tan grande la infamia que con eso llevaba que se acababa su linage, pues ninguno del pueblo ni su comarca le daba sus hijos ni hijas para que se casara con los suyos, ni le ayudaban en labranzas, ni en necesidad alguna, y todos se tenían por afrentados de hablar con él, sólo porque había mirado al cacique" (Simón, págs. 251, 253; Anónimo, pág. 212; Herrera, 6, V, 6; Oviedo, II, pág. 402; Castellanos, págs. 38-39; Piedrahita, pág. 46).

A la apreciación de los casos de hurto, según su gravedad objetiva, correspondía en el Imperio de los incas también una graduación de la penalidad que oscilaba entre la pena de azotes, trabajos forzados en los campos de coca y minas reales y la horca (Acosta, VI, 18; Anónimo, pág. 204; Las Casas, págs. 106, 211-12; Cieza, II, 26; Cobo, XII, 26; Garcilaso, I, 21; IV, 19; VI, 36; Santillán, § 25). El hurto, por necesidad, de frutos existentes en el campo no se castigaba (Anónimo, pág. 204), o tan sólo con una amonestación (Cobo, XII, 26) y a lo sumo con azotes (Las Casas, págs. 211-12). Esta punición más leve del "hurto por necesidad" se practicaba en atención a circunstancias psicológicas especiales, así como por otra parte la penalidad más grave de la reincidencia impugnaba la voluntad delictiva más pronuncia-

da; excepto el hurto de necesidad repetido, que se castigaba con azotes (Cobo, XII, 26), se imponía siempre pena de muerte al ladrón reincidente (Anónimo, página 204). Siempre se castigaba con la muerte, incluso en los casos de necesidad, el hurto de frutos existentes en los campos de dominio real (Cobo, XII, 26).

Sólo en el Derecho azteca encontramos una consideración diferenciada de los hechos delictivos contra la propiedad, según los estudios de Wintzer (págs. 454-9), a cuyos resultados me atengo en este trabajo, prescindiendo de algunas correcciones.

También en Méjico tenía el hurto trato diferencial, y también aquí con atención a puntos de vista objetivos de los valores hurtados.

Del hurto de objetos de escaso valor surgió solamente una acción a la indemnización de daños y perjuicios (Motolinia, cap. 20, pág. 321; Clavigero, I, página 487). El hurto de cosas valiosas se castigaba en cambio con reducción a la esclavitud del ladrón en beneficio del dueño de la cosa hurtada —lo que evidentemente encerraba también la indemnización del daño; pero si el perjudicado rechazase la conversión en esclavo suyo del ladrón, éste era vendido como esclavo a otra persona satisfaciéndose el propietario de la cosa hurtada con el precio de la venta obtenido: "si alguna persona hurtaba en cantidad y se averiguaba, el tal ladrón fuese esclavo de la persona cuyo era lo que hurtó, y si la persona no lo quería, fuese vendido a otra parte para pagarle su robo" (Nezahualcoyotl, 18; Libro de Oro, I, 4 y 5; Motolinia, cap. 20, pág. 321; Mendieta, II, cap. 29; Durán, cap. 26, pág. 217; cap. 98, pág. 221; Torquemada, XII, cap. 5; XIV, cap. 16, Gómara, págs. 441-2; Clavigero, I, pág. 487; Ixtlilxochitl, cap. 38; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Veytía, III, pág. 225). Sin embargo, la reducción a la esclavitud sólo tenía lugar cuando el ladrón podía restituír la cosa hurtada; si la restitución ya no fuese posible, expiaba su delito con muerte en la horca o por lapidación: "hacían esclavo al que era ladrón, si no había gastado lo

hurtado, y si lo había gastado moría por ello, si era cosa de valor" (Libro de Oro, II, cap. 4, 1. Torquemada, XII, cap. 5; Clavigero, I, pág. 487; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13).

Al lado de esta reglamentación general existe un número de hechos determinados, que la mayoría de las veces acarreaban agravación de la penalidad en atención a consideraciones psicológicas. Ya hemos mencionado la punición, fundada en la religión, del hurto de cosas adscritas al culto y de objetos pertenecientes al botín hecho en guerra. Una agravante la constituía también el robo cometido en los caminos por poner en peligro el tráfico mercantil; se castigaba simbólicamente en atención a la publicidad del delito, ejecutándose la pena (horca o lapidación) igualmente con toda publicidad (Libro de Oro, I, 18; II, cap. 1, 3) —mientras que en Méjico el ladrón que entrase en una casa violentamente sólo se reducía a esclavitud, ahorcándole únicamente en caso de reincidencia (Motolinia, cap. 16, página 309; Mendieta, II, cap. 29); se castigaba en Tezcoco el hurto cometido con franqueamiento de la casa inmediatamente con la horca (Ixtlilxochitl, cap. 38). El hurto cometido en mercado público se equiparaba con el cometido en camino público; también en aquel caso se ejecutaba al ladrón (en la horca, por lapidación o azotes) con toda publicidad, en el mismo lugar en que se cometió el delito (Libro de Oro, I, 17; Motolinia, cap. 16, pág. 309; Mendieta, II, cap. 29; Torquemada, XII, cap. 5; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13; Clavigero, I, pág. 487). El hurto de objetos reservados por privilegio a los nobles se penaba con la muerte por azotes o la horca (Libro de Oro, I, 15 y 16) y se ahorcaba al ladrón que hubiese hechizado a los vecinos de la casa (Libro de Oro, II, cap. 1, 2). De mayor importancia general, era, sin embargo, según el Derecho azteca, la punición más grave de la reincidencia que en todo caso acarreaba la muerte, independiente del valor de la cosa hurtada (Motolinia, cap. 16, pág. 309; cap. 20, pág. 321;

Mendieta, II, capítulo 29; Durán, cap. 26, pág. 217; Gómara, págs. 441-2).

El hecho de que al usurpador de un derecho sobre la finca ajena se le ahorcaba (Veytía, III, pág. 226) no tiene tanta importancia etnológica como otros dos hechos singulares cuya raigambre en la esfera de antiguas convicciones religiosas fué señalada por Loewenthal: el hurto de oro y piedras preciosas y el hurto de maíz.

Mientras que aquel que hurtase por necesidad algunos de los frutos cultivados al margen de un camino no incurría en penalidad (Libro de Oro, II, cap. 4, 3; Torquemada, XII, cap. 5; Clavigero, I, pág. 272) —el único ejemplo de una atenuación de la penalidad, pero cuya fundación psicológica es característica—, se castigaba el hurto de determinada cantidad de mazorcas de maíz con una penalidad desproporcionadamente más grave que la normal. En Tezcoco eran, por lo visto, siete mazorcas, y en Tenochtitlan por lo menos veinte, cuyo hurto llevaba aparejada la muerte en horca o incluso por golpes de maza (Ixtlilxochitl, cap. 38; Clavigero, I, página 272; Libro de Oro, I, 2 y 13; II, cap. 4, 3; II, B, 5; Anónimo, pág. 77-8; Torquemada, XII, cap. 5; Clavigero, I, pág. 487; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). Existía además una manera de expiación, evidentemente muy antigua, que nos explica el origen mágico-religioso del delito y su penalidad cualificada: "El que hurtaba, era luego cañavereado con cañas atestadas de arena y ponían lo en una canoa y desde lejos le tiraban tantas varas que le aboyaban la cabeza y cuerpo" (Tezozomoc, cap. 103). Loewenthal (págs. 448 y sigs.) ha comprobado que esta manera punitiva coincide de modo sorprendente con el "tlacacalilitzli", sacrificio de fecundidad ofrecido al dios del maíz Xipe-Totec, y que la muerte del ladrón de maíz no había sido otra cosa que un "sacrificio sacramental ofrecido al dios del maíz". Loewenthal cree que el ladrón adquirió, por apropiarse maíz sagrado, carácter igualmente sagrado, revistiéndose de una superioridad mágica a expensas de la deidad mermada y

que por ello tenía que servir con su vida a renovar el vigor de la deidad ofendida.

Según Clavigero (I, pág. 487) se sacrificaba también a los ladrones de oro y piedras preciosas en una fiesta que los orfebres celebraban en honor de su dios Xipe. Según Sahagún (XX, cap. 15) se despellejaba en este día a todos los sacrificados; Loewenthal (pág. 448) denomina esta manera de ejecución igualmente "sacrificio sacramental ofrecido al dios", que se fundaba en la representación de que por la muerte del malvado se repusiera el equilibrio de las fuerzas mágicas.

Otros hechos quisiéramos considerar desde un punto de vista especial, ya que no consisten en una apropiación inmediata de bienes ajenos, sino que su peculiaridad estriba en el abuso de confianza, en la malversación de valores confiados a una persona. El que en el Imperio de los incas los "chasqui", es decir, los correos urgentes en las carreteras incaicas expiaban con la muerte la malversación (Cobo, XII, 26), cabe tanto en el marco, ya tratado, de la integridad administrativa como la mencionada punición de la malversación de tributos por parte de los recaudadores mejicanos.

De la tradición jurídica azteca conocemos otros tres hechos delictivos que se pueden considerar desde el punto de vista de la malversación. El tutor que malversase el patrimonio del pupilo confiado a su administración y que no pudiese rendir cuentas como era debido, era ahorcado (Libro de Oro, II, A, 2; Clavigero, I, pág. 448; Vetancourt, II, Trat. III, cap. 13). En la idea de la lesión de intereses por abuso de confianza se basa también la protección del arrendamiento y del comodato: el que vendiese un predio ajeno que tenía en arriendo o en depósito era reducido a esclavitud (Libro de Oro, II, A, 6; Clavigero, I, pág. 448; Vetancourt, II, Trat. III, capítulo 13), igual que el comodatario que en el plazo fijado no pudiese restituír la cosa prestada u otra análoga en su lugar: "si uno pedía prestadas algunas cosas de precio, como eran mantas, joyas, plumas, y no las volvía al tiempo señalado, podían los acreedores por ley de la

república vendelle por la cantidad, pero si antes hubiese segunda venta se podía libertar dando la cantidad" (Durán, cap. 98, pág. 221; Libro de Oro, I, 3).

El favorecimiento en los delitos contra la propiedad tenía, en parte, existencia jurídica conociéndose el delito especial del encubrimiento castigado siempre con la muerte, es decir, con mayor penalidad en algunos casos que el delito mismo (Sahagún, VIII, cap. 36). Como indicio de encubrimiento se consideraba ya el pregonar cosas vendibles en el mercado fuera del mismo (Durán, cap. 98, pág. 217).

La diferencia de los estilos económicos en el Méjico y Perú antiguos nos la revela también el hecho de que los citados delitos del Derecho mejicano, pertenecientes a la esfera de la economía privada, tienen un paralelo con algunos hechos delictivos penados en el imperio de los incas, que son una emanación del orden predominante de la economía comunal. Al que sacase agua de las acequias quebrantando el plan de distribución se le castigaba (Cobo, XII, 26), igual que la caza de la "marca" ajena, que en tiempos más remotos tal vez motivase una contienda entre los clanes interesados, castigándose en el imperio incaico con golpes de piedra y palos (Cobo, XII, 26). El único delito contra la propiedad trasmitido, por lo demás, del Perú antiguo, es el incendio intencionado, penado con la horca (Garcilaso, VI, 19 y 36) y, en los casos de incendio de un puente, que afectaban particularmente al bienestar de la comunidad, con pena de muerte "con rigor" (Cobo, XII, 26). No podemos decidirnos a considerar un caso conocido en el Derecho de Tezcoco desde el mismo punto de vista del "deterioro de cosas": "Si entre dos personas hubiese diferencias sobre tierras, aunque fuesen principales, si entre ambos a dos sembrasen a porfía, que el uno y el otro después de haber nacido el maíz si lo arrancase, fuese traído a la vergüenza alrededor del Tianguez, con el maíz que arrancó colgado en el pescuezo" (Nezahualcoyotl, 3). Después de lo que decíamos del hurto de maíz, parece estar fuera de duda que el castigo no se inspiraba

en el interés privado, sino en el peligro de un daño mágico para el bienestar de la comunidad.

No debe extrañarnos, finalmente, que al lado de hechos delictivos de la índole que venimos caracterizando, los casos psicológicamente diferenciados de la lesión intelectual de intereses ajenos, es decir, "el fraude", hubiesen encontrado sólo un eco rudimentario en el Derecho. Ya hemos mencionado la punición de los recaudadores culpables de defraudación en Méjico, siendo muy significativo su estrecho vínculo con la esfera jurídico-pública. En consideración al bienestar común se castigaba también la falsificación de medidas por parte de los mercaderes: "si las falsan penan al falsario y quiebran las medidas" (Gómara, pág. 349), imponiéndose al falsificador, según Clavigero (I, pág. 484), la pena de muerte. A las relaciones económicas privadas, en cambio, corresponde la punición de la venta repetida del mismo predio que el Derecho de Tezcoco, más adelantado, había reglamentado como hecho delictivo: "que si alguna persona vendía dos veces alguna tierra, el primer comprador quedase con ella, y el segundo perdiese lo que dió, y el vendedor fuese castigado" (Nazahualcoyotl, 20).

Todas las reglamentaciones aquí estudiadas no cambian nada en la impresión total de que el interés punitivo del Estado, inspirado por un fuerte impulso hacia la protección de la vida individual y de la familia, se apropiaba sólo con lentitud de la esfera económica privada. Este desarrollo desigual marcha paralelo con el hecho observado generalmente de que el Derecho de las culturas feudales lograba antes la consolidación estatuaria del "Derecho penal" que la del "Derecho privado", siendo, por tanto, más fácil comprender la mentalidad jurídica estatal de la alta cultura precoz a partir de la violación del Derecho y su expiación.

HERMANN TRIMBORN.

(*Continuará.*)