II

# El Derecho Penal en las Altas Culturas de la América Precolombina

## I

### Introducción.

### § 1.

Tanto desde el punto de vista de la Americanística como de la Jurisprudencia etnológica echamos de menos, hasta ahora, un tratado sistemático y completo del Derecho de la Alta Cultura de América. Para llenar este vacío en nuestros conocimientos históricos presentamos en nuestro ensayo la exposición comparada de una parte de los fenómenos jurídicos que comprende los problemas relacionados con el delito y su expiación, es decir, el Derecho penal "material", excluyendo deliberadamente la organización judicial y el procedimiento criminal. En el sentido etnográfico, el estudio comprende el Imperio de los Incas del antiguo Perú, los Estados de los Chibchas de la Meseta de Bogotá y la Triple Unión de la Meseta de Méjico. Para que nuestra disertación fuese completa habrían de tenerse en cuenta también el Derecho de las tribus mayas y de otras agrupaciones de cultura superior de la América Central meridional, así como de los indígenas del valle del Cauca de Colombia; sin embargo, tenemos que renunciar por ahora a esta exposición global, puesto que no disponemos de material suficientemente preparado para la parte del Derecho que nos interesa (§ 2).

En cuanto al método, nos proponemos realizar tres cometidos. En primer lugar se trata de demostrar la sujeción causal de los diferentes fenómenos jurídicos a la cultura total; este objetivo deriva necesariamente de la naturaleza del Derecho, que no constituye una esfera aislada al lado de otros valores independientes, sino que significa precisamente la ordenación de los hechos sociales. Si bien nos ayudan en esta tarea trabajos preparatorios de índole monográfica (§ 2), falta hasta ahora una explicación completa y comparada del Derecho penal de los diferentes centros de desenvolvimiento cultural más elevado en América. Es de lamentar esta laguna; pues la investigación comparada de los focos culturales de Méjico, Colombia y del Perú, aquí tratados, nos da a conocer tanto los más interesantes paralelos como diferencias en la formación del Derecho entre los diversos pueblos. Más allá de la simple comparación tal ensayo comparado descubre una estratificación histórica, frente a la que se revelan impotentes nuestras fuentes más bien superficiales, que carecen de una perspectiva histórica auténtica. Más adelante veremos que lo característico de dicha estratificación estriba en que hace pasar ante nuestra vista la evolución de una cultura estatal precoz —una fase cultural de organización señorial que pudo imponerse, con fenómenos análogos, en los diferentes territorios de alta cultura en un grado más o menos elevado, hasta que la Conquista interrumpió el desarrollo de este proceso histórico.

## § 2.

Sin embargo, también debemos al "descubrimiento" y a la conquista del Nuevo Mundo la inclusión de sus características e historia en el campo visual y en la imagen cósmica de la Ciencia occidental. Nuestras fuentes sobre la Historia del Derecho de la América precolombina las constituyen las relaciones españolas de los siglos XVI y XVII: descripciones de sacer-

dotes, funcionarios o soldados que en parte descansan aún inéditos en los Archivos, siendo muy variado su valor científico. Desde luego, no podemos ofrecer aquí una divagación bibliográfica o una crítica de esta literatura; sólo cabe indicar aquí los estudios especiales que se encuentran en las obras de Antonio, Beristain, Icazbalceta, Mendiburu, Winsor —para citar sólo las más importantes— que incluímos en nuestro índice bibliográfico. Los resultados obtenidos en estos y otros trabajos, en cuanto a las relaciones entre las diversas fuentes y al grado de su autenticidad, lo mismo sirven de base al ensayo presente como fueron los cimientos de anteriores trabajos preparatorios y monográficos acerca del Derecho penal: mis trabajos sobre *Straftat und Sühne in Alt-Peru* (*El delito y su expiación en el antiguo Perú*) y *Das Recht der Chibcha in Columbien* (*El Derecho de los Chibchas de Colombia*), así como el trabajo de Wintzer sobre *Das Recht Altmexikos* (*El Derecho del antiguo Méjico*), que contiene juicios críticos sobre las fuentes consultadas (págs. 331-341). Añadiendo a los citados el estudio de Kohler sobre *Das Recht der Azteken* (*El Derecho de los Aztecas*) resulta que, además de las obras de fuentes originales escritas por testigos presenciales, contamos ya con suficientes trabajos preparatorios que casi exigen un tratado histórico y comparado en relación con los tres centros culturales enunciados anteriormente.

## § 3.

Así como no podemos emprender una crítica de las fuentes, tampoco podemos facilitar el conocimiento del orden social, indispensable para la comprensión. Pero por lo menos insistiremos en algunos rasgos sociológicos característicos de los antiguos indios que han de tenerse en cuenta en las explicaciones posteriores.

El fuerte impulso cultural de las antiguas civilizaciones americanas tiene su origen en la órbita estatal;

ya que la organización estatal —prescindiendo de excelentes resultados obtenidos en otros órdenes vitales— representa la fuerza "par excellence" de estos pueblos. Hasta la posibilidad que tenemos para ocuparnos del Derecho de estas naciones de la antigua América la debemos a las formaciones estatales y fundaciones imperiales de los tiempos anteriores al descubrimiento.

En Méjico este proceso de formación política recibió un fuerte empuje durante los últimos siglos anteriores a la Conquista por parte de algunas tribus nahuas; de estas tribus, los Tecpanecas de Tlacopán, los Acolhuas de Tezcoco y los Aztecas de Tenochititlán, fundado en 1325, habían constituído una Triple Unión política bajo la hegemonía de los Aztecas; durante el último siglo antes de la Conquista, esta Unión logró la incorporación más o menos completa de gran número de otros Nahuas y también de tribus extrañas, de modo que a la llegada de los españoles el dominio de la Triple Unión no sólo comprendía la Meseta de Toluca y la región lagunera, sino también la costa atlántica, desde Tuxpan hasta Tuxtla, el valle del Río de las Balsas con la zona litoral pacífica adyacente, desde Colima hasta Acapulco; el itinerario Oaxaca y Tehuántepec, y una parte de Chiapas hasta el volcán de Soconusco. Comparado con la gran extensión de este dominio, el segundo centro cultural de que trataremos aquí, los países de los Chibchas en un sentido más estrecho tiene el carácter propio de pequeños Estados. En el alto valle de Bogotá y algunos valles vecinos de la Cordillera Oriental de Colombia —cuya región se extendía del 4.° al 7.° grado de latitud N.— reinaban en tiempos de la conquista emprendida por Jiménez de Quesada nada menos que nueve soberanos, entre los cuales, sin embargo, los señores de Sáchica, Tinjacá, Chipatá y Saboyá no desempeñaban un papel muy importante. Mayor importancia tenían el soberano de Guanenta en el Norte, el Túndama en el Nordeste, el rey sacerdote de Iracá o Suamoj en el Este y, ante todo, los dos grandes contrincantes: el reino del Zaque de Tunja, situa-

do en el centro del país de los Chibchas, y en el Sur el Estado del Zipa de Bogotá; éste logró en vísperas de la Conquista la sumisión de Guatavita, de cuyos soberanos procede la leyenda del *Dorado*. En el tercer centro cultural, en cambio, encontramos las características típicas de un Gran Estado: el reino de los Quichúas —que sucedieron a los Collas, representantes de la cultura de Tiahuanaco— se extendió bajo la dinastía de los Incas, en el transcurso de tres siglos, a la región de los Andes del Ecuador, Perú, Bolivia, Chile y la Argentina actuales, llegando a comprender en tiempos de la Conquista desde el Río Maule (32° S.) hasta el Río Ancasmayu (4° N.). Este aumento fué debido a la absorción de numerosas tribus quichúas y de otros pueblos, como los Collas o Aymarás, los Araucanos del Norte, los Chibchas y los habitantes del reino de Chimú.

En todos sus territorios y en coincidencia sorprendente todos estos Estados se superpusieron a una base social idéntica, caracterizada por una estructura "horizontal" de la sociedad, con aldeas y tribus. Tanto en Méjico como en el Perú, las comunidades aldeanas, equivalentes a clanes totémicos locales, constituían las unidades regionales básicas: el llamado aillu de los Quichúas o calpulli de los Nahuas, una intensa comunidad de economía, defensa y Derecho que originariamente fué también la exclusiva comunidad local, mientras que después del desarrollo de la cultura urbana podía haber convivencia de varias de estas unidades (por ejemplo, en Tenochtitlán al principio 7 y más tarde incluso 20 calpulli). Esta estructura de la sociedad que estribaba en los clanes locales se cruzó, tanto en Méjico como en el Perú, con una división de las tribus en clases matrimoniales que entre los Quichúas se llamaban "hatun" (superior) y "hurin" (inferior); en Tenochtitlán se distinguían 4 y en Tezcoco hasta 6 clases. Por el cruce de ambos procesos de socialización se llegó a un sistema combinado, distribuyéndose los clanes de cada tribu entre las clases matrimoniales, de

número más pequeño. Ambos sistemas de organización social —el orden de clanes totémicos y la división matriarcal de las clases— los echamos de menos entre los Chibchas de Bogotá, hecho debido sin duda a la influencia de una ola del tipo de la llamada cultura del "matriarcado libre" que llegó a la región de los Andes cuando la invasión de tribus caribes. Por eso, entre los Chibchas o Muiscas, las unidades sociales básicas eran las comunidades aldeanas, formadas por 10 hasta 100 casas, pero sin carácter totémico.

En todas partes cierto número de estas comunidades aldeanas, por regla general toda la población de un valle, estaba reunida en la unidad mayor inmediata de la tribu. Estas tribus estaban sujetas a un mando unitario y más o menos autocrático; formaban una unidad idiomática y tenían también un culto común; entre los Chibchas comprendían de 10.000 a 30.000, en el imperio inca hasta 50.000 "tributarios"; podían disponer, pues, hasta de 10.000 guerreros y representaban los elementos políticos de cuya rivalidad arrancó más tarde la creación del nuevo tipo estatal.

Pero junto al orden "horizontal" diseñado aquí con la brevedad necesaria, se presenta otra analogía más: la estructura "vertical" de la sociedad, dividida en clases sociales.

En el círculo de la cultura azteca, frente a la numerosa clase de los "libres comunes", agrupados en los calpullis, con ingresos diferenciados, pero limitados prácticamente por corresponderles una parte determinada de la tierra del clan, hay que distinguir otra capa más pequeña que la integraban los dos grupos de los esclavos domésticos y de los colonos adscritos o vasallos. Sobre este fundamento se erigía una escala aristocrática que no sólo conocía una nobleza de casta, a cuya clase pertenecían los caudillos de las tribus gobernantes, sino también una nobleza adquirida por mérito y que culminaba en los tronos de los tres soberanos de la Triple Unión. También entre los Chibchas existía primero una numerosa clase de libres comunes;

pero aquí ostentaban muchas diferencias en ingresos y fortuna, ya que entre ellos existía la propiedad privada de la tierra y un comercio muy desarrollado. La "nobleza propietaria" participaba incluso en las prerrogativas de la nobleza de casta y de la clase "burocrática". Por otra parte, sólo había un número insignificante de esclavos domésticos, la mayoría de las veces prisioneros de guerra y procedentes de tribus extrañas. Contrastando completamente con el país de los Chibchas, donde la situación económica de los libres comunes era muy variada, los miembros del aillu peruano constituían una masa económicamente uniforme dentro del estrecho marco de la comunidad económica local de la "marca", destacándose originariamente sólo los jefes de los clanes, los llamados curacas. Al Estado señorial de los Incas podemos atribuír la implantación de cierta clase de siervos, los yanacuna, reclutados entre prisioneros de guerra y delincuentes. Pero también se debe al mismo la creación de una nobleza con diferentes categorías, a la que pertenecían, además de los curacacuna "burocratizados", los "Orejones", es decir, los miembros de la tribu reinante, entre los cuales se elegían los gobernadores de provincia y que culminaron en la suprema dinastía de los reyes Incas.

Todos estos centros culturales tenían, por tanto, de común una estratificación de la sociedad que, frente a una gran masa aldeana de "libres comunes", produjo, tanto el derecho inferior o restringido de los esclavos como el derecho superior o privilegiado de una nobleza que, por su parte, alcanzó su ápice en las dinastías reinantes. Para el Derecho surge de este estado de cosas, por ejemplo, el problema de si y cómo la violación del Derecho y la expiación sufrieron modificaciones según el rango de la persona. Pero la más importante de todas las consecuencias jurídicas que la creación de reinos rígidamente organizados a base de competencias políticas trajo consigo, fué la implantación de las concepciones y normas jurídicas de los grupos predominantes en los grupos sometidos: de allí resultó la creación

—por lo menos iniciada— de una uniformidad del Derecho material, pero, en parte, ya también formal, que se manifiesta ante todo en el Derecho penal, por la formación de un Derecho común para todo el reino, frente a las costumbres regionales.

Pero antes de pasar a la propia exposición de este Derecho es necesario —precisamente en vista del estado transitorio de los Derechos de la América antigua— que hagamos algunas observaciones generales acerca de la naturaleza de tales sistemas precoces del Derecho.

## § 4.

La totalidad de las instituciones sociales, las reglas de conducta y las concepciones de un pueblo no tienen de ninguna manera naturaleza jurídica exclusiva o predominante. Al lado de instituciones y normas jurídicas, la Costumbre ocupa un amplio espacio: el uso consagrado por la tradición y educación, que en la conciencia de los miembros de una comunidad social tiene carácter coercitivo igual que el Derecho en sentido estricto.

Porque tanto el Derecho como la Costumbre son de índole coactiva cada uno en su género. Y cuanto más descendamos a la humanidad primitiva, tanto más difícil será distinguir entre ambas esferas y trazar un límite fijo que marque la transición del extenso campo de la Costumbre a la esfera del Derecho, más reducida conceptual y psicológicamente. No es de ningún modo decisivo para esta línea divisoria —ni tampoco en el Derecho moderno— el factor de la amenaza de un daño y ni siquiera lo es la característica de una reacción de defensa de la sociedad, que en el caso particular de una no observancia de los preceptos de su Costumbre, puede tener consecuencias más graves para el autor que la violación de una norma jurídica en sentido estricto.

Considerando que la mayor parte del Derecho de la antigua América consistía en usos consuetudinarios y que una separación de Costumbre y Derecho es, por

tanto, muy difícil, es conveniente dar a nuestra exposición un marco mejor demasiado amplio que no estrecho, habiéndose de tener en cuenta, desde luego, que mucho de lo que aparezca en nuestro estudio no fué, probablemente, Derecho auténtico, sino mera Costumbre. Por otra parte, hemos de recordar que el cometido de este trabajo no consiste en dar una "historia de las costumbres", sino en investigar la conciencia jurídica de los pueblos civilizados de América.

Ahora bien, la comprensión de nuestras propias concepciones jurídicas es para nosotros algo sobreentendido, porque hemos nacido en su ambiente o por lo menos fuimos colocados en el mismo; en cambio, la comprensión aproximada de las costumbres y del Derecho de la humanidad primitiva requiere de un modo indispensable tener presentes las raíces de su estructura sociológica, que de ninguna manera se rige exclusivamente por leyes propias e inmanentes. El mundo espiritual-religioso y las necesidades económicas son los dos complejos más importantes que determinan al orden social de un pueblo. Porque Derecho y Costumbre por un lado y Religión y Economía por otro, no son, de ningún modo, esferas separadas que hayan de tratarse con arreglo a leyes propias, y en el área total de nuestra conciencia puedan compararse a los sectores separados de un círculo; son complejos de los más íntimos efectos correlativos que se manifiestan, por ejemplo, en que la mayoría de los hechos sociales suelen basarse en motivaciones religiosas o requisitos económicos (que entre ellos tampoco son independientes del todo). Así sólo comprendemos la costumbre de las ofrendas funerarias, muy extendida y también de importancia jurídica, teniendo en cuenta la idea de "vida material post mortem", base de esta costumbre y realmente su creadora.

En el mismo grado en que la disposición psicológica del hombre primitivo dista de los contenidos de conciencia corrientes entre nosotros, se hace cada vez más difícil aplicar a aquél los sistemas y los conceptos de la vida social usuales entre nosotros. La simple aplica-

ción de nuestros conceptos jurídicos a las instituciones de los primitivos, casi siempre muy diferentes material y psicológicamente, alteraría las concepciones de aquéllos, igual que las desfiguraría la transmisión de nuestros sistemas jurídicos, queriendo imputar a la conciencia de los pueblos primitivos, compleja y de carácter más bien intuitivo que conceptual, un modo de pensar atomizante y abstracto, idéntico o por lo menos comparable de algún modo al nuestro.

Aunque no podamos prescindir de muchas denominaciones usuales entre nosotros, por ser limitados nuestros medios de expresión, tenemos que recordar que siempre serán un recurso auxiliar; intentaremos en cada caso concreto tener en cuenta la naturaleza diferente del contenido conceptual recurriendo a la perífrasis.

Por otra parte, está fundado en cierta constancia de la evolución social, en cierta uniformidad del proceso de socialización humana, el hecho de que, al menos, los grupos muy grandes de las formaciones sociales y jurídicas se corresponden de alguna manera. Por ejemplo, la familia o las agrupaciones más amplias, que podemos denominar "estatales", constituyen tales complejos que permiten ordenar todo el material sociológico en grupos de hechos diferenciados con vistas a las exigencias de una exposición fácilmente abarcable. Ello no quiere decir que estos grupos hubiesen existido en la mente de los pueblos mismos, en un sistema consciente y abstracto, sino sólo que un estudio científico obliga a realizar tal análisis del contenido de su conciencia, de por sí compleja.

Lo que más claramente se destaca en primer lugar es la formación de las asociaciones públicas, es decir, aquellas reglas que afectan a la constitución y administración de las comunidades. Dentro de la esfera jurídica restante, una vez eliminados estos hechos, que se refiere, pues, a la regulación de las relaciones privadas, solemos distinguir entre dos manifestaciones específicas del Derecho.

Una clase de normas impone al individuo de un modo

absoluto, es decir, independiente de una intención encerrada en un acto jurídico, una conducta determinada, un hacer o no hacer, amenazando con un acto punitivo por parte del poder público en el caso de que no se observasen estas normas.

Por otra parte encontramos reglas que únicamente representan posibilidades de formación ofrecidas por la tradición: formas y límites dentro de los cuales puede realizarse la voluntad individual con la aprobación pública. La mayoría de los principios jurídicos relativos a los negocios económicos de la vida cotidiana y en parte también a la institución de la familia y al Derecho de sucesión pertenecen a esta segunda categoría. Constituyen las formas típicas de tales actos, y sólo en los casos de una colisión con justas pretensiones de otra parte, tienen por consecuencia un acto del mismo poder público o la legítima defensa consentida por aquél.

Esta distinción entre los puntos de vista puramente privado y público está muy lejos del pensamiento jurídico de los pueblos primitivos; constituye más bien una creación y característica de un iniciado desarrollo de cultura superior. Recordamos que entre los primitivos toda lesión efectiva de los intereses de otra persona se expía desde el punto de vista de una compensación del daño sufrido. Entre ellos sólo hay una manera de alterar el statu quo protegido por el Derecho, y todo acto contrario al Derecho, dirigido contra la integridad de la vida o de la propiedad o contra la fuerza defensiva o la estructura familiar del grupo, se expía desde el punto de vista uniforme del daño causado. Más tarde alborea paulatinamente en la historia del Derecho de la humanidad una consideración diferenciada que distingue entre la compensación del daño causado por intereses puramente privados y el castigo ejemplar de aquellas manifestaciones de la voluntad que pudiesen poner en peligro la existencia del orden social.

Esta distinción la podemos observar ya precisamente en los pueblos civilizados de la antigua América, de modo que a base de sus ejemplos modelos podemos es-

tudiar la interesante transición de una mentalidad jurídica propia de culturas inferiores a la de superiores; he aquí uno de los principales aspectos de nuestro estudio.

Desde luego, es muy difícil una separación estricta de preceptos jurídicos y morales, ante todo porque gran parte del Derecho no estaba formulado de un modo abstracto, sino que sólo fué simple uso, el llamado *Derecho consuetudinario* transmitido por la tradición de una generación a otra. Especialmente la regulación de las relaciones jurídicas "privadas", por ejemplo, del orden familiar y de sucesión era, todavía en tiempos de la Conquista, dominio casi exclusivo del Derecho consuetudinario tradicional. Era característico de estos Derechos populares tradicionales el que manifestaban grandes diferencias regionales, según los diversos países y valles, de modo que dentro de los círculos culturales faltaba en gran medida un Derecho común, aunque existía a menudo, por otra parte, una coincidencia efectiva dentro de un territorio más grande (Derecho consuetudinario común).

El surgir de Estados conquistadores había motivado ya cierta alteración de esta autonomía de Derechos regionales en el sentido de que la formación de comunidades sobre grandes espacios trajo consigo también regulaciones jurídicas comunes. De este modo al antiguo Derecho consuetudinario fueron agregados, desde arriba, los fragmentos de un Derecho "estatuído" que creó en los respectivos Estados por lo menos los principios de un Derecho unitario frente a las diferentes regulaciones regionales. "Ordenó (el Inca Pachacutij) muchas Leyes, y Fueros particulares, arrimandose á las costumbres antiguas de aquellas Provincias, donde se avian de guardar, porque todo lo que no era contra su Idolatría, ni contra las Leyes comunes, tuvieron por bien aquellos Reyes dejarlo usar á cada Nacion, como lo tenian en su Antiguedad" (Garcilaso, VI, 12).

Este Derecho estatuído común, creado por los respectivos poderes centrales, constituía, ante todo, el prin-

cipio de un Derecho penal "puro" que tendía deliberadamente a la protección de intereses públicos. Vemos, pues, que también en América la tendencia a la unidad formal del Derecho —idéntica a la tendencia hacia la codificación del Derecho— se inicia por la implantación de un Derecho penal ejemplar, de un Derecho penal "puro", en el sentido arriba expuesto. Citamos como ejemplos de tales creaciones de los poderes centrales, además del conjunto de leyes dictadas por los reyes Incas, los "códigos" relacionados con los nombres de Neméquene de Bogotá o Nompaném de Iracá y, ante todo, la codificación de Nezahualcoyotl II (1431-1472), rey de Tezcoco, cuya colección de normas fué objeto de recepción en los Estados de Tenochtitlán y Tlacopán.

## II

### § 1. *a*)

Las citadas codificaciones que colocaron un Derecho estatuído común al lado del Derecho consuetudinario regional o también común, constituyen, por su contenido esencial, los comienzos de un Derecho penal estatal verdaderamente draconiano, embebido por la idea de la protección de los intereses públicos por medio de la *intimidación ejemplar* ante la realización de una *voluntad* contraria al Derecho.

No queremos decir que el Derecho más antiguo de los grupos totémicos o aldeanos no haya desempeñado, en un sentido objetivo, la misma función sociológica. Pero el primer plano de la mentalidad jurídica lo ocupa en estos Derechos antiguos la idea de la *compensación* del *daño* causado. Como hemos indicado, ya coexisten en la expiación primitiva la compensación del daño material o ideal y el castigo merecido por intereses públicos, y hasta podemos decir que esta expiación —ora consista en la venganza sangrienta, ora en la "composición"— incluye sólo de un modo latente la defensa de intereses públicos y que en la conciencia de la comu-

nidad se consideraba como compensación de agravios. Este hecho subjetivo no excluye, naturalmente, el que en la sociedad de las culturas primitivas el resultado objetivo de la pena no produjera una intimidación ante el delito. Porque la función fisiológica de la pena en el organismo social no depende de la opinión de los interesados respecto de los actos de compensación. Los defensores de una "teoría de la compensación" tienen razón, por cierto, pretendiendo encontrar subjetivamente la finalidad de la pena en la conciencia de la comunidad, pero el papel objetivo de la pena en la sociedad estatal, organismo que se regula automáticamente, no es afectado por esto de ninguna manera. Así, por un linchamiento practicado con la más apasionada voluntad se obtendrá siempre el resultado de una ejemplaridad intimidadora. La controversia sostenida acerca del carácter compensador o intimidador de la pena parte de puntos de vista diferentes: por un lado del subjetivo-psicológico y por otro del objetivo-orgánico. De ambas fuentes emana la facultad punitiva del Estado; ésta expresa la voluntad organizada de sus miembros reclamando una compensación, pero sirviendo prácticamente también los fines de la intimidación.

Una distinción consciente entre ambas funciones sociales no llegan a conocer sino los jóvenes Estados de la alta cultura precoz: en ellos se desarrolla por primera vez un Derecho penal "puro" —independiente del interés privado por una compensación del perjuicio sufrido— y que tiene por objeto la defensa de los intereses públicos, mientras que la indemnización se dirige cada vez más por el cauce de la "acción" de Derecho privado. Un ejemplo modelo nos lo ofrecen las lesiones corporales, tanto en Méjico como en el Perú, donde ya se distinguía entre la pena (en Méjico prisión) y la indemnización de daños y perjuicios (Motolinia, c. 17, página 310; Ixtlilxochitl, c. 46; Cobo, XII, 26). También es interesante en este aspecto la regulación del hurto entre Aztecas: tratándose de valores pequeños, el autor sólo incurría en responsabilidad civil mientras que el

interés punitivo del Estado (en forma de la pena capital) no intervenía sino en valores más importantes y cuando la reparación ya no era posible (Nezahualcoyotl, 18; Libro de Oro, I, 4, 5; II, c. 4, 1; Motolinia, c. 20, pág. 321; Mendieta, II, c. 29; Durán, II, c. 98, pág. 221; c. 26, pág. 217; Torquemada, XII, c. 5; XIV, c. 16; Gómara, págs. 441, 442; Clavigero, I, pág. 487; Ixtlilxochitl, c. 38; Vetancurt, II, Trat. III, c. 13; Veytía, III, pág. 225). De igual modo los Incas distinguían entre el castigo del hurto y la reparación del daño (Cobo, XII, 26). También este caso sirve a ilustrar la distinción entre un Derecho penal "puro" y un Derecho civil "puro" que alborea en las altas culturas de la antigua América. Recuerda la citada particularidad mejicana el hecho de que precisamente el hurto se consideró, durante más tiempo que otros delitos, como una mera cuestión de compensación de daños y perjuicios que debía arreglarse entre las partes interesadas; de ahí el castigo leve del hurto que nos sorprende en el draconiano sistema penal de las altas culturas precoces. Porque, generalmente, el Derecho penal de las culturas señoriales o feudales se distinguía —además de su tendencia al Derecho estatuído común y a la codificación— por el desenvolvimiento de penas ejemplares, cuyo carácter nos explica una serie de otras peculiaridades que volvemos a encontrar en todas partes.

Para las diversas regiones en cuestión disponemos de testimonios expresos de que también en las altas culturas de la antigua América se manifestó de un modo consciente y sistemático esta tendencia hacia un Derecho penal ejemplar: los de Acosta (VI, 12), Garcilaso (II, 13) y Cobo (XII, 26) en cuanto al imperio incaico, y de Zúrita (pág. 114), Motolinia (c. 3, págs. 251-2), Sahagún-Seler (págs. 345-6), Pomar (pág. 32) y otros en cuanto a la Triple Unión azteca; "porque de ejecutarse la Pena de la Ley con tanta severidad, y de amar los hombres naturalmente la Vida, y aborrecer la muerte, venian á aborrecer el delito" (Garcilaso, II, 13; cf. II, 12). Con arreglo a nuestras fuentes tenemos que

interpretar en el mismo sentido de la ejemplaridad intimidadora varias instituciones del Derecho penal de Méjico: igual que en el Cuzco, en el homicidio cometido por hechizos o cometido en el marido y en casos graves de falso testimonio (Cobo, XII, 26), la ejecución de los adúlteros en Tezcoco se llevaba a cabo en lugar público "para que se guardasen ellas de cometer semejantes delitos" (Zúrita, pág. 114; Motolinia, c. 3, páginas 351-2; Sahagún, VIII, c. 16, pág. 522; Ixtlixochitl, c. 64); y por el mismo motivo el encubridor era castigado con la pena capital (Sahagún, VIII, c. 36). También se atribuye una finalidad intimidadora al hecho de que las prisiones eran especialmente pequeñas y oscuras (Gómara, pág. 442: "las cárceles eran bajas, húmedas y escuras, para que temiesen de entrar allí"). Pedro Simón (pág. 254), testifica expresamente el carácter intimidador o ejemplar del Derecho de los antiguos Chibchas.

Pero abstracción hecha de estos testimonios directos, la tendencia a la intimidación o ejemplaridad, inherente al Derecho feudal y autoritario, se deduce indirectamente de una serie de síntomas de significado análogo que vamos a estudiar detalladamente. En primer lugar se trata de la ya mencionada rigurosidad de estos sistemas penales, característica general del Derecho señorial-autoritario. El segundo síntoma es la valoración de la culpa psicológica, incompatible con una expiación concebida como compensación de daños y perjuicios, pero perfectamente compatible con la intimidación ejemplar que se dirige a la conciencia del autor. Y en tercer lugar tenemos la penalidad de aquellos actos que no exigirían expiación según el principio "volenti non fit injuria", esencial para la responsabilidad de daños y perjuicios, debiéndose distinguir entre los delitos que lógicamente no pueden implicar un daño o perjuicio de intereses privados y aquellos delitos donde el perjudicado consiente en el daño; para el primer grupo puede servir de ejemplo modelo el castigo de la sodomía o del casamiento en segundas nupcias entre divorciados. Todos estos hechos son indicios de que la finalidad consciente

de la pena ya no es la compensación de un daño, sino la intimidación ejemplar. Este cambio de la finalidad se manifiesta además en que la pena ya no se deja, como en la fase de cultura inferior, a la iniciativa privada (cuya forma más pura fué la venganza sangrienta, mientras que la más débil consiste en una demanda del perjudicado), sino que ahora procede en forma de una intervención organizada del Estado, independiente de los interesados inmediatos.

*b)*

Esta intervención organizada del Estado era general en las altas culturas de la antigua América: con arreglo a la organización estatal, implantada bruscamente, y a la división de cargos públicos, encontramos también la administración de la justicia en poder del Estado, es decir, de la nueva organización autoritaria.

Considerando sólo la función punitiva como tal en las primeras fases de la evolución del Derecho, fué "órgano estatal" también el individuo que ejecutaba la venganza, ya que bastaba a la finalidad de la intimidación ejemplar. Esta situación ofrecía, por una parte, la garantía de que por la combinación de la expiación y del interés particular del perjudicado no era fácil que una violación del Derecho se sustrajese al castigo; pero, por otra parte, esta justicia privada encerraba el peligro de que la función de la justicia fuera fácilmente mermada por el motivo extrajurídico de una venganza excesiva. Ahora bien, según progresaba la organización autoritaria iniciada, el Estado declaró monopolio suyo el ejercicio de la expiación, imponiéndose una distinción entre los perjudicados y los jueces más de acuerdo con la finalidad peculiar de la pena, en dos direcciones: por un lado el Estado evita una venganza excesiva por parte del perjudicado, por ejemplo, una venganza sangrienta sin causas suficientes, y por otro lado garantiza la expiación que exigen los intereses públicos de la comunidad en aquellos casos, a menudo graves, donde había fracasa-

do el antiguo sistema de las "composiciones" con su inclinación a la conmutación de todas las penas por una indemnización pecuniaria. Además se procura ahora por primera vez castigar también aquellos actos perjudiciales para la comunidad que no implican un perjuicio inmediato de intereses privados (por ejemplo, la sodomía). Porque desde ahora se presenta el poder público sistemática y deliberadamente como defensor y protector de los intereses comunes: desde este punto de vista se acentúa —además de la conservación de la existencia estatal— la tendencia protectora de la vida y de la familia. No extraña, pues, que el procedimiento de la iniciativa o justicia privadas, considerado ahora improcedente, fuese sustituído por la persecución "ex officio" de los delitos.

Se comprende, pues, que la transición del orden antiguo al nuevo no se realizó por una sucesión consecutiva de formas puras y radicales, sino que la nueva concepción del Derecho fué imponiéndose paso a paso, reemplazando paulatinamente las ideas más antiguas, conservándose éstas, sin embargo, también en los nuevos Estados en forma de residuos aislados e inorgánicos. ¡Según su índole y extensión estos residuos nos dan una impresión del grado en que la nueva ideología estatal supo imponerse! En lo que se refiere especialmente a la sustitución de la tradicional iniciativa privada por la persecución "ex officio" de las infracciones del Derecho, podemos distinguir, en las altas culturas precoces, entre dos clases de las supervivencias indicadas: por un lado tenemos los casos de la justicia privada de estilo antiguo, que sigue lícita, pero se limita a algunos hechos —que discutiremos más adelante— y por otro lado la solución intermedia de la persecución a instancia, dejando el Estado (a causa, por ejemplo, del escaso interés público) la iniciativa al perjudicado particular, pero sólo dentro del marco del monopolio estatal que aquí siempre se tiene en cuenta, en contraste con lo que sucede en el primer caso. Esta resultante típica del juego de fuerzas entre la iniciativa o justicia privadas y el monopolio es-

tatal la encontramos, por ejemplo, en el precepto incaico que nos transmite Cobo (XII, 26): "Cuando alguno era tomado en casa de otro con su hija, *si el padre se quejaba,* era castigado el delincuente á voluntad del Inca ó de su gobernador".

Prescindiendo de los residuos de la iniciativa o justicia privadas lícitas, de los cuales trataremos más adelante, estas supervivencias no eran sino excepciones. En las altas culturas americanas no se procedía generalmente a la persecución de los delitos *a instancia* (de parte), sino *de oficio*. En cuanto al imperio de los Incas lo atestigua de un modo general Garcilaso (II, 12): "y aunque el ofendido se apartase de la Querella, ó no la huviese dado, sino que procediese la Justicia de Oficio". En cuanto a la Triple Unión azteca tenemos testimonios especiales para la sodomía (Motolinia, c. 6, pág. 264: "inquirian y buscaban los tales delincuentes para los punir"; Mendieta, II, 29; Zúrita, pág. 113) e incluso para el adulterio (Ixtlilxochitl, c. 38). Y todavía más el Estado de la antigua América no sólo monopolizó toda la administración de la justicia penal en una jerarquía de autoridades, cuya primera instancia eran los jefes indígenas ingresados en la administración, sino incluso declaró su jurisdicción central competente para conocer de los casos de mayor importancia para él.

*c)*

El ya indicado revés del monopolio punitivo del Estado —garantizando la expiación a todo perjudicado dentro del marco de los intereses públicos— es, pues, la supresión de la iniciativa o justicia privadas, ora en forma de la venganza sangrienta, ora en la de la composición, declarándose punible la misma como arbitrariedad ilícita, es decir, como usurpación de funciones públicas.

Pero es natural que precisamente en las fases precoces de la organización estatal existan transiciones

donde la iniciativa o justicia privadas conserva cierta facultad de acción. En la cultura de los Chibchas, del más acentuado carácter inferior (recuérdense las raíces mágicas del cacicazgo), a la iniciativa o justicia privadas le correspondía, por lo visto, un papel más importante. Lo demuestra el hecho de la muerte de una mujer ocasionada por el parto; resurgía en tales casos hasta el antiguo derecho de los parientes a la venganza sangrienta contra el marido considerado como autor de la muerte (P. Simón, pág. 253; véase más abajo). En cambio, la venganza privada fué impugnada con más fuerza en los otros centros de alta cultura, donde reinaba un feudalismo autoritario más progresado, es decir, en el Perú y aun más en Méjico.

Se comprende, desde luego, que en el imperio incaico la iniciativa o justicia privada se haya considerado como ilícita en todos aquellos casos que significaban una infracción de las leyes incaicas o que, por otra causa cualquiera, estaban sometidos a la jurisdicción central. El único caso atestiguado de una iniciativa o justicia privada lícita es el del daño ocasionado en los campos por el ganado ajeno (Cobo, XII, 26: "Si algún ganado hacía daño en heredad ajena, el dueño délla podía tomar el dicho ganado hasta en tanta cantidad cuanto era el daño, y tenían tasado cuántos piés de maíz era cierta medida por la cual estaba puesta pena determinada, que se cobraba en proporción del daño hecho"). En cambio, la venganza privada fué rechazada con más rigor, obligando al ultrajado a denunciar el delito ajeno hasta en el caso del adulterio, en el cual aquélla se conserva generalmente con más tenacidad, incluso en culturas más modernas. Sin embargo, el homicidio cometido en los adúlteros por parte del marido merecía un castigo más leve (Anónimo, págs. 201-2): al autor no se imponía la pena capital (de la horca) correspondiente al asesinato ni la pena de trabajos forzados a perpetuidad, correspondiente al homicidio simple, sino la pena de trabajos forzados hasta el máximo de un año: "Quien matare á su mujer hallándola en adulte-

rio, que sea desterrado por un cierto tiempo. Lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero el tiempo del destierro no pase de un año." Todo lo dicho demuestra que la costumbre de la venganza privada, muy difundida antiguamente, desapareció casi por completo en el imperio incaico del Perú, quizá gracias a la evolución que experimentó ya en tiempos preincaicos el poder autocrático de los caciques.

Con mayor intensidad todavía logró imponerse esta misma tendencia en la esfera del Derecho mejicano: para él no poseemos ningún testimonio de una justicia privada lícita, e incluso la muerte de la adúltera sorprendida "in flagranti" era castigada como asesinato, imponiéndose la pena capital de la horca al cónyuge que se vengase arbitrariamente, "porque usurpaba la justicia" (Motolinia, c. 16, pág. 307).

Los casos que aquí podíamos citar son extremadamente significativos para la relación existente entre las formaciones jurídicas del Perú y los del Méjico antiguos, revelándonos en la cultura mejicana una situación más avanzada en el sentido de haberse impuesto el monopolio punitivo del Estado.

*d)*

Igual que el Estado pone trabas a la venganza privada del individuo, ya que sirve a los intereses públicos y no a los privados, debe ignorar también el consentimiento del perjudicado o lesionado en la violación del Derecho lo mismo que su perdón posterior: a la supresión de la venganza ilícita corresponde la ineficacia jurídica del consentimiento del perjudicado. Este consentimiento es sustituído en cierto modo, ya en las culturas señoriales precoces, por la institución de la gracia real que, sin embargo, no se regía, por lo menos en un principio, por reglas subjetivas y privadas, sino por puntos de vista públicos y objetivos.

El ya mencionado caso del adulterio, tan arraigado en la personalísima esfera de la vida, queda muchas

veces sometido a los efectos ulteriores de las antiguas concepciones jurídicas. ¡Incluso en Méjico (Pomar, página 32) no se seguía causa al adúltero, al que el cónyuge perdonaba! Pero es característico el que el Estado señorial-feudal, que creó y sostuvo la clasificación en capas sociales, aboliera ya esta supervivencia en la alta nobleza que él mismo instituyó (Zúrita, pág. 114; Motolinia, c. 3). La nobleza, así como las demás instituciones del nuevo orden se libraron, pues, más pronto de las escorias de una mentalidad jurídica anticuada. El hecho de que el asesino (según Durán, c. 98, pág. 221), al que la mujer del asesinado perdonaba no fuese ejecutado, sino que le fuese impuesta la condición de esclavo en beneficio de la familia del asesinado, sólo puede explicarse porque aquí la tendencia intimidadora se combina con otro principio del Estado señorial-feudal. Aunque la citada regulación es de hecho una supervivencia de la mentalidad jurídica antigua, por otra parte representa una consecuencia de la tendencia a proteger la familia. Y, lo que es más, el hecho característico de que la norma singular sólo regía cuando la viuda tuviese hijos a los cuales hubiese de dar alimento, demuestra que lo que realmente decidió la regulación citada fué esta tendencia protectora. ("Si uno mataba á otro y el muerto tenía muger é hijos aunque las leyes disponían que por aquel delito muriese si la muger del muerto le perdonaba se lo daban por esclavo para que la sirviese á ella y á los hijos", Durán, *loc. cit.*)

El que también en los países de los Chibchas el consentimiento o el perdón del perjudicado o lesionado perdiera su eficacia jurídica lo demuestra el caso del asesinato u homicidio, en el cual la pena capital impuesta por el Estado se cumplía sin que influyera el perdón de los familiares (Castellanos, pág. 36: "Mandaba que quien mata, que muriese, aunque lo perdonasen los parientes"; P. Simón, pág. 352; Piedrahita, pág. 46).

Para el antiguo Perú atestigua Garcilaso (II, 12) de un modo expreso y general la ineficacia jurídica del consentimiento o perdón del perjudicado o de sus fami-

liares: "aunque el ofendido se apartase de la Querella, ó no la huviese dado, sino que procediese la Justicia de Oficio". El que se impusiera decididamente el principio punitivo público lo atestigua también la penalidad de la desfloración realizada con consentimiento de la perjudicada (Anónimo, págs. 202-3; Garcilaso, VI, 36) —que es además una prueba significativa de las relaciones espirituales que unen al Estado señorial-feudal el ideal de la virginidad, no concebida ya como asunto privado. Por otra parte, también se revela en el imperio de los Incas la edad reciente de la novedad jurídica, consistente en que el perdón careciera de valor en algunas supervivencias. Un ejemplo tenemos en las desobediencias a los caciques indígenas (los "curacas" ingresados en la Administración central) que podían quedar impunes por el perdón del ofendido (Santillán, § 13). Además se concedía al adúltero una atenuación de la pena (Acosta, VI, 18) si el marido le hubiese perdonado: "aunque el marido perdonase, no dejaban de darles castigo, pero no de muerte". También aquí vemos que la tendencia intimidadora del Derecho penal cede el paso a una concepción jurídica vetusta en la que influía simultáneamente otra tendencia del Estado señorial-feudal, que es la protección de la familia. Una comparación con la regulación correspondiente mejicana demuestra hasta qué grado en el caso del adulterio luchaban por el predominio dos orientaciones opuestas: la antigua concepción de la responsabilidad de daños y perjuicios y la tendencia a la intimidación ejemplar a cargo del Estado y a la protección de la familia. Esta lucha llevó en las diversas regiones de la alta cultura precoz —y no sólo de América— a soluciones de índole diferente.

### § 2. *a*).

La tendencia consciente y sistemática a la intimidación ejemplar está estrechamente ligada al ya esbozado desarrollo de la idea de la culpa. Aparece la valoración

de hechos "interiores", además de los exteriores, cuya consideración no influía en la compensación expiativa concebida como responsabilidad de daños y perjuicios, pero que gana en importancia cuando se trata de la finalidad penal de la intimidación ejemplar ante manifestaciones indeseables de la voluntad individual. La peculiaridad más destacada en el desarrollo del Derecho penal de las culturas señoriales autoritarias —y quizá la más grande revolución del Derecho penal en la historia de la humanidad— consiste, pues, en que, respecto a la valoración de actos delictivos, tanto de su penalidad como del grado de la pena, se asocia con la realización causal de un hecho exterior (causa) el hecho interior de su realización culpable (culpa).

El factor de la culpa psicológica no sólo habría sido incomprendido en las fases anteriores de la historia del Derecho, sino incluso incompatible con el concepto puramente objetivo de la violación del Derecho; en estas fases "objetivas", como las revelan, tanto los pueblos de "recolectores" y cazadores como los pueblos de pastores y agricultores primitivos, predomina una mentalidad jurídica que tiene su único punto de partida —por lo menos en principio— en el daño causado y que hace responsables a los autores, persiguiendo únicamente la causalidad exterior, sin tener en cuenta la culpa psicológica; sólo así se explica en estas culturas la responsabilidad de los menores y enfermos mentales e incluso de animales y hasta objetos, pudiéndose a veces eximir su propietario de la responsabilidad por la "noxae datio".

Frente a esta mentalidad jurídica una de las características más destacadas del Estado señorial-feudal y uno de sus más fuertes impulsos progresistas lo constituye el hecho de que él contribuyó a imponer una valoración de la culpa subjetiva; es decir, que la pena ya no se valoraba por el grado del daño material o ideal, sino por el grado de la culpa subjetiva. Se sobreentiende que este nuevo concepto del Derecho no lo encontramos en las altas culturas precoces —sea de América o del Sudán y Etiopía, de Polinesia o del Sureste de

Asia— reflejado en formulaciones conceptuales y abstractas; pero sí se nos presenta de una manera inequívoca en una serie de instituciones jurídicas, de las cuales trataremos en las páginas siguientes, y que no se explican sino atribuyendo al pensamiento jurídico de los respectivos pueblos esta valoración de hechos psicológicos.

*b*).

Pero por otra parte es también comprensible el que esta concepción "psicológica" del Derecho —la más grande revolución histórico-universal en la evolución del Derecho penal— no se ha impuesto por una sucesión consecutiva de soluciones puras y radicales; precisamente en los tipos más antiguos del desarrollo precoz de la cultura señorial-feudal se han conservado como "survivals" las escorias de la anterior concepción del Derecho: normas aisladas, pues, que tienden a la exclusiva responsabilidad del daño causado sin tener en cuenta la culpa subjetiva y que en su aislamiento, dentro del sistema jurídico total, operan como residuos inorgánicos.

No es extraño, pues, que los ejemplos más característicos de estas supervivencias nos hayan sido transmitidos por la cultura de los Chibchas, que es la del más acentuado carácter inferior. En primer lugar, existe allí la posibilidad de conmutar la pena capital en que incurre el adúltero por una prestación pecuniaria que contiene, tanto una indemnización para el marido como una multa que había de pagarse al rey (P. Simón, pág. 254: "si era el adultero rico, y ella de baja calidad, se rescataba la muerte con oro y mantas, de que llevaba su parte el cacique"). No se trata de otra cosa que de una manifestación del sistema de las "composiciones", con su compensación de todas las violaciones del Derecho por medio de prestaciones pecuniarias, considerada desde el punto de vista de la reparación de un daño causado. Es significativo el hecho de que este concepto antiguo se

haya sostenido precisamente en el adulterio, concebido como de dominio extremadamente privado. Pero el citado caso demuestra también claramente que el sistema las composiciones implicaba ya una "desigualdad ante ante la ley", es decir, según la fortuna de cada clase social. Por otra parte, se revela también aquí la transición a la pena ejemplar por la combinación de la indemnización de daños y perjuicios y la multa pecuniaria que había de satisfacerse al Estado. Otro ejemplo modelo, todavía más arraigado en el concepto mágico del mundo que dominaba la fase inferior de la cultura humana, lo constituye entre los Chibchas el hecho de la muerte de una mujer ocasionada por el parto (Castellanos, páginas 37-38; Piedrahita, pág. 46; P. Simón, pág. 253: "si alguna muger casada moria de parto, mandaba la ley que perdiese el marido la mitad de la hacienda, y la llevase el suegro ó suegra, hermanos ó parientes mas cercanos en defecto de padres. Mas quedando la criatura viva, solo estaba obligado á criarla á su costa. Y aun añadian en algunas partes, que sino tenia hacienda habia de buscar algunas mantas el viudo con que pagar á los herederos la muerte; y sino, le perseguian hasta quitarle la vida"). Si la mujer muriese en el parto, sus parientes consideraban la muerte como una violación del Derecho por parte del marido. Sin embargo, el marido no estaba obligado a pagar una indemnización a la familia de la mujer si el niño seguía viviendo y si el marido le alimentaba a expensas suyas, pero en beneficio de la familia de la mujer, que más tarde tendría derecho a disfrutar del trabajo del varón o del precio de compra que se hubiese pagado por la hembra. En cambio, si el niño moría, el marido estaba obligado a una prestación concebida como indemnización de daños y perjuicios. Y en caso de serle imposible dicha prestación, resurgió incluso la antigua venganza. Igual que el primer caso, también esta regulación singular constituye una emanación de aquel concepto jurídico que, antes de aparecer la separación entre un Derecho privado "puro" y un Derecho penal "puro", se regía por

el punto de vista único de la compensación de un daño causado: primariamente procedía una obligación a la indemnización, sea en forma de dar alimento al niño, que en cierto sentido reemplazó a la madre fallecida, o sea en forma de una prestación pecuniaria. Y como consecuencia de la antigua mentalidad resurgió, con carácter subsidiario, el derecho a la venganza sangrienta procedente de una fase muy primitiva de la humanidad.

Casos similares, aunque menos característicos y menos extremos, se encuentran en el Perú, país que conserva con relativa pureza los antiguos elementos culturales, aunque menos que los Chibchas. Por ej., debemos interpretar como emanación de la antigua responsabilidad del daño causado el hecho de que —si bien en el imperio incaico se distinguía entre el incesto voluntario y el cometido por violación, teniendo en cuenta los hechos psicológicos existentes en el primero, pero ausentes en el segundo caso— a la pariente violada se le imponía la pena de trabajos perpetuos en los templos, aunque no la pena capital con que se castigaba el autor; "quien tuviere cuenta con su propia hija, que mueran entrambos despeñados, y mucho más si ella fué doncella y consintió; pero si fué forzada y violada, que muera el padre, y ella sea puesta para que sirva siempre á las acllas" (Anónimo, pág. 203). En cambio, en el Derecho mejicano no se imponía pena a la forzada, observándose de un modo más consecuente el principio de la culpa psicológica. (Libro de Oro, II, c. 2, 1 & 3; Mendieta, II, c. 29; Veytía, III, pág. 224). En la misma dirección se orienta la impunidad de la desfloración realizada por violación, cuando ambos contrajesen matrimonio (Anónimo, págs. 202-3: "quien forzare doncella y la deshonrare, que muera apedreado. Y si ella se quisiera casarse con él, que no muera, sino que se case luego"); este hecho tampoco es otra cosa que un efecto ulterior de la responsabilidad del daño causado, ya que en el citado caso no había daño, en cierto sentido, que sí se produciría

tratándose del matrimonio contraído por compra de la mujer.

Pero incluso en el caso de Méjico, país que más se aleja de la esfera de cultura inferior, se puede aducir tal supervivencia jurídica; pero aquí tiene ya en alto grado carácter de Derecho privado con responsabilidad de daños y perjuicios objetivamente justificada, también conforme a los conceptos más adelantados: si del comercio carnal con una esclava ajena, impune de por sí, resultaba que ésta no salía del parto, se imponía al autor considerado causante del daño la condición de esclavo, adscrito al dueño perjudicado; también en este caso se trata de una mera responsabilidad del daño causado, sin considerar la culpa subjetiva (Libro de Oro, I, 1, 6, 10; II, B, 5; Clavigero, I, pág. 489; García, pág. 61; Vetancurt, II, Trat. III, c. 13). Asimismo el hecho de que por el hurto sólo se impusiera la pena capital cuando la indemnización del daño no fuese ya posible, representa un residuo —encomendado en cierto sentido al Estado— de la antigua venganza subsidiaria, puesto que las circunstancias agravantes no se fundaban en la voluntad del autor, sino en hechos puramente objetivos (Libro de Oro, II, c. 4, 1; Torquemada, XII, c. 5; Clavigero, I, pág. 487).

Pero estos casos evidentes de mera responsabilidad de daños y perjuicios quedaban limitados a las excepciones mencionadas; por regla general se había impuesto casi íntegramente un concepto jurídico que, además de la producción causal de un daño, tenía en cuenta la culpa psicológica del autor.

*c*).

Sin embargo, una concepción del Derecho consecuentemente "subjetiva", es decir, determinada por el punto de vista de la culpa psicológica, no sólo debe tener en cuenta la voluntad violadora del Derecho, sino al propio tiempo la comprensión racional de los momen-

tos del hecho delictivo e incluso su comprensibilidad subjetiva, declarándola supuesto de la penalidad.

Como indicio más importante de lo que llamaremos la comprensibilidad de los hechos jurídicos, o sea de la facultad comprensiva del individuo puede considerarse, en general, la edad. Por tanto, deberíase esperar que en un orden punitivo consecuentemente subjetivo se tuviera en cuenta el que el autor supiera o no si comete un delito, introduciendo una minoridad penal. Efectivamente, en el Derecho de los Aztecas no se exigía responsabilidad criminal sino a las personas que hubiesen cumplido los 10 años (Motolinia, c. 20, pág. 321; Torquemada, XIV, c. 16). Análogo límite de edad esquemático no existía, por lo visto, en el imperio incaico; sin embargo, en cada caso concreto (Garcilaso, II, 12) la edad del delincuente influía en la graduación de la pena y probablemente, a consecuencias de ello, en su responsabilidad o irresponsabilidad: "respetavan la edad que tenia para quitar, ó añadir de la Pena, conforme á su innocencia".

Nuestras fuentes no dicen nada acerca de si en un caso concreto —y más allá de tal consideración de la comprensibilidad subjetiva de los hechos delictivos— se tenía en cuenta su comprensión efectiva. Sin embargo, algunas resoluciones casuísticas transmitidas hasta nosotros se orientan, sin duda alguna, en esta dirección: en el Perú, por ejemplo, el asesinato cometido en altos funcionarios, vírgenes del Sol y sacerdotes, sólo fué castigado con una pena más grave que la usual de la horca cuando el autor hubiese tenido conocimiento del rango peculiar de la víctima (Anónimo, pág. 201: "quien mata á algun ministro del rey, conociendo que era tal, ó á algun ministro de los dioses, ó á alguna virgen aclla, que muera arrastrado y asaeteado"). Sahagún (VI, c. 41) atestigua que en Méjico, desde el punto de vista de la disminuída comprensibilidad intelectual, los delitos cometidos en estado de embriaguez se castigaban con penas atenuadas (siendo punible, sin embargo, la misma embriaguez). Y la antigua responsabilidad so-

lidaria de la familia del delito de alta traición se limitaba a los que tuviesen conocimiento del delito y no lo denunciasen, tratándolo como "delictum sui generis" caracterizado precisamente por el factor de la conciencia culpable (Motolinia, c. 12, pág. 296: "hacian esclavos á los parientes de aquel traidor en primer grado, así como hijo y hermanos, si supieron de la traicion, y á todos los que la supieron y no la dijeron"; cf. Torquemada, XIV, c. 16; Clavigero, I, pág. 484).

Nos encontramos, pues, por lo menos con los principios de la tendencia a tener en cuenta el si el autor sabía que consumaba un hecho delictivo. Los testimonios que lo atestiguan son tan claros que nos creemos autorizados a la conclusión de que se aplicaba este principio en un grado mucho más alto de lo que se desprende del material incompleto de nuestras fuentes. Más decisiva para la concepción "subjetiva" de la violación del Derecho es, sin embargo, la valoración de la voluntad delincuente a la que apuntaba la finalidad intimidadora de la pena. Con vistas a esta valoración se consideraban los hechos "interiores", examinando si el resultado exterior de un acto reprobado se había realizado a propósito.

*d*).

Esta valoración de la voluntad delincuente se manifiesta en todos los territorios aquí tratados, pudiendo distinguirse, por lo menos, a través de formulaciones casuísticas, tanto en lo que se refiere a la penalidad de la realización de un hecho como al grado de la pena, modificado por las circunstancias psicológicas del autor.

Sin embargo, si bien los Chibchas distinguían entre el hurto "grave" y el hurto "leve", variando con ello la gravedad del castigo (Anónimo, pág. 212; Herrera, VI, 5, 6; Oviedo, II, pág. 402; Piedrahita, página 46), ello no basta del todo a interpretar esta diferenciación en el sentido de una valoración de la voluntad delincuente más o menos intensa, ya que se explica-

ría igualmente por el principio de la responsabilidad más o menos amplia de daños y perjuicios.

Con mayor claridad encontramos el rasgo "psicológico" del Derecho señorial-feudal en el pensamiento jurídico de los Peruanos. Una orientación psicológica tiene, por ejemplo, la ya mencionada regulación singular del homicidio cometido en la mujer adúltera por el marido ofendido, que quedaba impune (según Cobo, XII, 26) o por lo menos se castigaba más levemente (según Anónimo, págs. 201-2: "quien matare á su mujer hallándola en adulterio, que sea desterrado por un cierto tiempo. Lo mismo si matare al adúltero con quien adulteró su mujer, pero el tiempo del destierro no pase de un año"). En un sentido puramente objetivo, los hechos de este delito son iguales a los del homicidio común; sin embargo, se practicaba una reglamentación especial que no sólo se amoldaba medianamente al antiguo derecho a la venganza sangrienta, sino que al mismo tiempo tenía en cuenta las extraordinarias circunstancias emocionales que concurrían en el autor. Además, hemos de incluír en esta relación la ya citada distinción entre el incesto voluntario y el cometido por la fuerza. Aunque la pena impuesta a la parte activa no cambiaba (porque la punición más grave del incesto consumía la pena más leve de la violación), en la parte pasiva los hechos se trataban distintamente, imponiéndose, en caso de mutuo consentimiento, también a la mujer la pena agravada del despeño, mientras que en caso de haber sido forzada la mujer, sólo era condenada a trabajos forzados en un templo (Anónimo, pág. 203), lo que significa que, a raíz de los efectos ulteriores de la concepción "objetiva", sin embargo, no estaba exenta de responsabilidad (véase más abajo). Ahora bien, es muy interesante el que esta exención de responsabilidad criminal procedía sí en el delito del adulterio cometido por violación (Las Casas, pág. 211); constituye esta particularidad una consecuencia del hecho de que el adulterio fué considerado como un delito inferior al incesto. Al autor se imponía en los dos casos la misma pena

(porque la punición más grave del adulterio también consumía la pena más leve impuesta a la violación), mientras que la "adúltera" estaba exenta de responsabilidad criminal cuando hubiese sido forzada. Ello indica que la voluntariedad era supuesto indispensable del adulterio; la intervención de la fuerza, en cambio, era circunstancia que eximía a la parte forzada de responsabilidad criminal. Y, finalmente, mientras que los Chibchas distinguían entre hurto "grave" y "leve" sólo a base de la mayor o menor importancia del daño causado (véase arriba), los Incas tenían en cuenta ya la disposición psicológica del autor, distinguiendo el hurto arbitrario del cometido por necesidad (Anónimo, pág. 204).

Mientras que a estas regulaciones peruanas todavía adherían las escorias del antiguo Derecho "objetivo", el carácter psicológico subjetivo del Derecho penal encuentra su acentuación máxima, otra vez, en Méjico. Así observa Kohler (pág. 81) que ya no quedan vestigios de una punición del delito "casual" entre los Aztecas. Pero también aquí la existencia del requisito general de la voluntariedad sólo puede suponerse a través de alguna que otra resolución casuística. Al igual de los Chibchas distinguían los Aztecas entre el hurto "leve" y el hurto "grave", pero con la particularidad significativa de que en las infracciones del primer grupo (prescindiendo de los casos de reincidencia) existía únicamente la obligación de restituír la cosa hurtada. Tan sólo en los casos "graves" el autor incurría en responsabilidad criminal, imponiéndosele incluso la pena capital cuando concurriesen determinadas circunstancias agravantes (véase más abajo); sólo en estos casos consideraba el Derecho penal estatal que la voluntad delincuente merecía un castigo ejemplar (Libro de Oro, II, c. 4, 1; Torquemada, XII, c. 5; Clavigero, I, pág. 487). De un modo más consecuente que en el Perú, donde respecto de este particular subsistía todavía la antigua responsabilidad del resultado del acto delictivo (véase más arriba), en Méjico se eximía a la mujer de respon-

sabilidad criminal en el incesto cometido por violación (Libro de Oro, II, c. 2, 1 & 3; Mendieta, II, c. 29; Veytía, III, pág. 224); el empleo de la fuerza se consideraba, pues, como circunstancia que eximía de responsabilidad a la parte agraviada. En favor del papel decisivo del propósito habla además el precepto de que la complicidad en el adulterio cometido por la mujer fuese castigada con la pena de muerte, incluso cuando el delito no se consumase (Nezahualcoyotl, Veytía, 12: "aunque no se hubiese seguido el delito"). Ello significa que la pena no fué impuesta en consideración del daño causado, sino exclusivamente desde el punto de vista de la intimidación ejemplar ante la realización de una voluntad reprobada. Y este requisito de la voluntariedad motivó también el que la antigua responsabilidad solidaria de la familia del delito de alta traición, que fuese cometido por un miembro de la familia, ya no se exigía sino cuando con el conocimiento de los hechos (véase arriba) se asociase una voluntad delincuente por omisión de la denuncia exigida.

*e*)

Ahora bien, si demostramos que frente a la antigua concepción "objetiva" de la violación del Derecho, predominante durante varios milenarios, se impuso la consideración psicológica también en las altas culturas precoces de América, no queremos dejar de insistir en que, al final de este proceso, no nos encontramos con principios abstractos y aplicables uniformemente a todos los casos correspondientes, sino precisamente con las regulaciones casuísticas que hemos caracterizado: la diferenciación psicológica se abre paso poco a poco, a base de casos aislados (cfr. ad c y d) mientras que otros continúan sometidos a la influencia de las antiguas convicciones jurídicas (cfr. ad b). No nos extraña, pues, que también estos casos de una consideración más moderna carezcan aún de la sutileza y perfección de los sistemas jurídicos de las grandes civilizaciones más

avanzadas aún: por ejemplo, falta todavía la sutil distinción entre el propósito y la negligencia para la calificación de la culpa.

Kohler (pág. 81) cree haber encontrado esta distinción en el Derecho azteca; pero, prescindiendo de que falta una determinación conceptual y abstracta de la negligencia, las regulaciones de algunos hechos singulares dejan entrever que, dentro de la culpa subjetiva, todavía no se valoraba por lo visto la diferencia entre el propósito y la negligencia. En un caso típico, por ejemplo, se excluye casi la consideración diferenciada de la negligencia. Nos referimos a la contemplación del sosoberano, castigada, tanto por los Chibchas (Anónimo, pág. 213; Castellanos, pág. 35; Oviedo, II, pág. 390; P. Simón, pág. 251) como por los Aztecas (Díaz, II, págs. 74, 76; Motolinia, Ritos, c. 7, pág. 512; Las Casas, pág. 250; Mendieta, II, c. 36; Gómara, pág. 340; Tezozomoc, pág. 76; Acosta, II, pág. 505). Este fenómeno tiene su origen en la creencia de que los caudillos poseían una intensa fuerza mágica, cuya descarga se consideraba fatal para el mortal común; y esta procedencia del mundo espiritual de la magia nos explica también por qué la costumbre se había conservado más pura en Colombia que en Méjico, donde la prohibición ya no se aplicaba a los altos funcionarios, siendo asimismo más atenuado el grado de la pena (véase más abajo); es decir, que estaba a punto de esfumarse en el delito racionalmente explicable de lesa majestad. Pero en todo caso la peculiaridad de los hechos hace suponer que sus consecuencias procedían también en los casos de infracción por negligencia; sin embargo, hay que tener en cuenta que el citado hecho constituye una supervivencia de la fase mágica que pasó a la cultura señorial-feudal, de índole más racional. Pero incluso para los casos de homicidio no poseemos en ninguno de los tres círculos culturales aquí tratados testimonio alguno de una consideración diferenciada de la negligencia y del propósito; podemos suponer, pues, que, si bien el homicidio puramente causal y cometido sin culpa no se castigaba ya,

dentro de la culpa psicológica no se distinguía todavía entre la malicia y la negligencia.

*f*).

Entre las nuevas manifestaciones de la alta cultura precoz tenemos que incluír también la penalidad de la tentativa, para la que no había lugar en los antiguos sistemas "objetivos" ya que no implicaba daño efectivo ninguno.

Sólo por un Derecho que tienda a reprimir la realización de una voluntad indeseable se puede considerar y se considera como motivo de punición la tentativa. Tampoco extraña que la penalidad de la tentativa no se estableciera de un modo abstracto, sino de caso en caso, ya sea en formulaciones típicamente casuísticas o en la forma del "delictum sui generis", del hecho independiente.

El único ejemplo de tal solución casuística es la evolución conceptual de la tentativa, entre los Aztecas, en el caso del asesinato intentado por medio de la magia (Nezahualcoyotl, 15). En cambio se presentan todos los demás casos de una responsabilidad de la tentativa como delitos especiales (es decir, sin definición conceptual de la tentativa): se trata de la punición de la conspiración (como tentativa de alta traición) en el imperio incaico (Cieza, II, 26), del llevar vestidos propios del otro sexo (como tentativa de sodomía) en Méjico (Libro de Oro, I, 22; Motolinia, c. 16, pág. 309; Mendieta, II, c. 29; Torquemada, XII, c. 4; Gómara, pág. 442; García, página 62; Vetancurt, II, Trat., III, c. 13) y del entrar en "casas de vírgenes" castigado por el Derecho azteca como tentativa de violación (Motolinia, c. 3, pág. 251; Zúrita, pág. 113). La gravedad de la pena que en el último delito era la muerte por la horca, demuestra que no se trataba sólo de la punición de un delito de escándalo público, sino la voluntad antijurídica dirigida a la perpetración de un presunto delito aparecía manifestada

ya de un modo tan inequívoco que se penaba la tentativa con la pena del acto consumado.

Estos pocos ejemplos demostrables —recordemos siempre la insuficiencia de las fuentes— constituyen una prueba de la tendencia general a la responsabilidad de la tentativa que sólo cabe en un orden jurídico, cuyo punto de mira no es el daño causado, sino la mentalidad delincuente, sufriendo la intención suficientemente manifestada de realizar un acto, las medidas ejemplares del Estado. El arraigo de esta mentalidad jurídica en la esfera de la cultura señorial-feudal se revela también claramente por el hecho de que en todos los ejemplos aquí aportados se trate de delitos, cuya ordenación no se inició sino por los nuevos poderes estatales.

*g)*

El giro del Derecho señorial hacia el aspecto psicológico no sólo creó nuevos supuestos de penalidad, sino que también ofreció nuevos criterios para la graduación de la pena, cuya concepción antigua sólo consideraba como decisivo el grado del daño causado (compárese en el sistema de las "composiciones" la graduación de la indemnización, variable según el estado social del agraviado y no según la culpa del autor). En cambio, en el nuevo Derecho aparecen momentos subjetivos que pueden motivar, tanto un agravamiento como una atenuación de la pena, según que la voluntad antijurídica, merecedora de represión ejemplar, aparezca documentada, fuerte o débil.

Entre los criterios psicológicos que también en el Derecho de las altas culturas americanas motivaron un agravamiento de la pena, hemos de citar en primer lugar la reincidencia: la condenación de varias infracciones idénticas en distintos procedimientos. El castigar más gravemente la reincidencia no se puede imaginar lógicamente en el Derecho anterior; no aparece sino con el desenvolvimiento de la culpa psicológica, aplicándose en las altas culturas precoces, con preferencia al hurto

y algunos delitos más considerados como menos graves, lo que se explica por el hecho de que una reincidencia sólo cabe en aquellas infracciones cuya realización única no fuese castigada con la pena capital.

De un modo casuístico encontramos atestiguada la reincidencia en el Perú para los casos de embriaguez (Anónimo, págs. 200-1), hurto (Anónimo, pág. 204), falso testimonio, deserción de los mitmajcuna, desplazamiento de mojones, desobediencia a los curacas y violación de la mujer soltera (Cobo, XII, 26: "Al que forzaba mujer soltera, por la primera vez le daban castigo de piedra, y á la segunda, pena de muerte"). Un agravamiento de la pena por reincidencia en el caso de hurto existía también entre los Chibchas (P. Simón, pág. 251; Piedrahita, pág. 46: "Para el que fuesse ladron mandó, que con fuego puesto delante de los ojos le cegassen, y si los hurtos fuessen de gravedad, ó repetidos, se los quebrassen con puntas de espinas") y en Méjico (Motolinia, c. 16, pág. 309, c. 20, pág. 321; Durán, c. 26, página 217; Mendieta, II, c. 29; Gómara, págs. 441, 442); aquí eran tratados además, en igual sentido, la embriaguez (Ixtlilxochitl, c. 38), el cohecho cometido por los jueces (Motolinia, c. 15, pág. 305; Las Casas, pág. 253; Mendieta, II, c. 28; Torquemada, XI, c. 26), el delito especial del hurto de cosas consagradas al culto en los templos (Motolinia, c. 16, pág. 309; Mendieta, II, c. 29) y el hurto por escalamiento en Tenochtitlán (Motolinia y Mendieta, *loc. cit.*)

La punición más grave del hurto de frutos cometido en predios reales del Perú (Cobo, XII, 26) ha de interpretarse en un sentido análogo al del castigo más severo de la embriaguez de los sacerdotes y del adulterio en la nobleza de Méjico (véase más abajo): en todos estos casos el agravamiento de la pena parte del punto de vista psicológico de que fuera necesario reprimir con especial ejemplaridad la voluntad delincuente, ya que a aquellas personas se pudiera exigir en mayor grado una orientación distinta de la voluntad.

*h*).

La interpretación más individual de la situación psicológica, opuesta a los sistemas anteriores de las "composiciones" y practicada primeramente en el Derecho estatal de las culturas feudales, se muestra también en la consideración de factores voluntarios atenuantes de la responsabilidad criminal.

Siendo las fuentes mejicanas, llegadas a la posteridad, evidentemente incompletas, para Méjico sólo poseemos testimonios de una consideración de "circunstancias atenuantes" en la noticia, puesta en duda por Wintzer (pág. 428), de que la embriaguez, como factor influyente en la motivación normal, fué considerada circunstancia atenuante (Sahagún, VI, c. 41); esta noticia está, sin embargo, en contradicción con el hecho de que la misma embriaguez se castigara (véase más abajo), y aun más con la afirmación expresa de que en el caso del adulterio la embriaguez no era circunstancia atenuante (Motolinia, c. 16, página 308; Mendieta, II, c. 29; Gómara, pág. 440). No obstante, ambos detalles no son, naturalmente, pruebas convincentes, puesto que la reglamentación citada en segundo lugar podría significar precisamente una excepción de la norma general.

Dentro del círculo del Derecho peruano conocemos tres regulaciones especiales en el sentido de una atenuación de la pena motivada subjetivamente: en primer lugar el castigo atenuado impuesto por asesinato cometido en la mujer adúltera, teniendo en cuenta la motivación extraordinaria por la que no se consideraba procedente la aplicación de la pena impuesta por asesinato común, que no correspondía a las circunstancias psicológicas (Anónimo, págs. 201-2), aplicándose un criterio intermedio entre el nuevo concepto del Derecho y el antiguo derecho a la venganza privada. El segundo caso es la consideración diferencial del homicidio simple, castigado con la pena de trabajos forzados, y del asesinato, castigado con la pena capital (Cobo, XII, c. 26). Y, por

último, tenemos la punición atenuada del hurto por necesidad —el "Mundraub" del Derecho alemán— (Las Casas, págs. 211-12; Cobo, XII, 26; Anónimo, página 204); igualmente desde el punto de vista subjetivo de que sin el factor del apuro perentorio el autor no habría sido inducido a cometer el hurto.

A este respecto hemos de citar también el dato (Anónimo, pág. 202) de que el arrepentimiento eficaz eximía de responsabilidad criminal, p. ej., en el caso de la traición militar, donde tenía especial importancia práctica ("mas si estos (traidores) antes de darse la batalla, se arrepintiesen y pidiesen perdon y se metiesen debajo del estandarte del inga, vuelva en su gracia real y no padezca nada"). Esta reglamentación acusa perfectamente los rasgos del Derecho penal, ejemplar y psicológico, según el criterio de la culpa subjetiva: porque el autor había manifestado por el arrepentimiento eficaz que el acto realizado y espontáneamente reparado por él mismo derivaba de una desviación de su voluntad y no de su verdadero carácter.

## § 3. *a*).

En los capítulos anteriores nos hemos familiarizado con una serie de tendencias cuya actuación divergente nos permite tener una idea del estado de transición de los Derechos de la América antigua. Tenemos, por un lado, la tendencia a la intimidación ejemplar, la prohibición de la iniciativa o justicia privadas, el ningún valor de un consentimiento del lesionado o perjudicado, el requisito de la culpa subjetiva, la penalidad de la tentativa, la valoración de circunstancias atenuantes (por ejemplo, del arrepentimiento eficaz) y agravantes (por ejemplo, de la reincidencia). Tenemos, por otro lado, la expiación compensadora, residuos de la iniciativa o justicia privadas y del consentimiento del ofendido o perjudicado, así como las supervivencias de la responsabilidad objetiva de daños y perjuicios, sin consideración de

la culpa. La coexistencia inorgánica de todos estos elementos indica que el Derecho de la antigua América se encontraba en una fase evolutiva, cuya lógica finalización fué sustraída a nuestra vista por el advenimiento de la Conquista. Hemos seguido las luchas sostenidas entre dos conceptos del Derecho que entre los Chibchas aparecen decididas sólo en menor grado en favor de la nueva mentalidad jurídica y en mayor grado entre los Aztecas, mientras que en el Perú se nos revela un estado de transición intermedio.

Este estado transitorio se manifiesta también por el hecho de que el nuevo concepto del Derecho no se presentara todavía en toda su amplitud y fijado por normas abstractas, es decir, normas que constituyesen la expresión de convicciones tradicionales, sino que muchas veces aquél no sabía imponerse sino en formas primitivas: ya sea de un modo casuístico en un sentido más estrecho, pudiéndose adivinar una determinada orientación a base de hechos transmitidos en forma de casos aislados y concretos, ya sea de tal modo que una nueva institución jurídica se infiltrara en la forma de los "delicta sui generis" (recuérdese la punición de la tentativa de sodomía como prohibición singular de llevar vestidos propios del otro sexo). Además de los "delicta sui generis" hasta ahora tratados hay otra novedad jurídica que ha encontrado cabida en las culturas feudales también como "delictum sui generis": la proposición para cometer un delito. Para su valoración no había lugar alguno en el Derecho que llamamos objetivo; no podía ser objeto del orden punitivo hasta que un orden estatal, dirigido a la defensa de los intereses públicos comenzara a reprimir todas las manifestaciones de la voluntad decidida a realizar un acto contrario al Derecho.

Sin embargo, este factor se exterioriza muy poco en las fuentes de la América antigua, para lo cual hemos de tener en cuenta, no sólo las lagunas en nuestras fuentes, sino también el hecho de que precisamente estos matices más finos correspondían al prudente arbitrio del juez, que no se refleja en las fuentes. No sólo

que no tenemos pruebas de la punición de la proposición entre los Chibchas, sino que hasta las fuentes mejicanas nos abandonan a este respecto. El único caso transmitido —relativo a la proposición de la complicidad en el hurto de maíz— no puede interpretarse en favor de una valoración de la proposición, ya que el autor fué castigado sencillamente con la pena impuesta por el hurto y porque, de todos modos, existe la posibilidad lógica de que la pena principal consumiera el castigo de la proposición (Motolinia, c. 20, pág. 321).

Es significativo que —frente a la proposición, de índole completamente psicológica—, otras formas de codelincuencia en un delito, ligadas más estrechamente a la realización efectiva del mismo, hayan encontrado un eco más fuerte en las fuentes. Se trata de la complicidad y del favorecimiento posterior del delincuente.

*b*).

Respecto de los dos momentos citados, la complicidad y el favorecimiento del delincuente, tampoco nos facilitan informes las fuentes relativas a los Chibchas. Y parece que tampoco en el imperio incaico existía una comprensión específica de la complicidad que, al contrario, se presenta en la forma precoz de delitos especiales (recuérdese la punición de la alcahuetería cuando tendiese a la desfloración, al adulterio o al incesto). Del círculo cultural mejicano en cambio tenemos noticias de esta forma delictiva en tres soluciones casuísticas. Por un lado, los cómplices que intervinieran en el asesinato por medio de veneno, en el aborto criminal o en el delito de entrar en las casas de mujeres eran considerados y castigados como autores en el Derecho mejicano (Libro de Oro, I, 12; II, c. 1, 4; Mendieta, II, c. 29; —Libro de Oro, II, c. 2, 10; Motolinia, c. 16, pág. 307; Mendieta, II, c. 29—; Zúrita, pág. 113). Por otro lado, se practicaba una consideración diferenciada de autor y cómplice en los siguientes casos: la complicidad en el hurto de maíz era impune, imponiéndose sólo

al autor la pena capital (Motolinia, P., c. 20, pág. 321); por otra parte, se castigaba con la muerte (!), la complicidad en el adulterio de la mujer, incluso cuando no se realizase el hecho integrante del delito (Nezahualcoyotl, Veytía, 12: "aunque no se hubiese seguido el delito"). Estas soluciones diferentes son muy interesantes, en primer lugar, porque la complicidad punible —cuando se distinguía entre autor y cómplice, es decir, sólo en el tercero de nuestros casos —no aparece como "accesoria", sino que se manifiesta claramente como *delictum sui generis* en el que entraba la culpa subjetiva. En esto se revela que el Derecho "psicológico" había progresado más entre los Aztecas que en el Perú, donde la complicidad del alcahuete en la desfloración, el adulterio o incesto se consideraba "accesoria", puesto que tan sólo fueron castigados los hechos consumados (Anónimo, pág. 204). Por otra parte, tanto la ausencia de este carácter accesorio en Méjico como la solución diferente en los tres casos citados demuestran que una especificación abstracta y generalizante de los hechos integrantes de la complicidad no la conocía siquiera el Derecho azteca.

Interpretaríamos como un caso de "favorecimiento" el que los funcionarios, y particularmente los jefes de los aillus del imperio incaico, incurrían en responsabilidad criminal por omisión de la denuncia de un delito: "hacia suyo el delito ageno" (Garcilaso, II, 12). Tanto aquí como en el Derecho azteca, en los casos de omisión de la denuncia de un delito de traición (Motolinia, c. 12, pág. 286; Gómara, pág. 442) o de albergar a un espía (Sahagún, VIII, c. 27), se penaba el "favorecimiento" con la pena impuesta al autor de los respectivos delitos; pero en todas estas cosas no se presenta el favorecimiento como concepto abstracto, sino como pluralidad de delitos especiales.

Es de suponer que la codelincuencia típica fué castigada en todas partes con las penas correspondientes al autor propiamente dicho. En lo que concierna al Derecho azteca tenemos el testimonio de un caso aislado constituído por el delito de reducir injustamente a la

esclavitud a un libre común (Libro de Oro, I, 11; II, c. 4, 4; Torquemada, XII, c. 5; Vetancurt, II, Trat., III, c. 13).

Frente a estas clases de codelincuencia en el sentido moderno —proposición, complicidad y favorecimiento o encubrimiento—, desarrolladas sólo de un modo embrionario y cuando más en la forma del delito especial, hemos de tratar de otra importante forma precoz de la codelicuencia, típica para el concepto primitivo del Derecho. Nos referimos a una especie de responsabilidad de un tercero, procedente *ipso jure* de la llamada "responsabilidad solidaria", institución jurídica de remoto origen que por su supervivencia en el mundo de las altas culturas nos permite una visión de la lucha entre los conceptos jurídicos del paleolítico o neolítico y los de la cultura superior.

*c*).

También esta materia demuestra que la mentalidad del Estado señorial se impuso en un grado distinto en las diferentes regiones de la alta cultura americana. Al hecho de haberse sostenido la antigua responsabilidad solidaria en algunas partes con más fuerza que en otras debemos la posibilidad de seguir las fases de una evolución que nos muestra a los Peruanos incaicos en un estado más antiguo y a los Aztecas en un estado más adelantado.

La insuficiencia de nuestros conocimientos acerca de las condiciones jurídicas del antiguo Perú es debida a que el poderío conquistador de los Incas derogó el antiguo Derecho, reemplazándolo en parte por el Derecho señorial psicológico e individualizador. Pero un concepto tan firmemente arraigado como fué la responsabilidad solidaria, no por eso desapareció de un golpe, y es interesante ver cómo los últimos restos de esta responsabilidad de un tercero, procedente *ipso jure*, actuaron en el estado posterior del Derecho. Aunque el dominio incaico "atomizase" la sociedad del antiguo Perú, disolviendo las

formaciones políticas mayores y sujetando a su gobierno central e inmediato todas las asociaciones locales, se mantuvo, sin embargo, la comunidad aldeana en su carácter de unidad social e incluso fué favorecida su cohesión en varios puntos por el mismo poder central. Recordemos el papel que desempeñaban los clanes locales como unidades administrativas y militares y la organización tributaria consistente en que las prestaciones de tributos y servicios no se imponían al individuo, sino a las aldeas; éstas fueron, frente al poder central, las entidades tributarias menores que distribuían los gravámenes impuestos de un modo autónomo entre los miembros de su comunidad. Y también en las respectivas faltas cometidas por los vecinos en particular, la aldea respondía de la pérdida. Sigue, pues, en pleno vigor la responsabilidad solidaria de todos los miembros en todos aquellos casos en que el poder central se enfrentaba con la comunidad aldeana como tal. En cuanto a la parte del Derecho penal se puede caracterizar el Derecho señorial de los Incas en el sentido de que tenía un rasgo de individualización que consideraba la culpa concreta; en general no había, pues, lugar para la responsabilidad solidaria. Por tanto, en algunos casos donde el antiguo principio no había perdido todavía su eficacia, aquélla fué atenuada y limitada a una responsabilidad de la familia, siendo diferente el grado del parentesco que implicaba los efectos de la responsabilidad.

Tenemos testimonios de una responsabilidad de los parientes en algunos casos de infracción: según Cobo (XII, 26), los efectos de la pena impuesta al autor por el delito de hechicería seguida de muerte alcanzaban a "toda la gente de su casa y familia", revelándose aquí la creencia en que fuera heredable la fuerza mágica; lo mismo nos transmite Castro (pág. 214) en el caso de desfloración de una ajlla ("moria por ello él y su parentela"). Un dato del Anónimo (pág. 202) señala una mayor atenuación diciendo que en los casos de asesinato de un miembro de la familia reinante y de traición militar fué

impuesta la condición de yana-cuna a los descendientes hasta la cuarta generación. La transición a la responsabilidad "psicológica" se muestra finalmente en la responsabilidad de los padres por los delitos que hubiesen cometido los hijos, que se amolda a la responsabilidad más moderna de la culpa por medio del *delictum sui generis*: "por no aver doctrinado, y corregido su Hijo" (Garcilaso, II, 12).

También en Méjico encontramos limitada la antigua solidaridad del clan a una responsabilidad de la familia, siendo la extensión del grado de parentesco distinta en las diferentes fuentes. Allí se impuso a los parientes la condición de esclavo en los casos de alta traición, traición militar y usurpación de las funciones del Cihuacohuatl así como en los casos de sustracción de tributos por parte de los funcionarios (Motolinia, c. 12, página 296; Pomar, pág. 32; Clavigero, I, pág. 484; Ixtlilxochitl, c. 38; Nezahualcoyotl, Veytía, 2 —Libro de Oro, II, c. 3, 5; Motolinia (*loc. cit.*); Gómara (pág. 442); Mendieta, II, c. 26; Torquemada, XII, c. 6—; Torquemada, XI, c. 25; Las Casas, pág. 252; Gómara, página 346). Contrario a lo que acontecía en el Perú, donde en los casos subsistentes de responsabilidad solidaria la transición a la responsabilidad de la culpa individual no pasó de un estado inicial, ha progresado el proceso algo más en el Derecho azteca; porque en los casos de traición los familiares sólo incurrían en responsabilidad criminal cuando conocido el delito no lo denunciaban. La ausencia de una consideración de tal culpa psicológica en los otros casos es un residuo auténtico de la antigua responsabilidad solidaria de daños y perjuicios.

La regulación diferenciada de los casos de responsabilidad solidaria en los Derechos incaico y azteca sigue perfectamente la línea evolutiva de la mentalidad jurídica de las altas culturas: la responsabilidad procedente *ipso jure,* incomprensible ahora (que antiguamente implicaba también una protección procedente *ipso jure,* que el nuevo orden estatal hace superflua), es sustituída en Méjico por un hecho (Tatbestand) independiente; pe-

ro, ante todo, es importante el que se introduzca en este hecho, tanto el requisito del conocimiento como el del propósito (la omisión de la denuncia); prácticamente la antigua institución se ha convertido —con excepción de los pocos casos típicos de responsabilidad solidaria— en responsabilidad exigida a un autor individualmente culpable.

Podría extrañar a primera vista el que nos faltasen los correspondientes datos precisamente de la cultura de los Chibchas. La explicación histórico-cultural de este detalle tenemos que buscarla en que en la Meseta de Bogotá el iniciado desarrollo de cultura superior ya no topó con una responsabilidad solidaria, porque el "matriarcado libre", procedente de los países llanos del Este, en unión con el desarrollo del comercio, había motivado aquí una amplia individualización de la sociedad, conservándose, sin embargo, su carácter de cultura inferior. Aquí se conocía, pues, ya antes del desarrollo estatal, la punición de un autor individualmente culpable, si bien según los principios de la responsabilidad "objetiva" de daños y perjuicios.

Como queda dicho, la relajación de la responsabilidad solidaria en las altas culturas precoces tuvo por consecuencia que la pena impuesta por el Estado se limitaba generalmente al autor individual. Las agrupaciones "horizontales" empero fueron reemplazadas por otra estructura social: la organización "vertical" en clases sociales. Esta última motiva incluso la aparición de una nueva clase de responsabilidad solidaria "no auténtica", en forma de la nueva degradación hereditaria; pero, ante todo, hace surgir un problema nuevo: ¡el de la igualdad o desigualdad de las clases sociales ante la ley!

## § 4.

La organización social de los sistemas feudales lleva a una graduación de la situación jurídica del individuo, que en las culturas feudales se reconoce de derecho,

mientras que anteriormente sólo había existido de hecho. Realmente se observa tal graduación, por ejemplo, también en los sistemas de las "composiciones" e incluso ya durante el dominio de la venganza sangrienta: a primera vista parece que existe en aquellas asociaciones "horizontales" antiguas una "igualdad ante la ley", pero mirando al aspecto práctico no es difícil distinguir una graduación según el poder pecuniario o incluso físico del individuo; esta graduación, existente de hecho, es sustituída en las altas culturas precoces de carácter feudal por una graduación formal de la facultad jurídica.

Es de suponer que en el territorio de los Andes peruano-bolivianos, antes del desenvolvimiento del Estado feudal incaico, no existía para el grueso de la población tratamiento diferente de las violaciones del Derecho, lo que puede explicarse por la amplia homogeneidad social y económica de la población rural; sin embargo, en los principios de organización feudal, los "curacas" se libraban total o parcialmente de serles aplicadas las normas consuetudinarias. Este estado de cosas sufrió un cambio fundamental en el Estado feudal de los Incas, donde las violaciones del Derecho empezaron a valorarse según el estado social del delincuente (Cobo, XII, 26: "aunque se preciaban de castigar todos los delitos, siempre se daban diferentes penas á los nobles y ricos que á los humildes y pobres"). Además de algunos preceptos excepcionales relativos al procedimiento, los nobles (curaca-cuna y orejones) estaban sujetos exclusivamente a la jurisdicción central, es decir, los funcionarios a la jurisdición incaica y los sacerdotes y vírgenes del Sol a la del pontífice; sin embargo, esta regulación privilegiada no implicaba siempre una ventaja, ya que algunas violaciones del Derecho, importantes precisamente en las diversas categorías de la nobleza encargada de oficios, como, por ejemplo, en la administración tributaria, de por sí solo podían ser depuradas y penadas en la esfera señorial. Sin embargo, la nobleza disfrutaba del privilegio de que la pena de muerte impuesta a un

noble se ejecutaba por decapitación, más honrosa que otras formas de ejecución, y que la misma pena de muerte se conmutaba frecuentemente por otras penas más ligeras, sea por el encarcelamiento (Las Casas, pág. 213: "si algun Señor, deudo del Rey, ó de sangre Real, cometia crimen alguno digno de muerte, y por privilegio no lo queria matar, condenábalo á cárcel perpétua") o por una mera reprensión (Cobo, XII, 26: "los castigos eran diferentes conforme á la calidad de los que las (leyes) quebrantaban; de donde acontecía que delitos que en la gente vulgar se castigaban con pena de muerte, cometidos por los nobles del linaje de los Incas, no se daba otra pena que una reprehensión pública"). A estas regulaciones especiales formales se añade un tratamiento privilegiado de la nobleza, practicado más bien de hecho, porque gran número de los preceptos y prohibiciones del poder central afectaban tan sólo a los "libres comunes": todas las faltas tributarias o, por ejemplo, la prohibición del consumo de la coca (Acosta, IV, 22), la de la embriaguez (Anónimo, págs. 200-1; Pizarro, páginas 277-8) o de la caza de vicuñas y animales hembras (Acosta, IV, 40, y VI, 15; Ondegardo, pág. 55) constituyen restricciones de la libertad individual que para los nobles no implicaban peligro alguno de incurrir en responsabilidad criminal. Por otra parte, el Estado feudal creó también los comienzos de un Derecho particular material referente a los delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y que sólo tenía validez para la nobleza "burocrática" (los funcionarios públicos, militares, sacerdotes y vírgenes del Sol); de este particular trataremos también en el capítulo que sigue.

El referido estado del Derecho en el imperio incaico coincide de un modo sorprendente con la situación en la Triple Unión azteca: prescindiendo de los privilegios procesales, encontramos también aquí una posición privilegiada de la nobleza por causas efectivas, la ejecución con carácter más honroso de la pena capital por decapitación, y, por otra parte, los comienzos de un Dere-

cho particular corporativo para los sacerdotes, funcionarios y militares. Pero en contraste con el imperio incaico vemos en el escenario de la cultura mejicana que, en algunos casos, incluso se exigía a la nobleza mayor responsabilidad que a los libres comunes, que podía implicar hasta un agravamiento de la pena —lo que Garcilaso (II, 14) supone de un modo general también respecto de los funcionarios incaicos—: porque tanto (véase más adelante) la embriaguez y sodomía de los sacerdotes, como el adulterio, la "alcahuetería" y el derroche de bienes heredados de la nobleza eran castigados en general con mayor severidad que los mismos delitos cometidos por libres comunes.

Este desarrollo progresivo que tendía ya a exigir una mayor responsabilidad a la clase señorial en sus principios puramente explotadora, no debemos esperar encontrarlo en el mismo grado en la cultura colombiana; porque el hecho de que el acceso carnal cometido por los sacerdotes de los Chibchas tuviera por consecuencia su destitución (Castellanos, pág. 45; Piedrahita, pág. 20) no es otra cosa que la expresión de la convicción de que una actuación sexual de los sacerdotes significaba una merma de su superioridad mágica. Pero también entre los Chibchas aparecieron tendencias parecidas a las de los otros centros, como, por ejemplo, la conmutación de la pena capital por penas infamantes en la nobleza de casta y por multas pecuniarias en la nobleza propietaria, por ejemplo, en caso de adulterio (P. Simón, pág. 254; Anónimo, pág. 212; Herrera, 6, V, 6; Oviedo, II, pág. 402: "á personas prinçipales, á quien no se sufre dar pena alguna de las que están dichas, hay tambien para essos un género de castigo, como es romperle las mangas que traen puestas é cortarle los cabellos"). Piénsese también en la exención de cierto número de restricciones molestas, impuestas sólo a los libres comunes —por ejemplo, la prohibición de la caza mayor en el Estado de Bogotá— (P. Simón, pág. 253).

De lo dicho cabe deducir, en cuanto a la alta cultura de la América precolombina, la conclusión de que la po-

sición jurídica de la nobleza —si bien con mayor responsabilidad en algunos casos— encerraba en general mayores libertades, ya que el peligro de incurrir en responsabilidad era más pequeño en la capa dominante a la que se garantizaba además un tratamiento procesal privilegiado. Merece insistirse en el interesante hecho de que —a consecuencias de las mutuas relaciones entre la nobleza "burocrática" y la de casta— la estructura feudal llegaría a ser base de un Derecho particular para ciertas profesiones cuyo carácter y extensión se explicará en el siguiente estudio comparado de los actos que en los diferentes territorios se consideraban como delictivos.

HERMANN TRIMBORN.

(*Continuará.*)