

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO II

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 34



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo II: 978-9972-42-858-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

IDEAS PENALES DEL FISCAL DE LA AUDIENCIA DE BUENOS AIRES FRANCISCO MANUEL DE HERRERA (1790-1799)

Abelardo Levaggi¹

1. DATOS BIOGRÁFICOS

Francisco Manuel de Herrera nació en Málaga en 1741. Perteneció a una familia andaluza de funcionarios de la Corona. Fue su padre Antonio de Herrera y Navarro, natural de Cádiz, caballero de la orden de Santiago, distinción que él heredó; su abuelo, Francisco Manuel de Herrera y Suárez de Toledo, oriundo de Arcos de la Frontera, ocupó una plaza de consejero de Guerra, y fue su bisabuelo Juan de Herrera Mirabel natural de Jerez de la Frontera. Uno de sus primos, Rafael Antúñez, integró el Consejo de Indias.

Estudió en el colegio de San Miguel y en la universidad de Granada, donde se graduó en Leyes. En la chancillería de esta ciudad fue recibido a la práctica en 1772. El 21 de enero de 1787 Carlos IV lo nombró fiscal de lo criminal y protector general de naturales de la audiencia de Buenos Aires, tras la división de la fiscalía única, hasta entonces desempeñada por José Márquez de la Plata, quien continuó a cargo de la de lo civil y real hacienda. Solo tomó posesión del cargo casi tres años después: el 29 de diciembre de 1789.

El 17 de marzo de 1798 fue trasladado a la misma plaza en la audiencia de Chile. El año anterior había contraído matrimonio en Buenos Aires con doña Francisca Rodado, con quien tuvo varios hijos. Juró como fiscal en la capital trasandina el 22 de abril de 1799. Hasta febrero de ese año actuó en el tribunal bonaerense.

El 16 de diciembre de 1803 el rey volvió a trasladarlo, esta vez a la fiscalía del crimen de la audiencia de Lima, donde asumió sus funciones el 21 de julio de 1805. La última promoción la tuvo solo pocos meses después. El 29 de octubre del mismo año de 1805 fue elevado a la regencia de la audiencia de Santa Fe de Bogotá, de la cual se hizo cargo bastante tiempo más tarde: el 18 de mayo de 1809. Su estancia en esta ciudad le resultó desafortunada. Al poco tiempo de llegar comenzó la agitación revolucionaria. Reducido a prisión por los rebeldes en julio de 1810, sobrevivió escasos meses. Murió a los sesenta y nueve años de edad.

¹ Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina, con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja» de la Universidad de Buenos Aires.

Dos hijos suyos militares, Pedro y Ramón, actuaron en partidos opuestos. Pedro, alistado en el ejército realista, fue fusilado por los revolucionarios altoperuanos en Chuquisaca, en 1816. Ramón se unió a San Martín en diciembre de 1820 y alcanzó el grado de general de división en 1823. Víctima de la guerra civil, abandonó el Perú y se radicó en Italia. A la viuda del fiscal le fue concedido, por decreto de San Martín del 30 de setiembre de 1821, seguir gozando de la pensión que le había otorgado el gobierno español.²

2. LAS IDEAS PENALES

La atención de los fiscales, dirigida hasta el siglo XVII a los meros intereses económicos de la Corona, a partir de entonces se fue desplazando hacia la representación por excelencia de la vindicta pública, interesada en el castigo de los delitos. La progresiva atribución de la acción pública a los fiscales, y su intervención en los procesos, hubiera o no parte acusadora, fue la consecuencia de una praxis fundada en la doctrina de los jurisconsultos, y que solo a finales del siglo XVIII tuvo su reconocimiento legal, con la real cédula del 8 de noviembre de 1787 que les asignó esa función.³

Herrera fue uno de ellos. En este trabajo me ocupo de las ideas penales que manifestó en el ejercicio de la fiscalía de lo criminal y protectoría general de naturales de la audiencia de Buenos Aires.⁴ Téngase presente que tales ministros, en las vistas y representaciones de esa época, no solieron abundar en consideraciones doctrinarias, citar autores —prefirieron las invocaciones genéricas y anónimas de la opinión mayoritaria de los regnícolas—, ni sentar cátedra de erudición jurídica.

Su atención estuvo puesta, preferentemente, en la exposición y análisis de los hechos.⁵ Por lo que al Derecho respecta, evitaron mencionar otra ley que no fuera la

² Manuel DE MENDIBURU, *Diccionario histórico-biográfico del Perú*, IV, Lima, Imprenta de J. Francisco Solís, 1880, pp. 260-261; Alberto y Arturo GARCÍA CARRAFA, *Diccionario heráldico y genealógico de apellidos españoles y americanos*, 41, Madrid, 1954, p. 162; Guillermo LOHMANN VILLENA, *Los ministros de la audiencia de Lima en el reinado de los Borbones (1700-1821). Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*, Sevilla, EEH-A, 1974, pp. 54-55; y Mark A. BURKHOLDER, y D. S. CHANDLER, *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, Westport, Con.-London, Greenwood Press, 1982, p. 161.

³ María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 149-153; y Santiago-Gerardo SUÁREZ, *Los fiscales indianos. Origen y evolución del ministerio público*, Caracas, Academia Nacional de la Historia, 1995, pp. 42-43.

⁴ Un trabajo semejante a este, que realicé, es: «Aspectos del Derecho penal indiano según José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota», *Anales de la Universidad de Chile*, V: 20, Estudios en Honor de Alamiro de Avila Martel, Santiago de Chile, 1989, pp. 297-333.

⁵ En pos de la claridad expositiva, la fijación correcta de los hechos tenía un carácter previo y fundamental, dice Santos M. Coronas González, refiriéndose a los fiscales del Consejo de Castilla. Los hechos, que llegaban a constituir el núcleo de la cuestión, debían ser probados correctamente, y el fiscal justificarlos como lo prevenía el Derecho (*Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992, pp. 71-72).

real; excepcionalmente la acompañaron, casi a hurtadillas, con alguna ley romana, y, solo cuando lo juzgaron indispensable, las comentaron.⁶ Esto sea dicho sin perjuicio de las diferencias de estilo habidas entre ellos, algunos más inclinados al discurso ideológico que otros.

Herrera se contó entre los menos expansivos. La mayoría de sus dictámenes son breves, ajustados a las circunstancias del hecho, dotados de escaso vuelo doctrinario. Más raras aún son sus apelaciones a la historia. Pocas veces se apartó de la rutina del oficio y se dejó llevar por la inspiración hacia planos superiores, aunque sin alcanzar en esas ocasiones alturas muy notables. Para extraer de sus escritos algunas ideas penales, algunos conceptos teóricos, me fue menester explorar un millar de expedientes. Solo algunas decenas los contienen, generalmente con una extensión de escasas líneas.

Pese a la parvedad de la materia salieron a la luz ésas sus ideas. Se revela como un ejemplo de profesionalismo; un jurista celoso del cumplimiento del deber, que llega a la exaltación cuando comprueba que algún funcionario falta a sus obligaciones más elementales. Respetuoso de las leyes, procura, sobre todo, destacar sus virtudes. Es equilibrado en sus juicios; cultor de la buena fe, la equidad y el sentimiento de humanidad; tradicionalista, sin caer en el misoneísmo, con destellos de benignidad penal, que plasma al correr de la pluma, y que puede atribuirse tanto a la influencia iluminista como al humanismo católico.

Paso a exponer cuáles fueron dichas ideas, clasificadas por tema.

3. DELITO

Señala Francisco Tomás y Valiente la inexistencia antes del siglo XIX de una teoría general del delito y solo, desde el XVI, de análisis de cuestiones generales. No obstante, a finales del XVIII hubo autores que intentaron dar una noción del delito, probable reflejo de influencias racionalistas.⁷ Una de esas definiciones del delito, inferida de fuentes antiguas y modernas, aparece en una vista fiscal de Herrera. Dice así: «es delito el hecho, o hechos que contra leyes divinas, o humanas y en perjuicio de tercero se hizo».⁸ Solo le faltó la mención del elemento subjetivo: dolo o culpa, para que fuera completa.

⁶ De conformidad, agrega Coronas González que el Derecho que habían de aplicar era, ante todo, el real, nacional o patrio. Se muestran, por principio, como ejecutores de una ley patria, a cuyo tenor ciñen sus dictámenes, y solo en casos dudosos se permiten interpretarla conforme al criterio mayoritario de los principales autores (Op. cit., ps. 72-73).

⁷ TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 208.

⁸ 16/9/1797. *Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires* (en adelante: AHPBA), 34.1.20A.51, fs. 56-vta.

4. CASTIGO POR MALA NOTA

El Derecho castellano-indiano no consideró necesario, para la aplicación de la pena, que el reo hubiese realizado una acción tipificada como delito, tipificación, por otra parte, inexistente entonces, a lo menos con la precisión que después le dieron los códigos.

Eso explica que Herrera alegase que «aunque no fuera más que la malísima nota de este reo conocido ya en todos los tribunales, juzgados, tiendas y plaza y aun por toda la ciudad pues no ha ocupado su mocedad sino en raterías y maquinaciones de enredos con que ha hecho oscurecer en cierto modo los varios procedimientos criminales que contra él se han tenido, era suficiente mérito para una condenación como la presente», de seis años de presidio.⁹

5. NO HA DE HABER CASTIGO SIN JUICIO LEGAL, INCLUIDA LA AUDIENCIA DEL REO

Por lo común, se consideró que la participación de los fiscales en los procesos penales condujo a un agravamiento del estado de indefensión en que estaba colocado el reo. Sin embargo, ésa no fue una consecuencia necesaria. Herrera se reveló como un honesto guardián de las garantías de los procesados, ancladas en el Derecho natural. Cuantas veces fue necesario salió en su defensa, anteponiéndolas al supuesto interés de la vindicta pública.

He aquí sus elocuentes declaraciones, un verdadero credo de su actuación, formulado al poco tiempo de haber asumido sus funciones. «El fiscal está persuadido a que su ministerio no está precisamente creado ni ligado para inclinar siempre la balanza de la justicia a la parte del rigor, y mucho menos para que escudándose con los derechos inviolables de su majestad y de la vindicta pública, se traspasen las más justas sanciones del Derecho natural [y] de gentes, del común de los romanos y del positivo del reino; el fiscal obraría contra el dictamen de su propia conciencia, y contra los juramentos que ha prestado si traspasara los sagrados límites de estas disposiciones. Contempla muy propio de su ministerio hacer que las leyes tengan su debida observancia, y que las causas se sigan por los trámites prescritos por Derecho aunque esto resulte a favor y beneficio de los reos acusados, a cuyo castigo no debe permitir se llegue por medios ilegales».

Los reos están en «posesión de indemnizarse por las vías que el Derecho les permite, pues cuando algo se arriesgue será el que un culpado se sustraiga de la pena que merece, pero este es menos inconveniente que exponer a un inocente a que sufra la pena en que no ha incurrido».¹⁰ Las Partidas decían, con «los sabios antiguos», que

⁹ 22/8/1795. *Archivo General de la Nación, Argentina* (en adelante: AGN), Tribunales, leg. 183, exp. 4, fs. 190-191. IX.38.2.5.

¹⁰ 17/3/1790. AGN, Interior, legajo 27, expediente 5, fs. 109 vta.-123. IX.30.4.3.

«más santa cosa era, de quitar al hombre culpado, contra quien no puede hallar el juez prueba cierta, y manifiesta, que dar juicio contra el que es sin culpa» (III.14.12).

Por no haberse podido averiguar como correspondía la culpabilidad de cada uno de los reos que habían pretendido fugarse, recomendó que fueran indultados, alegando: «no parece resulta un motivo justo para castigar a todos, y en tales términos para que no padezcan algunos que pueden estar inocentes».¹¹

Insistió: «las partes tienen derecho (por más críminosas que se reputen) a ser oídas y castigadas por los medios que las leyes dictan».¹²

Contra presos sorprendidos cuando intentaban evadirse de la cárcel un alcalde ordinario había obrado «con notoria nulidad, y contra todos los Derechos divino, natural, y positivo». Su «providencia de azotes ejecutada a pesar de los clamores de los mismos reos por audiencia, poco tiempo antes de salir a la vergüenza, [...] es precipitada, escandalosa, y punible en sumo grado, pues aunque el delito sea de la mayor gravedad, y tan notorio que fuese preciso proceder por instantes, [...] aquellos pocos actos que deben hacerse de sumaria, se hacen con citación del reo antes de empezar a examinar testigos, respecto a que la citación es debida por todos Derechos».¹³

Volvió a ocuparse de los encarcelados a raíz del castigo que les infligió un sargento que se creyó insultado. «Este delito es grave —opinó— por ser contra personas miserables ligadas en una prisión, que no pueden aun usar de la natural defensa». En la cárcel «por expresas leyes no deben los reos ser molestados, ni ofendidos aun de sus mismos jueces, hasta que sufran sus condenas. Las leyes los protegen, los magistrados los amparan, como que están bajo la protección real».¹⁴

6. EL RIGOR DE LA PENA HA DE LIMITARSE A LO NECESARIO

Este concepto humanista echó raíces en él. «Los jueces deben poner tanto cuidado en castigar los delitos, como en que no padezcan los que no los cometieron; el fiel de la balanza debe estar igual en las manos del juez, porque si declina al lado de la

¹¹ 30/6/1792. AHPBA, 34.1.17.18, fs. 29-vta. Ideas semejantes había expuesto a comienzos del siglo, el 3/2/1711, el fiscal del Consejo de Castilla Luis Curiel y Tejada: «desde el origen del mundo en las historias sagradas, y profanas no vemos con aprobación practicado otro medio de castigar los delitos que precediendo la prueba de testigos, instrumentos o indicios, oyendo al reo su disculpa, calificándose de injusto y tirano el proceder que se apartase de estas reglas que prescribe el mismo Derecho natural y son muchos los ejemplos que pudieran juntarse en las historias sagradas, y profanas y aunque es grande inconveniente el que por defecto de prueba dejen de castigarse muchos delinquentes mayor sin comparación será el perjuicio de la justicia si se castigan los inocentes» (JOVER ZAMORA, José M.: «Una página de la guerra de Sucesión. El delito de traición visto por el fiscal del Consejo de Castilla», *Anuario de Historia del Derecho Español*, XVII, Madrid, 1946, p. 779).

¹² 7/12/1792. AHPBA, 5.5.69.6, fs. 35-36 vta.

¹³ 20/3/1792. AGN, Tribunales, leg. 171, exp. 11, fs. 63 vta.-64. IX.38.1.1.

¹⁴ 28/7/1792. AHPBA, 5.5.80.43, fs. 23-25 vta.

misericordia o del rigor se faltará enteramente a la justicia». ¹⁵ A todo juez le prescribió versarse con «humanidad, prudencia, moderación», ¹⁶ debiendo «la humanidad [...] ejercitarse previamente sin contar con la imposición del castigo». ¹⁷

A diferencia de lo que dice Tomás y Valiente de los delitos que llegaban a ser plaga social, perseguidos con todos los procedimientos represivos que la Monarquía tenía en su poderosa mano, y castigados indiscriminadamente con pena de muerte, ¹⁸ sostuvo la idea avanzada de que «la extinción de los delitos que se han hecho ya costumbre, no se consigue con el demasiado rigor, antes es menester procurarla dando reglas para precaverlos, y usando siempre de medios indirectos». ¹⁹

A cada uno lo suyo. Interpretó que «es la voluntad del soberano se haga cumplimiento de justicia según la natural calidad de los delitos, y casos, sin dar lugar a abusos perjudiciales a la vindicta, y a la seguridad que conforme a la nativa institución de las leyes deben gozar los buenos en sus personas, y bienes por el sangriento ejemplar, y castigo de los malos». ²⁰

Volvió a interesarse por los presos de la cárcel. Con la ley de Partidas VII.29.11 en mente, dictaminó que «los derechos de la vindicta están muy lejos de pretender que a un reo (por graves que sean sus delitos) se le abandone en los estrechos límites de una prisión que no ofrezca la oportunidad de lugar para enfermería, ni personas diputadas para esta asistencia; clamando la humanidad para que [...] se le ocurra con todos los auxilios temporales y espirituales que exige la piedad y caridad cristianas». ²¹ En el mismo sentido, le recomendó a un alcaide procurar «del mejor modo que pueda ejercitando la caridad tan propia de todo cristiano facilitarles [a los presos] los auxilios que aquellos [sus parientes] pretendan suministrarles». ²²

7. FIN DE LAS PENAS

Las Partidas ponían de relieve los fines expiatorio y ejemplar (VII.31.1 y 11). Alfonso de Castro había colocado en el mismo nivel al fin correccional. ²³ Herrera se acercó a este concepto. Un reo debía ser castigado «para satisfacción de sus delitos, ejemplo

¹⁵ 22/3/1797. AGN, Criminales, leg. 33, exp. 3, fs. 236 vta.-242. IX.32.4.5.

¹⁶ 13/4/1793. AGN, Tribunales, leg. 157, exp. 3, fs. 11-12 vta. IX.37.8.1.

¹⁷ 12/7/1790. AHPBA, 7.2.102.24, fs. 170-vta.

¹⁸ *Ibidem*, p. 359.

¹⁹ 30/5/1796. AGN, Tribunales, leg. 144, exp. 9, fs. 5 vta. IX.37.6.1.

²⁰ 2/9/1791. AHPBA, 7.1.90.6, fs. 86.

²¹ 3/7/1790. AGN, Tribunales, leg. 18, exp. 8, fs. 7-8 vta. IX.35.3.2.

²² 2/7/1794. AHPBA, 7.3.115.98, fs. 22 vta.-24.

²³ «La pena se refiere bajo distintos aspectos al delincuente y a los demás. A aquel se le aplica la pena para que conozca el mal que hizo [...]. Cuando ya el pecador aprendió que era malo lo hecho, la pena le presta otra ventaja y es que le excita a apartarse de ello y a enmendarlo. Por otra parte, al aplicar la pena al delincuente, los demás, en vista de ella, huyen de cometer actos semejantes» (*De potestate legis poenalis*, I, iii).

de otros, y ver si por este medio se consigue su enmienda».²⁴ Aunque alejado del movimiento correccionalista, que estaba dando los primeros pasos, no se olvidó de la relación que debía haber entre castigo y enmienda.

Para un esclavo del virrey, que había matado al mayordomo, pidió la pena de muerte, «a fin de que sirva de ejemplo, y escarmiento, y para contener a esta clase de gentes tan insolentada».²⁵

Justificó la existencia de partes de los cadáveres de los ajusticiados en los caminos públicos por ser «una memoria para todos los que las divisan buenos y malos, cuya inspección hace contener a estos y perseverar a los otros en su conducta [...] siendo sin comparación mayor el beneficio que resulta al público de la permanencia de aquellos fragmentos en los lugares disputados que de su separación».²⁶

8. PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

Las Partidas (VII.31.8), bajo la influencia en este aspecto del Derecho canónico, prescribieron criterios de proporcionalidad para los jueces que debían imponer penas, teniendo en cuenta varios factores, entre ellos factores sociales que respondían a la cultura de la época.

En esa dirección, Herrera tuvo presente, al pedir el castigo de los malhechores en nombre de la vindicta pública, la proporción del delito con la pena. Unas veces se apartó de la determinada por el juez alcalde por considerarla menor que la debida, y otras veces por la razón opuesta. O sea, que no creyó de su obligación hacer que los reos recibieran el mayor castigo posible, sino solo la pena proporcional al delito.

Pidió aumentar la de dos años de presidio decretada contra un mulato libre por cuatrero y amancebado, «haciendo compatible la pena que se imponga con los excesos cometidos, y la incorregibilidad» del reo.²⁷

En cambio, respecto de otro mulato, que había herido de muerte a un indígena y fue condenado a cinco años de presidio, alegó que «como las circunstancias en que esta acaeció sean favorables a este reo [...] al fiscal le parece de algún modo excesiva la pena».²⁸ Acerca de varios abigeos y vagos, condenados con doscientos azotes y seis años de presidio, consideró indudable que merecían «alguna pena, pero mucho más moderada que la que se les ha impuesto».²⁹

²⁴ 19/12/1794. AHPBA, 7.2.106.23, fs. 43-44.

²⁵ 22/6/1791. AHPBA, 7.1.97.19, fs. 35-36.

²⁶ 2/1/1799. AGN, Tribunales, leg. 159, exp. 11, fs. 12-vta. IX.37.8.3.

²⁷ AHPBA, 5.5.80.32, fs. 59-60.

²⁸ 29/10/1791. AGN, Tribunales, leg. 154, exp. 18, fs. 47-vta. IX.37.7.5.

²⁹ 10/5/1792. AHPBA, 34.1.16.52, fs. 35 vta.-36 vta.

9. CLASES DE PENAS

En cumplimiento de las leyes, y en pos de la proporcionalidad, pidió, según los casos, que se aplicaran casi todas las penas previstas por el Derecho, con excepción de la de mutilación, que ya había caído en desuso. Entre esas penas no faltó la de muerte, que mantenía su plena vigencia. El práctico Antonio de la Peña había dicho, en tal sentido, que «el juez no ha de dejar de imponer al delincuente la pena que por las leyes fuere impuesta por los crímenes y delitos que cometieren, y así cuando por las leyes fuere impuesta pena de muerte no la moderen por otra menor».³⁰ Se entendía que debía hacerlo una vez ponderadas las circunstancias del caso.

En un homicida descubrió «su fiera y sangrienta condición» que lo hacía «indigno de vivir en la sociedad con los demás».³¹ De otro, dijo que «incurrió en la pena de muerte que la ley de Castilla previene para los delitos de esta clase, de lo cual se infiere que la sentencia de presidio [que había sido dictada] es perjudicial a la vindicta porque no se castiga un delito como el presente según las penas establecidas por las leyes».³²

La cura del herido favorecía al ofensor, mas —a su juicio— «no influye más que a libertarlo de la pena ordinaria, que merecía si se hubiese seguido la muerte del paciente. Pero estando en el caso de tratar de la arbitraria, del mismo modo se ha de discurrir que si el herido hubiese fallecido».³³ Es decir, con abstracción del resultado.

El régimen de privilegios vigente incluía a las penas. Ciertas clases de ellas no eran aplicables a determinadas personas. A un bigamo, por ser vizcaíno, y gozar por consiguiente de la presunción de hidalguía, lo consideró «privilegiado para evitar la vergüenza pública», que de otro modo le habría correspondido.³⁴ De un indígena condenado a remar en los bajeles del rey afirmó que «esta clase de gente ni tiene instrucción en el manejo de los barcos, ni están acostumbrados al temperamento marítimo» y que solo debían ser enviados a «los destinos que por las leyes están prescriptos», entre los cuales no figuraba ese.³⁵

10. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

10.1 Edad

Muchos delitos eran cometidos por menores de edad, o sea, menores de veinticinco años. Según las Partidas, había de ser castigado «más crudamente» el mancebo que el viejo, y el menor de diez años y medio no debía recibir ninguna pena. Al mayor

³⁰ M. LÓPEZ-REY Y ARROJO: *Un práctico castellano del Siglo XVI. Antonio Peña*, Madrid, Tip. de Archivos, 1935, p. 64.

³¹ 19/12/1798. AHPBA, 7.1.84.31, fs. 90 vta.-91 vta.

³² 1º/7/1796. AHPBA, 7.2.98.17, fs. 120 vta.-122.

³³ 12/5/1797. AHPBA, 7.2.100.8, fs. 20 vta.-21 vta.

³⁴ 14/12/1798. AHPBA, 34.2.21 B.42, fs. 72-vta.

³⁵ 10/11/1794. AGN, *Criminales*, leg. 38, exp. 8, fs. 1-2. IX.32.5.2.

de esta edad y menor de diecisiete años se tenía que menguarle la pena (VII.31.8).³⁶ Antonio de la Peña asentó que a los menores de edad, mayores de diecisiete años, quedaba a la voluntad de los jueces disminuirles la pena, habiendo «algunos jueces que hasta que el menor cumpla los veinticinco años moderan la pena en atención a la calidad del menor y del delito, lo cual yo no repruebo».³⁷

Herrera no estuvo de acuerdo con esta doctrina. «Es verdad —escribió— que nuestros sabios legisladores han sido profusos en la dispensación de gracias a los menores para evitar los perjuicios de sus intereses, y consultar el castigo de los excesos que cometen con penas más moderadas; pero para uno, y otro han dado reglas fijas, atendida la naturaleza, y circunstancias de los casos; y aunque los menos de los autores, y no en caso de tanta gravedad como el presente opinan por la moderación de penas a los menores de veinticinco años, respecto de los mayores de esta edad, como el norte de estas decisiones sean las mismas leyes, y no se ayude con ninguna de estas disposiciones el menor que después de la plena pubertad como el presente reo ha delinquido atrozmente con dolo malo, y premeditada deliberación, de ahí es que como hablen fuera de la ley aquellos autores sobre el caso expresado, no se deben seguir sus dichos, y sí solo los preceptos de las leyes que con copia de autores bien recomendables resuelven que el menor que completos ya los [18] años de la pubertad delinque atrozmente debe ser castigado con la pena ordinaria».³⁸

Asimismo, la pena correspondiente a delitos «tan de bulto» como los robos, portación de armas prohibidas y resistencia a la justicia «no puede atemperarse por la mera calidad de menor de edad de veinte años, pues por ella no hay razón en Derecho que lo indemnice, ni aun de la pena ordinaria».³⁹

En cambio, una herida mortal inferida casualmente con motivo de «un juego de muchachos» autorizaba la pena arbitraria atenta, además, la «menor edad» del reo.⁴⁰ Lo mismo, una pena moderada a un par de abigeos y vagos, con consideración a «la menor edad de ambos».⁴¹

Pese a ser el delito juzgado una herida mortal, favorecía al autor «sobre todo la menor edad de catorce años cumplidos que tenía el reo cuando cometió el exceso».⁴² En el otro extremo vital, reputó una circunstancia atenuante la «avanzada edad» de un hombre de ochenta años que había apuñalado a su mujer.⁴³

³⁶ La ley VII.8.3 ratificó: «si algún hombre que fuese loco, o desmemoriado, o mozo que no fuese de edad de diez años y medio, matase a otro, que no cae por ende en pena ninguna, porque no sabe, ni entiende el mal que hace».

³⁷ LÓPEZ-REY y ARROJO: *Un práctico...*, p. 100. Cf. TOMÁS y VALIENTE: TOMÁS y VALIENTE [7], ps. 340-341.

³⁸ 4/7/1791. AHPBA, 7.1.97.19, fs. 42-45.

³⁹ 24/5/1791. AHPBA, 7.1.97.19, fs. 63-64.

⁴⁰ 16/1/1792. AHPBA, 5.5.79.2, fs. 48-vta.

⁴¹ 10/5/1792. AHPBA, 34.1.16.52, fs. 35 vta.-36 vta.

⁴² 22/11/1793. AHPBA, 7.1.89.12, fs. 42 vta.-44.

⁴³ 16/11/1798. AHPBA, 7.2.101.2, fs. 73-74.

10.2 Ebriedad

Frecuentes fueron las riñas, heridas y muertes producidas por efecto del alcohol. Herrera hizo mérito de ese estado para justificar una reducción la pena: «algo cargado de la bebida»,⁴⁴ «no la embriaguez absoluta» pero «al menos un aturdimiento y enajenación bastante».⁴⁵

La voluntad criminal debía ser castigada de forma ordinaria si no se demostraba que la había privado la bebida. Una pelea dispuesta «segunda vez con premeditación, y ánimo deliberado», según el fiscal, excluía la embriaguez como circunstancia atenuante por «en cierto modo su propio razonamiento».⁴⁶

10.3 Ofuscación

En quien, agraviado de palabra y acción, había herido de muerte a su ofensor reconoció como atenuante, para no pedir que se le aplicase el último rigor, «el que la ofuscación en un acto ofensivo, no deja expedito del todo el discernimiento, ni trae a la imaginación las fatales consecuencias que resultan de hacer uso de armas cuando el insulto no se hace con ellas».⁴⁷

11. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES⁴⁸

11.1 Premeditación y alevosía

«Mayor pena merece el que mata a otro a traición, o alevosía, que si lo matase en pelea, o en otra manera», sentenciaba la Partida VII.31.8. «Aun cuando hubiese tenido legítimo derecho —consideró Herrera—, no debió ofenderle tan cruelmente, hallándose aquel indefenso; de lo cual se deduce la premeditación y ánimo deliberado con que procedió a herirle», lo cual «ejecutó a su salvo, y sobre seguro, participando así este hecho, si no de todas las circunstancias de alevosía, al menos de parte de ellas».⁴⁹

⁴⁴ 29/1/1790. AHPBA, 7.2.103.3, fs. 41 vta.

⁴⁵ 14/4/1796. AGN, *Tribunales*, leg. 61, exp. 3, fs. 51. IX.36.2.1. Antonio de la Peña aclaró: «si fuere grande la embriaguez y estando con ella matare a alguno, no por eso se ha de excusar toda la pena, sino que se disminuirá [...], y así al que diere ocasión muy cercana para el delito no se le dará pena corporal si no tuvo voluntad clara y cierta para cometerlo, pero si la embriaguez fuere pequeña, no por ella se disminuirá la pena» (LÓPEZ-REY Y ARROJO: *Un práctico...*, p. 67).

⁴⁶ 25/5/1792. AHPBA, 7.1.89.28, fs. 46-vta.

⁴⁷ 7/2/1792. AGN, *Tribunales*, leg. 183, exp. 8, fs. 87 vta.-88 vta. IX.38.2.5.

⁴⁸ Emma Montanos Ferrín niega la existencia de verdaderas circunstancias agravantes en el Derecho anterior a la codificación. Las así consideradas por muchos serían, solo, elementos calificadores de varios delitos, y no formas agravadas de uno (MONTANOS FERRÍN, y SÁNCHEZ-ARCILLA, José: *Estudios de historia del Derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990, ps. 77-130).

⁴⁹ 10/3/1793. AHPBA, 5.5.75.17, fs. 23-24.

11.2 Reincidencia

La comisión reiterada de delitos fue un factor de agravamiento de la condena. Un reo estaba acusado de «repetidos castigos y maltrato a su mujer; él ha sufrido arrestos y apercibimientos por este modo de conducirse —observó el fiscal—; su enmienda ha sido la reiteración con escándalo público y ultraje de las providencias de los jueces; de manera que reputándose ya por incorregible en esta clase de exceso, de que se infiere precisamente su mala condición, conducta y procedimientos», pidió un castigo severo.⁵⁰

11.3 Reo esclavo

Los jueces «más crudamente deben escarmentar al siervo, que al libre», y «mayor pena merece aquel que delinquiró contra su señor», establecía la ley de Partidas VII.31.8.

Delito gravísimo reputó Herrera la herida mortal dada por un esclavo al mayordomo de la casa, digno de la pena ordinaria, «considerada la calidad, y representación del herido mayordomo del excelentísimo señor virrey, que tenía la de este señor para corregirlo, y gobernarlo inmediatamente, [y] la vil condición del reo, que exige más severidad en el castigo».⁵¹

Otro negro, que había herido a su amo, «por las circunstancias punibles en que se descubre lo ejecutó, ha cometido este esclavo el delito más grave en su clase digno de la más severa coerción».⁵²

11.4 Lugar privilegiado

La misma ley de Partidas advertía a los jueces que «deben catar el lugar en que hacen el delito». El proceder de un sargento que había penetrado en la cárcel y castigado a los presos era «gravísimo también por las circunstancias del lugar, por la violación del baluarte de la justicia, del antemural de la real jurisdicción, y del asilo de la seguridad pública, que todo esto es una real cárcel».⁵³

12. LEGÍTIMA DEFENSA

Las Partidas admitían la legítima defensa, entendiendo por tal, «viniendo el otro contra él, trayendo en la mano cuchillo sacado, o espada, o piedra, o palo, u otra arma cualquiera con que lo pudiese matar. Porque entonces si aquel, a quien acomete, mata al otro que lo quiere de esta guisa matar, no cae por ende en pena alguna. Porque

⁵⁰ 3/5/1798. AHPBA, 34.2.22 B.36, fs. 33-vta.

⁵¹ 22/6/1791. AHPBA, 7.1.97.19, fs. 35-36.

⁵² 12/12/1798. AHPBA, 7.1.83.10, fs. 33-34.

⁵³ 28/7/1792. AHPBA, 5.5.80.43, fs. 23-25 vta.

natural cosa es, y muy guisada, que todo hombre haya poder de amparar su persona de muerte, queriéndolo alguno matar a él; y no ha de esperar que el otro le hiera primeramente, porque podría acaecer, que por el primer golpe que le diese, podría morir el que fuese acometido, y después no se podría amparar» (VII.8.2).

En consecuencia, a juicio de Herrera, «no pudo prescindir de herir a un hombre malévolo que vino a insultar su casa a la propia habitación donde se hallaba ya durmiendo, saliendo herido en la refriega [...] no hizo más que repeler la fuerza sin arbitrio para otra determinación».⁵⁴

Al que perforó su casa para robar o violentar a su mujer, pudo el dueño «por igual motivo haberlo preso, herídole, y aun dádole muerte»,⁵⁵ de conformidad con la ley de Partidas VII.8.3.

«Aunque al marido le esté permitido por las leyes dar muerte a los adúlteros —sentó—, no hay obligación alguna en estos de permitirlo, dejando de usar de la defensa natural, que a todos es permitida». Pudo, pues, herirle «si lo hubiese visto venir hacia sí con el cuchillo en la mano, guardando en esta forma el modo de la defensa permitida por Derecho natural».⁵⁶

13. CASOS EN QUE LA DEFENSA DEJA DE SER LEGÍTIMA

Varias veces reprobó los excesos cometidos por quienes se defendían de algún ataque de hecho o verbal. «La defensa debe ser moderada —advirtió—, y comoquiera que este reo no se halló en un caso en que si no usaba del cuchillo peligraba su vida, se excedió así en tanto grado que sin peligro de ella quitó la suya a A. A».⁵⁷

Pese a «haber sido insultado por el difunto con feas, y torpes palabras», y haber visto «ofendido a un cuñado suyo con iguales expresiones, y un bofetón», a juicio de Herrera el homicidio «lo pudo excusar, y en no haberlo hecho incurrió en la pena de la ley aun cuando hubiese justificado como correspondía la intemperancia del difunto, en cuyo caso también debía haber procedido con el sufrimiento, y prudencia que en tales actos es necesaria para precaver semejantes desgracias».⁵⁸

Censuró al reo que infligió una herida mortal a quien no tenía «arma igual para esperar de él a más de la ofensa de tirarle de los cabellos, el que con anticipación pudiese también herirle con instrumento de la misma clase». Por ende, «se infiere claramente que no estuvo en estrecha necesidad de defenderse de aquella suerte, no obstante de que el modo con que fue insultado por el difunto, y la intrepidez del genio de este, le llegasen a sofocar, de manera que le fuese necesario usar de alguna

⁵⁴ 7/10/1798. AHPBA, 34.2.22 A.25, fs. 38-39.

⁵⁵ 12/7/1792. AHPBA, 7.1.95.16, fs. 32 vta.-33 vta.

⁵⁶ 5/3/1792. AHPBA, 34.1.16.35, fs. 29 vta.-31.

⁵⁷ 5/9/1797. AHPBA, 34.1.20 A.51, fs. 56-vta.

⁵⁸ 29/11/1794. AHPBA, 7.1.91.11, fs. 40-41.

defensa, pues esta debía ser conforme a la ofensa, de lo cual no se hallaba imposibilitado, pues para un tirón de cabellos, u otra igual opresión, hay la libertad de dirigirse con el impulso de las manos a los lugares delicados del cuerpo del que insulta, medio por el cual se consigue salir de cualesquiera aprieto».⁵⁹

Por otra parte, amonestó que «las palabras por más injuriosas que sean, no deben repelerse sino con otras, o tomar de ellas diferente satisfacción según es lícito», nunca herir de muerte.⁶⁰

14. HECHO NO DOLOSO

Fuera del caso de legítima defensa hubo otros, punibles o no, en los que también se reconoció la ausencia de dolo: sola culpa del ofensor, o de la propia víctima.

Por la ley de Partidas VII.8.4, «desventura muy grande acaece a veces a los hombres, y ha, que matan a otros por ocasión, no queriéndolo hacer», en cuyo caso «no cae por ende en pena ninguna». A su vez, la ley 63 de las del Estilo prescribía que «es regla que no debe ser penado hombre, si culpa no tuvo en el mal que hizo. Y esto es verdad de la pena ordinaria: mas por la negligencia, penarlo han de pena extraordinaria, que es albedrío de juez».

Producido un accidente de tránsito, con resultado fatal para la víctima, dijo el fiscal que «nada se descubre de malicia, o dañada intención en los negros de A. para el caso sucedido de haber atropellado con el coche al muchacho que falleció de estas resultas, solo sí se manifiesta haber sido un suceso casual de los muchos que han acontecido en esta forma, y puede suceder por el poco cuidado que se tiene en dejar andar solas por las calles a las criaturas pequeñas».⁶¹

Pero el tirar una piedra a uno, y darle a otro, «sin embargo de ser ocasional, envuelve culpa, que merece pena en quien despidió la piedra conforme a la ley de Partida».⁶² Se refería a la ley VII.8.5, que castigaba a quienes «no pusieron ahí tan gran guarda como debieran, o hicieron cosas antes, por que viniera la ocasión».

15. TENTATIVA

El que habiendo tenido un mal pensamiento «se trabajase de hacerlo, y de cumplirlo, comenzándolo a meter en la obra, a pesar de que no lo cumpliese del todo, entonces sería en culpa, y merecería escarmiento, según el mal que hizo» (Partidas, VII.31.2).

En tal sentido, según Herrera, «los crímenes no consisten en sola la voluntad del que los quiere ejecutar, porque muchos pueden no ser punibles si no se sigue el efecto;

⁵⁹ 7/2/1792. AGN, *Tribunales*, leg. 183, exp. 8, fs. 87 vta.-88 vta. IX.38.2.5.

⁶⁰ 25/10/1793. AHPBA, 5.5.68.28, fs. 42 vta.-43 vta.

⁶¹ 15/7/1793. AHPBA, 7.2.107.11, fs. 18 vta.-19.

⁶² 16/1/1792. AHPBA, 5.5.79.2, fs. 48-vta.

con todo como los que principiaron a forar la crujía manifestaron expresamente su intención, y no la dejaron de la mano sino por haber sido descubiertos, y presentándoseles impedimento que no pudieran superar para verificar la fuga, se han hecho acreedores a la pena extraordinaria».⁶³

Como quien intentaba un doble matrimonio «efectivamente no [lo] contrajese, y en excesos de esta clase el intento no le perjudica en términos que haya de aplicársele la pena del delito, como si lo hubiera cometido», lo reputó un exceso menor.⁶⁴

El fiscal se ubicó en el medio de los dos supuestos que contemplaba la ley de Partidas: el de los delitos graves, en los que el conato era castigado con la misma pena que el delito consumado, y el de los delitos leves, en los que el arrepentimiento hacía que el autor no mereciera pena alguna.

16. ASILO

El asilo en sagrado no estaba admitido para toda clase de delitos. La lista de exceptuados fue en aumento con el paso del tiempo. El homicida aleve, por ejemplo, no gozaba de esa inmunidad. La regulación última del asilo había sido obra de la real cédula de Carlos III del 15 de marzo de 1787.⁶⁵

Aclaró Herrera, teniendo presente la voluntad real, que de dicha inmunidad «solo deben gozar aquellos que en propia y justa defensa hieren, o matan».⁶⁶ Se conformó con ese beneficio siempre que no constaba «premeditación, ánimo deliberado de traición, o asesinato, ni otra cualidad en términos que presten todo aquel mérito que se requiere para fundar el caso exceptuado, y por él formar el concepto de no deber gozar el reo de la inmunidad del lugar sagrado a cuyo asilo se refugió», protestando que «así lo comprende el fiscal conducido de aquella buena fe con que debe regirse en asuntos de esta gravedad».⁶⁷

17. PERDÓN DE LA PARTE OFENDIDA

Aun cuando en los delitos que interesaban a la vindicta pública el perdón de la parte solo extinguía la acción privada, no la pública, podía, de todos modos, obrar a favor del reo, beneficiándolo con la mitigación de la pena.⁶⁸

⁶³ 14/1/1793. AHPBA, 5.5.78.33, fs. 43-44.

⁶⁴ 7/10/1794. AHPBA, 34.1.19.12, fs. 12-vta.

⁶⁵ Abelardo LEVAGGI: «Las instituciones de clemencia en el Derecho penal rioplatense», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 101-102, México, D.F., UNAM, 1976, ps. 276-286.

⁶⁶ 23/2/1797. AHPBA, 7.1.87.14, fs. 61-62.

⁶⁷ 8/2/1790. AHPBA, 5.5.76.11, fs. 44 vta.-46; 18/3/1790. AGN, *Tribunales*, leg. 183, exp. 7. IX.38.2.5; 24/3/1791. AHPBA, 7.2.102.16, fs. 18 vta.-19 vta.; 5/11/1791. AHPBA, 7.1.97.20, fs. 29-30.

⁶⁸ LEVAGGI [55], pp. 257-269.

Dictaminó Herrera, que como el herido «le haya perdonado la injuria, convenido en ser reintegrado de los gastos de curación, y resarcimiento de su trabajo en los días perdidos; teniendo consideración a que el suceso no fue premeditado, a que la herida no se causó en parte peligrosa y que promete la sanidad», se conformaba con la corta pena pecuniaria que había impuesto la sentencia.⁶⁹

En un caso de estupro, transado por las partes, opinó que el delito, «aunque considerado generalmente privado, [es] de calidad que de cualesquiera modo que se mire trae consigo violencia, [razón por la cual] no queda excluido absolutamente por el apartamiento el derecho de la vindicta».⁷⁰

18. EJECUCIÓN

Había hechos a los que la tradición atribuía causas sobrenaturales, señales de que Dios no aprobaba la ejecución de pena capital que iba a cumplirse. Uno de esos hechos accidentales era la rotura de la escalera del patíbulo cuando el reo subía por ella.

Producido uno de esos accidentes, sostuvo Herrera, en desacuerdo con la interpretación popular, que «dejarse de llevar a debido efecto por un accidente de tan ninguna consideración, no puede menos, porque ejecutoriada ya la sentencia de muerte [...] no hay remedio alguno que embarace su ejecución; ni la rotura de cordeles, escalera etcétera. pueden impedir tampoco el castigo».⁷¹

19. TORMENTO

«Aunque el tormento es una especie de prueba inventada para averiguar la verdad de los malos hechos que se cometen encubiertamente, no por eso se debe decretar el tormento por cualesquiera débiles indicios, sino es por presunciones, y sospechas ciertas, según es expreso en la ley 2ª, título 30, Partida 7ª», recordó Herrera, adhiriéndose al criterio restrictivo ya en boga.⁷²

Una causa por sedición se había iniciado a raíz de la denuncia de un esclavo contra su amo. Negativo este, el juez decretó que fuese sometido a cuestión de tormento. El fiscal observó que «para proceder al tormento decretado por el alcalde ordinario contra su amo y demás correos, era necesario se purificase este de la infamia que le atrae su vil condición, y esto no podría ser menos que por medio del tormento»,⁷³ solución que, aunque parezca absurda, era conforme con la ley de Partidas III.16.13.

⁶⁹ 8/3/1798. AHPBA, 34.2.23.8, fs. 10-vta.

⁷⁰ 10/4/1793. AHPBA, 7.1.95.20, fs. 10-11 vta.

⁷¹ AGN, Tribunales, leg. 60, exp. 2, fs. 9-11. IX.36.1.5.

⁷² 1º/3/1791. AHPBA, 5.5.74.11, fs. 100.

⁷³ 30/3/1795. AGN, *Tribunales*, leg. 60, exp. 6, fs. 141-143. IX.36.1.5.

20. CONCLUSIONES

1. Herrera, único fiscal en lo criminal de la audiencia de Buenos Aires entre 1790 y 1799, en las numerosísimas causas en que intervino, no se distinguió por los desarrollos doctrinales, reducidos a pocas líneas, sino por la detallada exposición y análisis de los hechos materia de juzgamiento.
2. A esa parquedad de doctrina se sumó el que algunos conceptos se constituyeran en frases hechas o fórmulas que repitió cada vez que pudo hacerlo.
3. Ratificó la supremacía de los Derechos divino y natural, y cuando citó alguna ley, hecho no frecuente, se trató de las de Partidas, recopiladas de Castilla e Indias, extravagantes y normas locales, o sea, únicamente Derecho del reino. Se abstuvo de nombrar autores, y cuando se refirió a opiniones lo hizo en general. A veces, introdujo en el dictamen los antecedentes históricos.
4. Las ideas que expuso, con las sobredichas restricciones, lo revelan como celoso del cumplimiento de las leyes, y en un plano de equilibrio entre la aplicación del castigo y el respeto a los derechos del reo. Compartiendo la moderación de determinadas normas legales tendió a que fuera menos afligente su situación. Él mismo invocó como propio de su personalidad la «natural moderación».⁷⁴
5. Aun cuando vivió en pleno apogeo iluminista, no parece que sus ideas humanitarias respondieran a esa ideología, o que fueran consecuencia directa de ella. No se encuentran en ellas los conceptos claves de la Ilustración. No debe desecharse la hipótesis de que se hubiese inspirado en el pensamiento tradicional.
6. La mayoría de las opiniones de Herrera fueron compartidas por la audiencia. Sus dictámenes son, pues, fuente autorizada del Derecho aplicado a finales del siglo XVIII.

⁷⁴ 10/12/1793. AGN, *Tribunales*, leg. 178, exp. 8, fs. 30. IX 38.1.8.