

DOS ASPECTOS DE LA LEGISLACIÓN CARCELARIA NOVOHISPANA

Beatriz Bernal G.

SUMARIO: 1. *Delimitación del tema.* 2. *Fuentes.* 3. *Del origen de la cárcel de pena.* 4. *De la custodia de los presos.*

1. *Delimitación del tema*

Los sistemas penitenciarios, y como consecuencia de ello, los regímenes carcelarios, en su concepción moderna y sus expresiones más genuinas surgieron en el siglo XIX. Aparece primero el sistema celular,¹ como reacción a la promiscuidad carcelaria precedente y con fines de meditación y arrepentimiento;² después el progresivo,³ que distinguía varios periodos en el curso del encarcelamiento, evolucionando de menor a mayor libertad con base a la buena conducta del penado, abarcando desde el total aislamiento hasta la libertad condicionada y pasando por periodos de trabajo en común realizado por el reo.

¹ Este sistema, caracterizado por el aislamiento del penado, tuvo sus antecedentes en los *oubliettes* medievales, los *vade in pace* de la Inquisición y las normas para la reclusión canónica del Concilio de Bazieres de 1246 y que se implica en las *Maisons d'amélioration* defendidas en 1790 por Mirabeau ante la asamblea constituyente. Se desarrolla en dos direcciones: la filadélfica, surgida en la Walnut Street-Jail de Filadelfia y adoptada después en prisiones de Pensylvania, y la aurbiana, instaurada en Nueva York, por el alcaide Eleam Lynds. Mientras que en la primera el aislamiento era absoluto, diurno y nocturno, en la segunda hubo trabajo en común durante el día, bajo rigurosa regla de silencio. Ver García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional; prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, p. 39.

² El sistema celular fue un fracaso absoluto, hasta el punto de que E. Ferri lo calificó de "una de las aberraciones del siglo XIX". Contra él se alzaron las voces de eminentes criminólogos de la época como Enrico Ferri y César Lombroso y de destacados literatos como Anátole France, Oscar Wilde y Fiodor Dostoieski. Sin embargo, sus ventajas fueron destacadas por penalistas mexicanos de finales del siglo XIX y principios del XX como Miguel S. Macedo, Ver García Ramírez, S., *ob. cit.*, p. 39, nota 96.

³ Aun cuando fue ya previsto por el ministro francés de marina Hyde de Neuville en 1828, este sistema fue obra del coronel Montesinos que lo implantó en Valencia en el presidio de San Agustín en 1835, aunque se le conoce mejor a través de las realizaciones de Caconochie en Australia (1845) y Crofton en Irlanda. Ver, García Ramírez, S., *ob. cit.*, p. 40.

El punto de partida de estas reformas se encontraba contenido en el famoso opúsculo del Marqués de Beccaria "De los delitos y de las penas"⁴ y en la crónica de John Howard, "El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales...",⁵ obras éstas que denunciaron la situación existente y provocaron una verdadera revolución en los sistemas carcelarios. Esto sucedía a mediados del XVIII, y era una lógica consecuencia del siglo de la ilustración.

Sin embargo, las cárceles y prisiones de los anteriores periodos históricos se gobernaban ya por ciertos principios que denotaban el nacimiento de incipientes sistemas. Así, en las fuentes jurídicas romano-bizantinas, principalmente en el *Digesto*⁶ y en el *Codex*⁷ de Justiniano, se encuentran precisas regulaciones al respecto, que fueron posteriormente desarrolladas por los intérpretes de este derecho, principalmente los glosadores y postglosadores, pasando así al *ius commune*, para que dar asentados en las grandes codificaciones castellanas.⁸ Estas, junto a las leyes de Indias, tanto las emanadas por las autoridades radicales en España (derecho indiano metropolitano), como las nacidas de autoridades residentes en el territorio novohispano (derecho indiano criollo) regularon la materia carcelaria durante los tres siglos del México colonial.

Como se trata de los primeros apuntes de una investigación más amplia al respecto, debo anunciar que el objetivo de esta comunicación es sólo presentar los lineamientos generales de la legislación que reguló el sistema carcelario en la Nueva España, durante los siglos de la denominación española, en relación a la pena de cárcel y la custodia de los reos. Me limito pues a las leyes, aunque en la inteligencia de que en la realidad novohispana, al derecho contenido en éstas se sobrepuso otro jurisprudencial que debió implantarse ampliamente por vía de un extenso arbitrio judicial. Este derecho, que se encuentra vertido en los ex-

⁴ Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, (traducción de C. Bernaldo de Quirós). Puebla, Ed. José M. Cajiga Jr. S. A., 1957.

⁵ El nombre completo de la obra es: *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, con observaciones preliminares e informe de algunas prisiones extranjeras*, fue impreso en 1777 y enriquecido con apéndice en 1780 y 1784, Ver García Ramírez, *ob. cit.*, p. 38.

⁶ D.48.3, "De custodia et exhibitioe reorum".

⁷ C.9.3, "De exhibendis et transmitendis rei"; C.9.5, "De privatis carceribus inhihendis", principalmente.

⁸ *Rec. Indias* 2.1.2 establece el orden de prelación de las leyes castellanas que entraron en vigor en las Indias en defecto de las especialmente expedidas para dicho territorio. Se basa en el orden de prelación establecido en las *Leyes de Toro*, que a su vez deriva del establecido en el *Ordenamiento de Alcald.* Por otra parte, con base a *Rec. Indias*, 2.1.4 se respetarían las costumbres indígenas que no se opusieran a la religión y a las leyes castellanas e indianas. Sin embargo, nada nos hace pensar que en materia carcelaria haya pasado *secundum legem* ninguna costumbre prehispánica que quedara posteriormente integrada al derecho novohispano. Para una visión esquemática del derecho aplicable en América durante el periodo colonial, en esta materia, ver de Alamiro de Avila Martel, *Esquema del derecho penal Indiano*, Santiago de Chile, 1941, pp. 19-30.

pedientes criminales recogido en los correspondientes archivos de la nación, constituye una importante fuente de investigación en la materia.⁹ A él y a la interpretación doctrinal de la legislación ahora presentada, dedicaré mi posterior investigación.

Por otra parte, quiero también dejar sentado, que este trabajo sólo se referirá al derecho que se legisló para las cárceles de ciudad y corte, esto es, el que correspondía a la llamada "justicia ordinaria". Por consiguiente, el estudio de estos aspectos en las cárceles de la Inquisición,¹⁰ la Acordada,¹¹ el Arzobispado¹² y los Recogimientos de mujeres¹³ quedan fuera de sus límites; así como los medios de detención y privación de libertad que se usaron para comerciantes, militares, eclesiásticos, etcétera, quienes gozaban de sus propios fueros. Tampoco me referiré a las cárceles privadas que, aunque existieron en la Nueva España,¹⁴ estuvieron siempre prohibidas por la legislación indiana y castellana.¹⁵

Por último y en la línea de las limitaciones, debo decir que cuestiones tan fundamentales dentro del tema como la igualdad de tratamiento del reo ante la ley desde un punto de vista ideológico y político,¹⁶ la

⁹ Ver de Alamiro de Avila Martel, *Aspectos del derecho penal indiano*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Conferencias y Comunicaciones XIII, 1946. pp. 18 y 22, quien refiere el comentario al derecho penal indiano en general.

¹⁰ Ver de C. M. MacLachlan, *La justicia criminal del siglo XVIII en México; un estudio sobre el Tribunal de la Acordada*, México, Septentas, 1976.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Funcionaban principalmente para los indígenas (provisorato de naturales) y tenían como finalidad primordial cristianizar a los indios y enseñarles las buenas costumbres y la religión. Es poca la información que se tiene sobre ellas.

¹³ Ver Josefina Muriel, *Los recogimientos de mujeres*, México, UNAM, 1974.

¹⁴ Sobre todo en las haciendas. Ver F. Chevalier, *La formación des grands domaines au mexique: terre et société aux XVI-XVII siècles*, París, Institut D'Ethnologie, 1952.

¹⁵ El derecho romano prohibía ya la utilización de cárceles privadas. Ver C.9.5.1 y 2 imponiendo penas de cárcel y de confiscación de bienes a quienes infringían esta prohibición. A la legislación castellana pasa también esta prohibición. El *Fuero Real*, lib. 4. tit. 5 ley 4 nos dice: "que el que prendiera a otro sin derecho, peche 12 mrs; y si le encarcelare en su casa 300 sueldos, la mitad para el Rey y la otra para el preso. *Partidas*, 7.29.15 dice: "que el que se atreve a hacer cárcel en su casa, o cadena para poner en prisión a otros hombres, no siendo de mandato del Soberano, o Jueces del lugar que tienen la potestad Real para prender, será castigado capitalmente, y los Jueces negligentes en corregirlo, o que no lo participen al Rey, sufran la misma pena: pero es permitido al que tuviere moros cautivos tener en su casa cepo donde ponerlos para que no huyan". Por último, la *Recopilación de Castilla*, lib. 4, tit. 23, ley 5 dice: "ninguna persona, de cualquier estado y condición que sea, sea osada de tener cárceles en sus casas", complementada por el Auto Acordado 4, cap. 1. lib. 8, ley 5 que dice que los jueces de comisión no pueden hacer cárcel particular, habiéndola en el lugar donde estuvieran.

¹⁶ Sobre ello se encuentran interesantes consideraciones en dos obras de José Barragán y Barragán: *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978, pp. 111-164, en el capítulo titulado "El tema de las cárceles y la libertad individual" y en la introducción a *Legislación mexicana sobre presos, cárceles y sistemas penitenciarios* (1870-1930), México, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Serie Legislación /4, 1976, pp. 9.27.

organización interna y la visita de cárcel, atendiendo a un criterio administrativo y judicial o el sostenimiento del penal, desde un punto de vista económico-administrativo, serán motivo de posteriores estudios.

2. Fuentes

Las fuentes legislativas que he utilizado son las siguientes:

I. *Derecho castellano*: a. *Fuero Juzgo*; ¹⁷ b. *Fuero Real*; ¹⁸ c. *Las Leyes de Estilo*; ¹⁹ d. *Las Siete Partidas*; ²⁰ e. *La Nueva Recopilación de Castilla*; ²¹ f. *Los Autos Acordados a la Nueva Recopilación*; ²² g. *La Novísima Recopilación de Castilla*; ²³ h. Otras disposiciones no recopiladas. ²⁴

II. *Derecho indiano metropolitano y criollo*: a. *Recopilación de Leyes de Indias*; ²⁵ b. *Ordenanzas de Audiencia y Compilación de Leyes del Virrey Antonio de Mendoza*; ²⁶ c. *Autos Acordados de Montemayor-Beleña*. ²⁷

Hago referencia también a ciertas disposiciones contenidas en el *Di-*

¹⁷ *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, tit. I, Imprenta de la Publicidad, 1847, pp. 97-204.

¹⁸ *Fuero Real de España en Los Códigos españoles concordados y anotados*, tit. I, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847, pp. 347-424. Sobre la vigencia del *Fuero Real* en Indias, ver A. de Avila Martel, *Esquema... ob. cit.*, pp. 27-28.

¹⁹ *Los Códigos españoles concordados y anotados*, tit. I, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1847, pp. 305-340.

²⁰ *Código de las Siete Partidas en Los Códigos españoles concordados y anotados*, tit. II a V, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848.

²¹ *Leyes de Recopilación de Castilla*, Madrid, Imprenta de Pedro Marín, (dos tomos) 1771.

²² *Tomo Tercero de Autos Acordados que contiene nueve libros por el orden de títulos de las Leyes de Recopilación*, Madrid, D. Ivachin Ibarra, impresor de cámara de S. M., 1775.

²³ *Los Códigos españoles concordados y anotados*, Madrid, Imprenta de la Publicidad, tomos VII al IX, 1850.

²⁴ Contenidas en Antonio Xavier Pérez y López, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas y alfabético de sus títulos y principales materias* (28 vols.), Madrid, 1791-98, tomo VI, voz "Cárceles", Madrid, 1973.

²⁵ *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, (edición facsimilar de la edición de Julián de Paredes de 1681) 4 vols, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1973.

²⁶ *Ordenanza y Compilación de Leyes por el muy Ilustre señor Don Antonio de Mendoza, Virrey y Gobernador de la Nueva España*, (obra impresa en México por Juan Pablos en 1548) Colección de Incunables Americanos, Siglo XVI, vol. V, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1945.

²⁷ Eusebio Bentura-Beleña, *Recopilación sumaria de todos los Autos Acordados de la Real Audiencia y la Sala del Crimen de esta Nueva España y providencias de su Superior Gobierno...* (2 vols.) México, Imprenta Felipe Zúñiga y Ontiveros, 1787.

gesto²⁸ y el *Codex*²⁹ de Justiniano, ya que pasaron al derecho castellano a través de la recepción. En cuanto, a este último es discutible la aplicación en Indias del *Fuero Juzgo*³⁰ y de la *Novísima Recopilación*.³¹ Sin embargo, he trabajado ambas, en aras de lograr una continuidad histórica que me permita observar el desarrollo cronológico de las diversas disposiciones carcelarias.

3. Del origen de la cárcel de pena

Se ha dicho que la cárcel de pena o castigo apareció tardíamente, como invención del derecho canónico, y que las primeras prisiones tuvieron sólo carácter preventivo.³² Esta tónica debió regir por consiguiente desde el derecho romano, pasando al medieval castellano y al indiano, dentro de nuestra tradición jurídica. Veamos el grado de certeza de esta afirmación.

Los tratadistas se basan en una conocida cita de Ulpiano en el *Digesto* y en dos pasajes muy específicos de las *Partidas*.

D. 48.19.8.9.: "Los gobernadores provinciales suelen condenar a cár-

²⁸ *El Digesto de Justiniano*, (versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo) Pamplona, Editorial Aranzadi, 1968-75 (3 vols.)

²⁹ *Cuerpo de Derecho Civil Romano; Código*, (2 tomos) publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, traducción castellana de Idelfonso L. García del Corral, revisión de Emilio Hermann, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1892.

³⁰ El *Fuero Juzgo* no aparece en el orden de prelación del *Ordenamiento de Alcald.* Su posición es la de un fuero municipal que se aplicará en los territorios para los que estuviere dado. No se presenta ya el venerable código visigodo sino como "un fuero mas en medio de la muchedumbre de fueros" y por tanto, sin la menor autoridad para América. Ver A. de Avila Martel, *Esquema... ob. cit.*, pp. 29-30.

³¹ Se ha discutido sobre su vigencia en Indias, debido a que después de su promulgación se produjeron los movimientos independentistas americanos, sin que se dictase cédula especial decretando su aplicación en dichos territorios, requisito recogido en *Rec. Indias*, 2.1.40. No parece acertado ese criterio si se tiene en cuenta que la *Novísima Recopilación* recoge leyes y pragmáticas desde 1567 (*Nueva Recopilación*) hasta 1805, muchas de las cuales se venían aplicando ya en territorios coloniales, a mas de que abundan testimonios históricos que acreditan su sancionamiento por las Cortes de los nuevos Estados independentes. Ver José M. Ots Capdequí, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, Ed. Aguilar, 1969, pp. 44-5 y el cuidadoso trabajo de C.A. Roca, "La vigencia de la *Novísima Recopilación en Indias*", *Jurisprudencia Argentina*, Serie Moderna, Buenos Aires, 21 de enero de 1964.

³² Ver S. García Ramírez, *ob. cit.*, p. 24, nota 57, quien cita a Don Mariano Ruiz Funes en su obra *La crisis de la prisión*, al Marqués de Beccaria en su famoso opúsculo, *De los delitos y de las penas*, y a Marc Ancel en *Introduction comparative aux Codes Pénaux Européens en Les Codes Pénaux Européens*, considerando este último que el cambio se operó a principios del siglo XIX. Sin embargo, Francisco Tomás y Valiente, en *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, (siglos XVI-XVIII), Madrid, Ed. Tecnos, 1969, p. 381, refiriéndose a la clasificación de las penas, dice que entre las que más frecuentemente aparecen en los textos legales, está la de cárcel, englobando en ella, los presidios, los arsenales y las minas.

cel o a ser apresados con cadenas, pero no deben hacerlo, pues tales penas están prohibidas, ya que *la cárcel debe servir para retener a las personas, pero no para castigo de las mismas*".

Partida 7.29.11: "*ca la cárcel debe ser para guardar los presos, e non para hacerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella*".

Partida 7. 31. 4: "*ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos solamente en ella hasta que sean juzgados*".

La lectura de estas citas hace pensar a primera vista que las cárceles en la antigüedad tuvieron siempre carácter preventivo. Esta visión se reafirma con otros pasajes del *Digesto* y el *Codex* menos estudiados. Así, *Digesto* 48.3.3, dice: "sino sufrir la pena de prisión en tanto no se proceda a su ejecución"; *Digesto* 48.3.5, dice: "Si el reo confesare su crimen debe ser puesto en prisión pública hasta que se fa'le su juicio"; *Digesto* 48.3.13, dice: "... aunque resulten inocentes del crimen por el que fueron metidos en la cárcel"; *Codex* 9.4.5, dice: "Mandamos... respecto a los que retiene la cárcel, que a los convictos los saque una rápida pena y a los que hayan de ser puestos en libertad no los consuma una larga custodia" y *Codex* 9.4.6.5., dice: "pero si hubiere presunción de que ellos son culpables, sean retenidos en custodia hasta que se termine la causa".

Sin embargo, un análisis más cuidadoso de otros pasajes de las fuentes lleva a matizar tal afirmación.

Por ejemplo, *Codex* 9.3.2, dice: "Nadie absolutamente sea encadenado en la cárcel antes de que esté convicto"; *Codex* 9.4.2, dice: "Si alguno hubiere sido hallado en tal culpa o crimen que sea considerado digno de los encierros de cárcel y de la aspereza de la custodia, habiendo sido oído en actuaciones, sufra cuando constare *la pena de cárcel* y así sacado después, sea oído en actuaciones".

No hay duda que el derecho romano conoció las penas de privación de libertad. Varios son los pasajes en las fuentes que se refieren a las penas de minas, galeras, etcétera, que implican cárceles en sentido amplio, pero estas dos últimas citas demuestran también la existencia de cárceles en sentido estricto, especialmente en el derecho justinianeo, ya cristianizado e influido por la patristica.

Por otra parte, la *Nueva Recopilación de Castilla*, 8.22.5. en el título de "Penas contra aquellos que hieren, matan o vienen contra Jueces i Justicias... ", dice: "... y si no mereciere pena de sangre, mandamos que por la osadía que hizo contra nuestra Justicia, que si fuere hombre hijodalgo, que esté medio año en la cadena y ande fuera de nuestro señorío por dos años; y si no fuere hijodalgo, que yaga por un año en la cadena y ande fuera de nuestro señorío por dos años... y si no tuviere bienes, que esté un año en la cadena... "

Esto hace decir al jurista español decimonónico Xavier Pérez y López: "que se deben notar dos diferencias entre este derecho y el nuestro (se refiere al romano y al castellano)... la segunda que por el primero sólo servía la cárcel para custodia de los delinquentes, sirviendo por el segundo también de pena y castigo de ellos".³³

³³ *Ob. cit.*, pp. 77-78.

Del análisis de estas citas se puede deducir que aunque en los derechos romano y castellano la tónica general se inclinaba a considerar las cárceles en sentido estricto, fundamentalmente como de tipo preventivo o cautelar, en ellos se conocía ya la pena de cárcel o de castigo, aunque generalizada para delitos menores.

En resumen, el derecho romano, recogido posteriormente en el castellano, sustentaba como principio general que la cárcel era para custodiar los delincuentes y no para castigarlos. Este principio fue teóricamente respetado por el derecho penal de la Edad Moderna, pero frente a él, dice Francisco Tomás y Valiente,³⁴ comienzan a dibujarse con creciente intensidad dos prácticas contrarias que también encontraron su apoyo en los textos romanos y más directamente en el derecho canónico. Una de estas prácticas consistía en admitir la pena de cárcel para los delitos leves en caso de no reincidentes;³⁵ la otra atañe a la prisión perpetua, tiene su origen en el derecho canónico y se le imponía a los clérigos por ciertos delitos, reclusiéndoles de por vida en algún monasterio. Posteriormente se aplicó a los seglares cuando cometían el delito de herejía. Pasa después al derecho de los Estados de la Iglesia y de ahí probablemente a los demás países.³⁶

Semejante interpretación debe darse al derecho contenido en la *Recopilación de Indias*. He aquí las citas que avalan el carácter preventivo de las cárceles indianas:

Rec. Indias, 7.6.1: “Mandamos que en todas las ciudades, villas y lugares de las Indias se hagan cárceles para custodia y guarda de los delincuentes y otros que deban estar presos”.

Rec. Indias, 7.6.16, “no detengan los Alcaldes y carceleros a los presos despachados y mandados librar de la prisión por sus derechos, o costas debidas a la justicia y escribanos, si fueren pobres, o juraren que no

³⁴ *Ob. cit.*, p. 388.

³⁵ Las leyes del reino de España establecían la pena de prisión por periodos breves para delitos leves, o para el que delinquiera por primera vez y en forma no agravada en delitos importantes, como por ejemplo el de blasfemia. Ver F. Tomás y Valiente, *ob. cit.*, p. 388, quien da en la nota 121 una relación de disposiciones legislativas en ese sentido.

³⁶ Ver F. Tomás y Valiente, *ob. cit.*, p. 388-90. Reproduce el autor un pasaje de la famosa obra del tratadista Tomás Cerdán de Tallada, *Visita de la cárcel y de los presos*, Valencia, 1574, en el que se ve claramente el paso de la pena de cárcel perpetua, del derecho canónico al derecho real español. Ver también S. García Ramírez, *ob. cit.*, p. 37, quien dice: “En la línea de recluir al delincuente para sancionarlo, y no siempre, corregirlo, hicieron su aparición las casas de fuerza inglesa, primero, y las continentales mas tarde, en el siglo xvi. De entre las segundas, particularmente el *Raspluis* y el *Spinhuis* holandes, que sirvieron de modelo a otras varias instituciones europeas”. Cita también las prisiones para mujeres fundadas entre los siglos xvi y xvii en España por sor Magdalena de San Jerónimo; el Hospicio Florentino de San Felipe Neri, creado en el siglo xviii por Filippo Franci; el de San Miguel en Roma, debido a Clemente xi en 1704; la Casa de Fuerza de Gante, abierta en 1773 por Vilain xiii y las *oeuvres de sonnettes* suizas, la primera abierta en Berna, en 1614.

tienen de que pagar, suéltelos luego, si no interviniere otra causa para su prisión”.

Rec. Indias, 7.6.19: “El que fuere condenado a destierro y quisiere salir a cumplirlo, sea luego suelto de la prisión y no detenido por costas y derechos, no habiendo otra causa”.

Rec. Indias, 7.6.20.: “Mandamos que después de ejecutadas penas corporales en los presos. . . no sean vueltos a la cárcel por los derechos. . . y luego donde se acabare la ejecución sean sueltos para que se vayan”.

Sin embargo, e independientemente de la práctica judicial, ya en el siglo xviii se encuentran referencias directas en las fuentes, de la cárcel de pena para delitos leves. Así, por ejemplo, en un Bando de la Real Sa'a de la Audiencia de México de 1º de octubre de 1766,³⁷ se establece pena de un mes o dos de cárcel a vinateros que vendan su producto en vísperas de días festivos.

La cárcel como pena, dice Alamiro de Avila Martel,³⁸ sólo se aplicaba, en el Dercho indiano, en condenas eclesiásticas y en otros casos, como injuria a los padres y algunos delitos de poca monta. Lo que si era frecuente es que se diera por pena, la cárcel ya sufrida por el reo. La cárcel era pues el paso para otras penas también privativas y limitativas de la libertad como la de galeras, que fue abolida en el siglo xviii, la de arsenales (*Rec. Indias*, 8.2.4.13) y la de presidio, muy extendida a fines de la colonia. Tuvieron también mucho uso las penas de trabajos públicos y de aplicación a las armas cuando se trataba de delitos menores, así como las de destierro y extrañamiento del reino, esta última de considerable uso en Indias.

En cuanto al trabajo en la cárcel, no se consideraba como pena, ni como medida idónea para lograr la readaptación de los propios sentenciados, sino como forma que tenía el Estado para allegarse mano de obra que se traduciría en una mayor capacidad productiva.³⁹

4. De la custodia de los presos

Como dejé anotado en la parte introductoria, del análisis de las fuentes antes mencionadas, que directa o supletoriamente estuvieron vigentes en materia carcelaria en la Nueva España, he elegido dos problemas que se presentan constantes, tanto en la legislación castellana como en la indiana, con su antecedente directo en el derecho romano, y que merecieron una detallada legislación en sus diversos momentos históricos.

El primero de ellos fue el relativo a la cárcel de pena, el segundo será el de la aprehensión y custodia de los reos. La compilación justiniana le dedica dos títulos completos en el *Digesto* y en el *Codex*: D.48.3 “sobre la custodia y presentación de los reos” y C.9.4 “De la custodia de los reos”. En ellos señala: cómo se deben llevar a cabo, quiénes son responsables

³⁷ Ver Bentura-Beleña, *ob. cit.*, 3er. Foliaje, fol. 54-4.

³⁸ *Esquema. . . ob. cit.*, pp. 41-43.

³⁹ Ver J. J. González Bustamante, *Bases jurídicas comparadas en el tratamiento de los presos*, México, Imprenta Universitaria, 1948.

de ambas conductas y qué sanción ameritan en caso de incumplimiento de dicha responsabilidad.

Por lo que toca a la custodia de los reos, dicen las fuentes romanas, es la autoridad quien debe determinar si conviene encarcelarlos, entregarlos a la vigilancia militar, encomendarlos a sus fiadores o a su propia responsabilidad (caución juratoria). Para ello, debía tenerse en cuenta el cargo que ostentaban, su solvencia, el delito del cual se les acusaba y la dignidad del acusado (D.48.3.1.), si el crimen era capital (D.48.3.3.), o si se trataba de un confeso (D.48.3.5.), el reo debía sufrir prisión, en tanto no se procediera a la ejecución.

Si se trataba de un hombre libre, la custodia no debía pasar de 6 meses, en caso de delito que permitiera la salida del reo, prestando fiadores o por medio de caución juratoria. Mas si se trataba de un crimen capital en que no se podían prestar fiadores ni caución, la custodia debía limitarse a un año, lapso en el cual debería ser fallada la causa (C.9.4.6.).

Si el reo era encarcelado en lugar distinto y lejano al que habitaba, debía dársele un tiempo prudencial (no mayor de 30 días) para que pusiera en orden sus cosas y su "entristecida" casa (C.9.3.2). Se encargaban de la custodia de los presos el Alcaide y sus ayudantes (C.9.4.4.) o los custodios militares, en su caso (D.48.3.14.) Por una constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano de julio del 311, se estableció que el Alcaide, o sus ayudantes, en caso de ausencia del primero, a quienes se les evadiera un reo, deberían ser castigados con pena igual a la que se le hubiere probado al evadido (C.9.4.4.) Y si por mal tratamiento se les moría el reo, se harían acreedores a la pena de muerte (C.9.4.1.1.).

Los reclusos que habían conspirado para evadirse de la cárcel deberían ser castigados aunque resultasen inocentes y los que delataron la conspiración se hacían acreedores a la libertad (D.48.3.13). En D.48.3.14 se encuentra una minuciosa regulación sobre la responsabilidad de los custodios militares, quienes debían operar siempre en pareja. Así, si se confiaba la custodia de un preso a un bisoño, respondía por culpa el que la encomendó; si los custodios perdían al preso por su negligencia, o eran castigados en proporción a su culpa o se les cambiaba de destino, salvo que se tratase de un preso de baja condición, en cuyo caso los militares conservaban su destino después de sufrir el correspondiente castigo; si alguno soltaba al preso movido por la compasión, recibiría como castigo cambio de destino, más si hubiere obrado fraudulentamente, sufriría pena de muerte o se le degradaba al ínfimo rango; si el preso se fugaba con uno de los guardianes sin culpa del otro, este último era perdonado; si el preso se suicidaba, se imputaba la culpa al guardián, quien era castigado, y si el guardián hubiere dado muerte al preso se le hacía responder por homicidio: en estos dos últimos casos, si el guardián alegaba que el preso había muerto por accidente, debería probarlo para que se le concediera la correspondiente exención de la pena. Por último, cuando el preso se había evadido por culpa de uno de los vigilantes militares, pero interesaba el recuperarlo, debía

dársele al vigilante un cierto plazo para que lo buscara, procurándole otro vigilante que hiciera pareja.

El derecho visigótico también se ocupa del tema. El *Fuero Juzgo*, 7.4.2 establecía que el Juez que no pudiera prender por sí solo a un malechor, debía pedir ayuda del señor de la tierra, imponiéndosele a este último la obligación de brindarla con el fin de que los malhechores fuesen castigados. Por otra parte, al carcelero que soltase los presos por algunos engaños, o a cualquiera que quebrantase cárcel o engañase al carcelero, se le debía imponer la pena que hubiera ameritado el reo. Por último, *Fuero Juzgo*, 7.4.6 prohibía a los jueces soltar al reo por miedo o amor, pero eliminando la pena capital o de mutilación para el juez que lo hiciera, aun en el caso de que el reo hubiese sido condenado a muerte.

Las fuentes del derecho castellano que regulan la materia son: el *Fuero Real*, *Las Partidas*, *Las Leyes de Estilo* y *La Nueva Recopilación*.

El *Fuero Real* (4.13.11 y 22) establecía que el que sacase los presos de la cárcel u otra prisión sin mandato del juez, se haría acreedor de la pena que se imponía a los ladrones, y de una pecuniaria que consistía en pechar 10 maravedies al Rey, y las *Leyes de Estilo* (ley 61) establecían la pena de muerte para el carcelero que trayendo un preso al Rey se le muriera en el camino, salvo que la muerte fuere accidental, en cuyo caso debería probarlo.

La más amplia regulación sobre custodia de presos en el derecho castellano la encontramos en el título 29 "De como deben ser recabados los presos" de la Séptima Partida.

Le ley 1 establecía la obligación del Juez, ante quien se puso acusación contra algún reo, de mandar prenderlo, así como de mandar despacho requisitorio (en caso de que el reo hubiese huído) al Juez del lugar donde residiese, para que lo prendiera y remitiera al primero, debiendo ejecutar la orden el último, en cuanto recibiera el despacho.

La ley 2 establecía que la aprehensión sólo podía ser hecha por mandato del Rey o las justicias, salvo en los siguientes casos: 1) si alguno fuese acusado o infamado de falsa moneda; 2) si el Caballero puesto en guardia de alguna frontera o lugar lo desampara sin mandato de su superior; 3) si fuere ladrón conocido o robador, o quemase casa de noche, o cortase viñas y árboles, o quemase mieses, y 4) si forzase o llevase robada alguna vírgen o religiosa de un monasterio. En tales casos, cualquier persona podía prenderlos y llevarlos ante el Juez, y en el caso del Caballero, ante el Rey, ante el Caudillo de la Caballería que desamparó, o ante el Adelantado de la tierra.

La ley 3 regulaba la aprehensión de los Caballeros que cometían delitos contra su Orden, estableciendo la forma en que debía hacerse y ante quien deberían ser presentados.

La ley 4 establecía la obligación para los custodios de permitir al preso, siempre que fuese de buena fama, visitar su casa para decir alguna cosa a su familia, llevándolo custodiado, para impedir que pidiera asilo eclesiástico, antes de presentarlo ante quien lo mandó prender. Mas

si se trataba de un hombre de mala fama, malhechor conocido, no gozaría de esta clemencia, debiéndosele llevar directamente a quién lo mandó prender. Si se trataba de un confeso, o si su delito era tal que ameritaba la pena capital u otra corporal, debía ser llevado directamente a la cárcel si era hombre vil; pero si era hombre destacado por su riqueza o ciencia, no debía llevarse a la cárcel con los otros presos, aunque sí ponerlo en lugar seguro y a cargo de custodios que lo supieran guardar.

La ley 6 establecía que los monteros, ballesteros u otros hombres encargados de la custodia de los presos del Rey o de algún Consejo, no debían sacar a éstos de la prisión donde los mandaron poner para llevarlos a otro lado sin mandato del Rey o los jueces. Si el preso que tenían bajo custodia era hombre honrado por linaje, riqueza o ciencia, y confesaba el delito, o se le probaba, y el custodio temía que pudiera huir, lo podía meter en la prisión, debiendo ser vigilante para guardarlo con gran recaudo.

La ley 7 regulaba cómo debía ser custodiado el preso hasta la definición de su causa, determinando que ningún pleito criminal debía durar más de dos años.

La ley 9 preveía el caso de que los guardadores de los presos fiasen la custodia de estos a terceros, estableciendo las penas a que se hacían acreedores, unos y otros, en caso de evasión de los presos. Si mientras los guardadores dormían, los presos se evadían con aquellos a quienes habían sido fiados, sin conocimiento ni malicia de los primeros, éstos no merecían pena alguna, pero los que se fueron con los presos debían morir por ello, a menos de que se trate de un hombre vil, demasiado joven o de mal seso, en cuyo caso, la pena debía pagarla el guardador que lo escogió.

La ley 10 establecía que el Juez que soltase a un preso que mereciese pena de muerte u otra corporal, no se podía excusar a la pena que le imponga el Rey, si el acusado se evadía.

La ley 12 enumera las cinco formas en que puede evadirse un preso, estableciendo en cada uno de los casos la responsabilidad y la pena de los guardadores: 1) por culpa lata o dolo de los carceleros, en cuyo caso deben sufrir la misma pena que ameritaban los presos evadidos; 2) por negligencia (culpa leve) de los custodios, en cuyo caso deben ser privados del oficio y castigados corporalmente, aunque de suerte que no pierdan miembro alguno; 3) por accidente, sin culpa de los carceleros, en cuyo caso si lo prueban, no debe haber pena alguna; 4) cuando lo sueltan por piedad o por parentesco, en cuyo caso sufrirán sólo la pena impuesta para el caso de negligencia (si el preso no es hombre vil, se le da pena arbitraria); y 5) en caso de muerte del preso, donde hay que distinguir: si el preso se mató, en cuyo caso el carcelero tiene la misma pena que por negligencia; si el carcelero lo mató, en cuyo caso debe morir por el hecho; o si se murió por ocasión o enfermedad, en cuyo caso no hay pena alguna, si se prueba.

La ley 13 establecía las penas en el caso de huida colectiva de los

presos; imponiéndoles pena arbitraria a aquellos que fuesen otra vez aprehendidos.

La ley 14 establecía que aquel que por fuerza sacase a un preso de la cárcel u otra prisión sin mandato del juez, se haría acreedor de la misma pena del reo a quien le dio la libertad.

Por último, la *Nueva Recopilación* establecía que el carcelero que perdiera un preso se hacía acreedor a la misma pena que el evadido (N.R.4.23.12.) y que para mejor cuidado de los presos los carceleros no debían consentir que éstos andasen sin prisiones (N.R.4.23.22).

Estas medidas de la recopilación de Felipe II quedan complementadas en los Autos Acordados de la Nueva Recopilación⁴⁰ que establecen las reglas con respecto a aprehensiones y custodia de presos para los alguaciles, oficiales y porteros de cárceles de corte y villas.

Así, estos no podían prender a persona alguna sin orden del Juez, salvo de encontrarlas en el momento de la comisión del delito, en cuyo caso debían asegurar los reos en la cárcel y dar cuenta inmediata a los respectivos jueces, (si fuere de noche darán cuenta a éstos al amanecer) estableciendo las penas en que incurrir en los que incumplan esta regla, que podrían ser: privación de oficio, destierro o quedar al arbitrio del Juez (Auto VII, párrafo 4).

Por otra parte, los alguaciles debían llevar directamente los presos a la cárcel, sin poder guardarlos en otro sitio, sin orden de los jueces, salvo accidente, en cuyo caso deber a dar cuenta a las justicias sin dilación; si infringían esta regla podrían ser condenadas a pena de seis años de privación de oficio, o castigados por arbitrio del Juez (Auto VII, párrafo 5).

Por último, el alguacil que por malicia o interés avisare al reo evitando su aprehensión, o le permitiera huir, se hacía acreedor a la pena de cárcel (si el reo era de causa criminal) o a pena pecuniaria, (el dinero se aplicaría a los pobres de la cárcel) o a suspensión de oficio, según el caso (Auto VII, párrafo 18).

De este tenor también la *Novísima Recopilación* en el libro 4, título 30, "De los alguaciles de la corte y villa, oficiales, porteros y otros ministros de la sala de alcaldía", que regula la materia.

La ley 12 dispone que los ministros de corte y villa y los alguaciles no deben prender sin orden de los jueces, salvo en caso de delitos *infraganti*, estableciendo las reglas ya conocidas en caso de que la aprehensión se efectúe de noche, así como la prohibición de llevar a los reos a otros sitios distintos a la cárcel, salvo casos de fuerza mayor, ordenando las penas ya mencionadas.

La ley 14 establece las penas a los alguaciles o escribanos que permitan con malicia la evasión de los presos o avisen a éstos antes de llevarse a cabo la aprehensión.

El derecho indiano, crio llo y metropolitano, reguló también la materia relativa a la aprehensión y custodia de los delincuentes.

⁴⁰ *Ob. cit.*, lib. 4, tit. 23, "De los Alguaciles de Corte, i Chancillerias". Auto VII, pp. 29-39.

Así, la *Compilación de Leyes* del Virrey Antonio de Mendoza en la parte correspondiente a los alguaciles,⁴¹ ordenaba al alguacil mayor y a sus tenientes que cada vez que les fuera mandado prender a alguna persona, lo hicieran y cumplieran, “sin disimulación ni negligencia alguna”, estableciendo las penas. Disponía que si hallaban al malechor en el momento de la comisión del delito, podrían prenderlo, aún sin mandamiento judicial, debiéndolo presentar inmediatamente ante la justicia. Si la aprehensión se llevaba a cabo en la noche, debían meterlo a la cárcel, hasta la mañana siguiente que debería ser llevado a la justicia correspondiente. En resumen, no se podía prender ni soltar a preso alguno, sin mandamiento judicial, salvo cuando lo encontraban *infraganti*, so pena de “perdimiento de oficio”. Esto regía también para los carceleros, quienes además debían tener especial cuidado en la custodia de las puertas, llaves y cerraduras de las cárceles, “so pena de que se ejecutara en ellos la pena correspondiente al preso evadido por su descuido”.⁴²

Por otra parte, en las *Ordenanzas de Audiencia* del mismo virrey⁴³ en la sección relativa a los alguaciles, se establecía que éstos anduviesen de noche por el lugar donde residiese la Corte y Chancillería⁴⁴ en especial en las partes y lugares sospechosos, teniendo mucha vigilancia y cuidado en prender a los delincuentes.

La *Recopilación de Leyes de Indias*, trata de la custodia y guarda de los presos en el tit. 6, “De las cárceles y carceleros” del Lib. VII.

He aquí las leyes más significativas:

Ley 10: “Que los carceleros no reciban de los presos, ni los premien, suelten ni prendan: Mandamos que los Alcaldes y carceleros no reciban dones ni dinero, ni especie de los presos, ni los apremien, ni den soltura en las prisiones, más ni menos de lo que deben, ni los prendan o suelten sin mandamiento, so pena de incurrir. . .”

Ley 11: “Que los Alcaldes y carceleros visiten las cárceles, presos y prisiones todas las noches: Mandamos que los Alcaldes y carceleros visiten y requieran por sus personas a los presos, prisiones y cerraduras de toda la cárcel, de forma que por su culpa no se vaya alguno, pena de que se ejecutará en ellos la que el preso o presa mereciere. . . .”

Por último, en los Autos Acordados de Montemayor-Berleña⁴⁵ se establece que el Alcalde de la cárcel no puede ejecutar mandamiento, ni hacer otra diligencia, salvo poder prender *infraganti* de día, ya que de noche debe asistir en la cárcel para su mejor custodia o cuidado.

⁴¹ Ver *Ordenanza y Compilación*. . . *ob. cit.*, fol. 23.

⁴² Ver *Ordenanza y Compilación*. . . *ob. cit.*, fol. 25-26.

⁴³ Ver *Ordenanza y Compilación*. . . *ob. cit.*, fols. 32-45.

⁴⁴ Las Ordenanzas de Mendoza se toman de las que se dictaron para la Chancillería Real de Valladolid. Ver *Ordenanza y Compilación de leyes*. . . , *ob. cit.*, fols. 32-32.

⁴⁵ *Ob. cit.*, 1er. foliaje, fol. 37-53.

Los pasajes transcritos de las fuentes jurídicas romanas, castellanas e indianas, demuestran la minuciosidad con que se reguló la materia relativa a la aprehensión y custodia de los presos, y permiten observar ciertas constantes en ella: la preocupación de hacer expedita la justicia, que se completa con una amplia legislación relativa a las visitas de cárcel;⁴⁶ la discriminación en el tratamiento de los prisioneros atendiendo a su sexo, linaje, *status* económico, etcétera; y la regularidad en las penas impuestas a los Alcaldes, carceleros y demás custodios en caso de evasión y huida, tanto individual como colectiva, de los sometidos a su custodia, estableciendo su responsabilidad, según el grado de culpabilidad del custodio.

Se observa también una línea continua de minuciosas regulaciones que pasan de las fuentes romanas a las castellanas (principalmente a las Partidas) e indianas. lo que me permite aseverar que fueron pocos (solo matices) los cambios legislativos que se produjeron en la materia, en el decurso de los siglos estudiados. No sólo en los dos aspectos estudiados la cárcel de pena y la custodia de los reos, sino en toda la legislación carcelaria, el gran cambio se produjo en el siglo pasado como consecuencia de la ideología de la ilustración.

⁴⁶ La *Recopilación de Leyes de Indias* le dedica el tit. 7 "De las visitas de cárcel" del lib. 7.