

NORMAS PENALES EN LAS ORDENANZAS DE QUITO Y GUAYAQUIL (SIGLO XVI)

José REIG SATORRES

I. Derecho Penal Municipal

Nuestro objeto, lógicamente, va a ser analizar el aspecto penal que se registra en las Ordenanzas de Quito y Guayaquil a través de sus Cabildos, ambas dictadas en el siglo XVI,¹ pues es en las Ordenanzas de los Cabildos donde principalmente hallamos regulados los delitos de policía, como ya observaba Levene.² Ahora bien, dado que la investigación histórico jurídica en el campo referido se reduce en la práctica a breves referencias circunstanciales en los autores clásicos y modernos, hemos considerado oportuno recordar algunas nociones generales de la época relativas al incipiente derecho penal, que ayuden a captar con más exactitud la realidad de las normas municipales.

¹ Conforman las Ordenanzas de Quito 48 artículos, y las de Guayaquil 90. Es, más o menos, la extensión en que se mueven las Ordenanzas de este tipo. Las de Buenos Aires, por ejemplo, pasado un siglo respecto a las de Quito, se realizan en 1668 y contienen 47 artículos, según expresa la Real Cédula de confirmación del 31 de Diciembre de 1695: "R.C. mediante la cual se confirman las ordenanzas hechas por el Cabildo de la ciudad de la Trinidad y puerto de Buenos Aires para su mejor gobierno, con inclusión de los 47 artículos dados en Buenos Aires el 29 de Mayo de 1668. Asimismo ordena al Cabildo que forme libro de los propios que le pertenecen y declara a la Ciudad de la Trinidad y Puerto de Buenos Aires como capital de las provincias del Río de la Plata, que sea tratada como tal, guardando las honras y prerrogativas que por esta razón le pertenezcan" Fs. 254 / 270. Libros registros-cedularios del Río de la Plata (1534-1717) Catálogo III, n. 3359. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, 1991.

² Cfr. LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1946, Tomo. II, cap. VI.p. 137.

1. Nociones generales

Como es hoy ya de sobra conocido, gracias a los estudios cada vez más completos y especializados sobre la realidad jurídica indiana, el conjunto de normas que vienen a conformar lo que con propiedad puede llamarse *corpus iuris indiarum*, es el resultado de múltiples influencias, la mayor parte de ellas, como era natural, procedentes del derecho castellano y, a través de él, de los grandes sistemas jurídicos de Roma, de la Iglesia Católica y de los Germanos, en buena parte forjadores de la concepción de todo el llamado Occidente.³

Es bien sabido, en general, que los letrados llegados al Nuevo Mundo, traían consigo una sólida preparación jurídica clásica, como muy bien destacó Schäffer al referirse a los Oidores y demás juristas de las Audiencias americanas,⁴ influyendo indiscutiblemente en ese estado de derecho que se manifestará a

³ Cfr. LEVAGGI, ABELARDO, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Editorial Perrot, 1978, p. 17. El autor en dicha obra, que estimamos la más completa de las dedicadas al derecho penal indiano, enumera en el siguiente cuadro las fuentes indianas: "Las normas jurídicas que tuvieron vigencia en las Indias durante los tres siglos de dominación española, reconocen, como es sabido, diversos orígenes, no obstante lo cual llegaron a conformar un sistema jurídico armónico, buen llamado "corpus iuris indiarum", estructurado en derredor de ciertos principios fundamentales que pudieron asegurar la adecuación y cohesión de elementos heterogéneos en apariencia. Los principios fundamentales aludidos fueron la ley divina, el derecho natural, la recta razón, la equidad; en tanto que las normas que a su alrededor se congregaron para regular la vida jurídica indiana estuvieron constituidas por: el derecho de Castilla; la legislación propia de las Indias, tanto de origen peninsular como local; la costumbre indiana; los usos y costumbres de los indios, anteriores y posteriores al descubrimiento de los castellanos y, no menos importante la jurisprudencia de los juristas y de los tribunales, inspirada preponderantemente en "los derechos" por antonomasia, el romano y el canónico, pináculo ambos de todos los sistemas jurídicos occidentales de la época".

⁴ "Si la administración de justicia se ha mantenido intachable... se debe de un lado a la alta calidad del letrado español, y de otro lado a la permanente preocupación del Consejo de Indias de proponer... solamente a personajes realmente idóneos..., de los muchos centenares de letrados españoles en Indias al final, muy pocos fueron los que se mostraron indignos de su clase". Cfr. SCHAFER, ERNESTO, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, Sevilla, 1947, vol. II, págs. 156-157; Id. MALAGÓN BARCELO, JAVIER, *Estudios de Historia y Derecho*, Xalapa, 1966, México, p.97; REIG SATORRES, JOSÉ, *Reales Audiencias*, Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Quito, 1972, vol. II. págs. 546-551.

través de las distintas instituciones indianas.⁵ Evidentemente la ley, que permite, prohíbe o castiga, tiene que ser "honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara, no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos".⁶

Ya dirigiéndonos específicamente en la línea de los conceptos penales en general, un destacado autor del siglo XVI, bien conocido por su competencia y novedosa orientación, como lo fue Alfonso de Castro, enfatizaba que "el legislador al dictar una ley, no se fija en lo que acontece raramente, sino en lo frecuente y ordinario: ni mira al bien de unos pocos, sino al de la generalidad o si pues son muchos más los que se abstienen del mal por miedo al castigo... se sigue claramente la necesidad de establecer penas con cuyo temor, al menos, se vean obligados los hombres al cumplimiento de las leyes."⁷ Como es de suponer, por la preparación y erudición de Castro, tendrfa en cuenta aquellas otras palabras de Isidoro de Sevilla: "Las leyes se dictan para que, por temor de ellas, se reprima la audacia humana; para que la inocencia se sienta protegida en medio de los malvados y para que, entre esos mismos malvados, el miedo al castigo refrene sus inclinaciones a hacer daño".⁸

Incipiente como se hallaba el futuro derecho penal, se tiene como preocupación fundamental reprimir el delito, y como previsión de máxima garantía se piensa en el estímulo al temor, o miedo a las penas. Consecuente con esta idea, dirá el mismo Castro, ser "muy justo y muy provechoso establecer penas en las leyes para los transgresores de estas, a fin de que con la transgresión no peli-

⁵ Siempre asombra, al ir analizando la realidad jurídica indiana, el comprobar como un pueblo el castellano, salido de la Reconquista y, por tanto, durante siglos comprometido en un gran empeño bélico, como lo era el echar a los musulmanes de la Península, supiera imprimir un admirable estado de derecho en el Nuevo Mundo, capaz de dar continuidad de siglos, a pesar de no pocas deficiencias, irregularidades personales, y ambiciones propias de toda expansión territorial, y más en aquella época. Solamente una continuidad de orden jurídico, como se dio durante la Alta y la Baja Edad Media, hasta cuajar en la unidad y estabilidad jurídico-administrativa de los Reyes Católicos, puede explicar aquella capacidad -también jurídico administrativa- para estructurar un Continente nuevo, a pesar de todas las deficiencias humanas (piénsese, por ejemplo, en la siguiente cadena: Código de Eurico, Brevario de Alarico, Código de Leovigildo, Liber Iudiciorum y luego Fuero Juzgo, Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro... por decir algo entre lo más relevante).

⁶ Cfr. S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, BAC, Madrid, 1982-1983, T.I, Lib. V, n. 21, p. 517.

⁷ Cfr. CASTRO, ALFONSO DE, *La fuerza de la ley penal*, Murcia, 1931, vol. I, cap. VI, p. 200.

⁸ Cfr. S. ISIDRO DE SEVILLA, *obr. cit.* vol. I, lib.V, n. 20, p. 517.

gre la sociedad o se pertube, o se malee, ya que las leyes se promulgan para gobernar realmente. Con eso, los que no las observen por amor a la virtud..., se apartarán de delinquir por temor a la pena presente";⁹ ya que categóricamente "las leyes y de entre las leyes, las penales, son indiscutiblemente las centinelas que garantizan el orden público: son los muros de las ciudades en los que se cifra la seguridad de la vida".¹⁰

En el periodo indiano se distingue muy bien entre delitos y faltas, además de normas de buen gobierno. Tanto a las faltas, como a las contravenciones al buen gobierno, se les presta escaso interés por considerar pertenecen a la normativa práctica administrativa; primero, porque no se les aplica el trámite procesal ordinario, y, como señala Levaggi,¹¹ para juristas y moralistas se incluyen entre las llamadas leyes meramente penales. Por otro lado, el derecho canónico distinguía con gran precisión entre las leyes penales *ferenda sententia*, en que el juez en juicio formalmente seguido emitía su sentencia, y las leyes *lata sententia*, en que automáticamente la misma ley marcaba la pena.¹² Si bien cabe en los delitos la aplicación de ambos aspectos, en las faltas, contravenciones y, sobre todo, en las normas de policía y buen gobierno se cae de lleno en las leyes *latae sententiae*, o sea en la buena o mala administración. Teniendo en cuenta, ya en estos albores de la ciencia penal en Castro: "que nadie incurre en tal pena impuesta por la ley, *ipso iure*, si no consuma el delito prohibido";¹³ al mismo tiempo

⁹ Cfr. CASTRO, ALONSO DE, obr. cit. vol. I, cap. VI, p. 199. En este mismo sentido Hinojosa recoge la idea del valenciano Francesch Eximenes en el Crestiá, donde dice de las leyes "les quals lleys e penes fan molt refrenar les males cobejances. E mairment quant aquí apparent els torments a hulla axi com les forques e les castells e semblant coses; diu l'exemple que paor guarda la vinya". Cfr. HINOJOSA Y NAVEROS, EDUARDO DE, Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo, Obras, t. I, Madrid, 1948, cap. III, p. 57.

¹⁰ Id CASTRO, vol. I, Intr. p. 6.

¹¹ Cfr. obr. cit. n. 10, p. 40.

¹² Siguiendo al mismo ALONSO DE CASTRO: "dícese que la ley contiene *sententia lata* cuando la misma ley pronuncia fallo concreto contra el delincuente, sin dejar al juez nada que diga relación a la condena de aquel. Se dice que existe *sententia ferenda*, cuando la ley ordena algo referente a la pena y es obligatorio al juez realizarlo", cfr. obr. cit. t. II, vol. 1o, cap. I, p. 9.

¹³ Id, id, cap. VII, p. 259

que la literatura jurídica de la época insiste y recalca en el Juez o Justicia: humanidad, comprensión, y a la vez, firmeza ante el mal en sus múltiples manifestaciones.¹⁴

Otra idea a tener en cuenta, aunque a distancia va a resultar notoria la diferencia, es el observar el precedente castellano del Municipio ante la realidad americana.

Según el derecho castellano, los Merinos o Corregidores tenían una influencia definitiva en los Municipios. Como es sabido, la batalla por la centralización del Municipio fue objetivo primordial de la monarquía de la Baja Edad Media castellana. Los jueces reales que en principio, por la apelación, iba desplazando poco a poco a los jueces forales -particularmente desde la recepción del derecho romano justiniano-, prepararon muy bien el camino a los Merinos o Corregidores que, de acuerdo con la tradición castellana de unir funciones judiciales y de gobierno acabaron imponiéndose en los Municipios. La habilidad real estuvo en saber esquivar una legislación precisa, y que los hechos se impusieran. Por eso fueron las cartas reales de nombramiento,¹⁵ y la ordinaria comunicación con la

¹⁴ Sería abrumador intentar recoger en la literatura jurídica de la época, la abundancia de doctrina que señala la exigencia del buen gobierno; tanto es así, que aún los más enemigos de la realidad indiana, han reconocido la altura y calidad de los principios que orientaron la legislación. Sirva de ejemplo, entre los múltiples, lo que BOBADILLA exigía al Corregidor del Cabildo: "Entienda el Corregidor, que en el ministerio del gobierno, y justicia, que le es encargado, es necesario buen seso para juzgar, buen comedimiento para hablar, buena disimulación para sufrir, buen consejo para discernir, buena intención para sentenciar, y buen esfuerzo para executar; porque la prudencia, y valor son dos pilares sobre los cuales se debe fundar el gobierno: y el que no tuviere las dichas partes, más sano consejo le será estarse en su casa, que no poner en disputa su honra". Cfr. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para Corregidores*, Madrid, 1775, t. I, lib. I, cap. V, n. 33, p. 80.

¹⁵ Los Corregidores son nombrados por el rey con atribuciones gubernativas y jurisdicción civil y criminal en primera instancia en la ciudad y término a que se envían. Cfr. GARCÍA-GALLO, ALFONSO, *Alcaldes Mayores y Corregidores en Indias*, Primer Congreso Venezolano de Historia, Caracas, 1971; y *Estudios de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1972, p. 709.

Corte, las que regulaban cada vez con más cuidado las funciones del Corregidor. Así, conservándose la condición de juez, a la vez era cabeza política.¹⁶

Por otro lado, ni lo judicial, ni lo político debía sustraer al Corregidor de su responsabilidad netamente municipal, como era el cuidar las medidas reguladoras de la conducta moral de los vecinos; la preocupación por los abastecimientos; el control de la hacienda municipal; la facultad y conveniencia de dictar ordenanzas; etc.¹⁷

Tratando de concluir la somera visión general que introduzca en la vida municipal indiana, cabe referirnos a su autonomía.

Como un proceso natural y lógico al avanzar la Reconquista, territorios que fueron batidos por acciones bélicas, se estabilizan al alejarse el peligro, dando lugar a Villas, Pueblos y Lugares que, unas veces por inicial concesión regia de privilegios, o posteriormente logrados a imitación de otros territorios largo tiempo estabilizados, surge así en el siglo XII el Concejo, Cabildo, o sistema municipal generalizado durante el siglo XIII.¹⁸

¹⁶ BERMÚDEZ AZNAR, AGUSTÍN, que ha estudiado la figura del Corregidor castellano en forma prácticamente exhaustiva, señala que "el papel más destacado que insensiblemente desempeñaba el Corregidor era el de servir de *medium* entre el Monarca y la ciudad. Es aquí donde la eficacia del funcionario le hace pieza insustituible de una estructura monárquica tendente a la centralización. El Rey no va a tener necesidad de dirigirse al Concejo pidiéndole que permita o impida esto o aquello, ni va a tener que esperar el incierto acatamiento concejil, sino que en adelante será el Corregidor quien reciba cada vez mayor número de cartas reales con órdenes concretas sobre los más diversos asuntos, pues sus expeditivas facultades le hacen instrumento idóneo para la rápida ejecución de los designios de la Corte. Por tanto a él dirige el Monarca misivas comunicándole treguas, perdones, nombramientos de oficiales, le encomia la vigilancia de la Ciudad, le pide fe y creencia para sus mensajeros, le apremia el envío de información sobre cualquier aspecto, le ordena restituir términos, administrar justicia, etc... En resumen toda una amplísima gama de materias son puestas en su conocimiento, para llevarlas a cumplido efecto..." Cfr. *El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media* (1348-1474), Murcia, 1974, cap. III, F. II, págs. 194-195.

¹⁷ Las disposiciones de orden moral solían hacer referencia a la prohibición de ciertos juegos: tablas, dados, normas sobre mujeres públicas, rufianes, etc. Si del orden moral se pasa al más prosaico de los abastecimientos públicos se comprobará que sobre todo en periodos de escasez, constituía una de las preocupaciones del Corregidor el proveer a la Ciudad mediante la regulación de la salida de productos básicos -vino, trigo carne-, o, inclusive, llegando a prohibir su venta fuera de la misma. Ello comporta también la explicación de su vigilancia en el sector agrícola y ganadero, tratando de evitar con ella las perjudiciales interferencias de los ganados en los campos de labor. En lo relativo a la hacienda concejil, el funcionario estaba presente en los arrendamientos efectuados por el Consejo -si es que no se le encargaba directamente de ellos-, recibía de los particulares las garantías de pago de deudas e impuestos concejiles o cuidaba del curso normal de la moneda. Su intervención supervisora de la administración y gastos de los propios concejiles viene en ocasiones especificada en las cartas de nombramiento. Cfr. *id* BERMÚDEZ AZNAR, cap. III, F. II, págs. 188-189.

¹⁸ Cfr. GARCÍA-GALLO, ALFONSO, *De la Ciudad castellana a la indiana*, VI Congreso Internacional de Historia de América, Buenos Aires, 1982; luego en *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Estudios de Derecho Indiano, Madrid, 1987, p. 1010.

En un primer instante, como ha destacado Salcedo Izu, la estructura de la vida local alcanza un gran florecimiento al unísono con las Cortes, logrando su cumbre en las Cortes de Haro en 1288, para declinar a partir de las Cortes de Alcalá en 1348, en que Alfonso XI acentúa su política centralizadora.¹⁹

Con todos los precedentes señalados, que podrías simplificarse en crecimiento y decadencia de la autonomía municipal en Castilla, no tenemos más que el anuncio de la que va a ser realidad americana. Si bien, como señala García-Gallo, no hay una diferencia institucional jurídica entre el municipio castellano y el indiano, si la hay de hecho, dados los inmensos territorios en el caso americano, la participación de los vecinos en la vida capitular, y la enorme distancia del poder central. Todo ello estimula una fuerte e intensa autonomía inicial, "que en los primeros tiempos como únicos órganos revestidos de autoridad en aquel mundo lejano, llegan a ejercer funciones superiores que no les son propias".²⁰ Sin embargo, la venta de oficios capitulares a fines del siglo XVI, que da cabida en el Cabildo a una burguesía acomodada -más en busca de prestigio social que de servicio a la comunidad-, y la estabilización institucional indiana, serán en esencia, las circunstancias que aniquilarán el inicial vigor municipal, para lograr renacer, en cierta manera, en el declive final del periodo indiano, en que el Municipio se verá como el más apto medio para canalizar las primeras iniciativas independentistas, precisamente por ser el Cabildo institución que conservaba en su rescoldo la representatividad de los vecinos.

En cuanto a la posible hipótesis de una interrelación normativa entre el municipio castellano e indiano, en cualquier grado o matiz, no es fácil establecerla, pues más bien hay que pensar en la similitud de una temática coincidente en cual-

¹⁹ Esta fecha (1288) significa el comienzo de una etapa de florecimiento en la vida local al unísono con las Cortes, en la que se desarrolla la autonomía municipal. Truncada ésta por Alfonso XI a través de su legislación de tendencia centralizadora, puede significar el ordenamiento elaborado en las Cortes de Alcalá de 1348 el momento desde el cual se pronuncia, cada vez con mayor intensidad una disyunción entre el creciente predominio del poder real, sólo debilitado accidentalmente en la primera época trastámara, y la decadencia de la organización municipal. La corrupción de los Concejos había ido en aumento a lo largo del siglo XV. A los antiguos abusos se añadieron otros nuevos, en parte debidos al rey, en parte por culpa de los vecinos de las ciudades y villas, más atentos a procurar sus particulares intereses, que solícitos en los negocios de verdadera importancia para la comunidad. Los Concejos a desentenderse del interés por los asuntos de Cortes, y así en las de 1480 solamente acuden al llamamiento de los Reyes Católicos diecisiete Ciudades. Cfr. SALCEDO IZU, JOAQUÍN, *La autonomía municipal según las Cortes castellanas de la Baja Edad Media*, Anuario de Historia del Derecho Español, t. L, Madrid, 1980, págs. 224-225.

²⁰ Cfr. GARCÍA-GALLO, obr. cit. *La Ciudad Castellana...* p. 1023.

quier estructura municipal; y más, cuando no existió una regulación específica, sino simples lineamientos generales y escasos.²¹

2. Otros principios orientadores

Es un hecho la resistencia ofrecida en Castilla a las Partidas, tanto que, como sabemos, solamente se aplicaron como derecho supletorio. Sin embargo en las Indias, es la fuente más usada, por su perfección, y, sobre todo, porque el derecho privado era la codificación más completa, y no se contaba con la resistencia de los derechos forales de las ciudades castellanas.

No debemos extrañarnos, por tanto, que los principios que informaban a las Partidas tuvieran, en general, gran influencia en el ambiente americano,²² por la comodidad y asequibilidad de dicha fuente, y también porque la legislación indiana necesariamente tenía que centrarse en el derecho público, al menos en su mayoría; pues la Corona tenía que arrebatarse a la primeriza iniciativa privada, lo que el Estado consideraba su derecho y deber. Esta fue, sin duda, la gran batalla de América por parte de los dos grandes monarcas de la casa de Austria, Carlos y Felipe.

²¹ BARRERO, ANA MARÍA, al estudiar comparativamente el Fuero Nuevo (1494) en relación con Ordenanzas municipales indianas, llega a la siguiente conclusión: "El Fuero Nuevo no se utilizó ni probablemente se conoció en Indias. Los aspectos comunes que estos textos municipales presentan entre sí en lo que atañe a la regulación del cabildo no se deben a una influencia textual, sino a la recepción independiente de la escasa legislación general y a las disposiciones particulares del poder superior. Así las disposiciones reales inventariadas en la Copulata sobre reunión del Cabildo, elección de cargos, etc. dirigidas a otras localidades, coinciden en esencia con normas contenidas en las Ordenanzas". Cfr. en *De los fueros municipales a las Ordenanzas de los Cabildos indios* VIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. *Rev. Chilena de Historia del Derecho*, No. 11, Santiago de Chile, 1985, p.34. Un ejemplo entre varios de dicha generalización normativa para ciudades, villas y lugares es la dada por Juan II, 1423, para que se rijan "según las Ordenanzas y costumbres que tienen de los Alcaldes y Regidores y Oficiales de los tales Concejos". Norma recogida en la *Recopilación de las leyes de estos Reinos de 1567*, en tiempos de Felipe II y pasará idéntica a la *Novísima Recopilación*, en 1808 (vid respectivamente, l. VII, tít. I, lib. VII y l.1, tít. III, lib. VII)

²² Recordamos como anécdota, que allá por los años 60 en las faldas del monte Pichincha, que es como el gigante centinela de Quito, los dueños de ciertos terrenos alegaron como título de propiedad la concesión hecha en tiempos del Emperador Carlos V, y entonces la Corte Suprema tuvo que recurrir de nuevo a las Partidas.

Dichas Partidas, y no sólo en la VIIa., sino en todo el espíritu de su cuerpo -en materia penal-, hallamos recogidas las ideas dominantes de la época, a la vez que se expresa el criterio propio del legislador en su afán unificador y centralizador.

Sirviéndonos, cómodamente, de las conclusiones de Serra Ruiz, resumimos los siguientes principios que en buena parte informan las Partidas: 1. La pena es un mal necesario. 2. Con la aplicación de la pena se hace justicia, se restablece el derecho infringido, y se aplica una de las virtudes de las leyes. 3. La pena es una consecuencia inmediata y justa del delito. 4. La pena es manifestación de la justicia conmutativa. 5. La pena es merecimiento del culpable por su yerro. 6. Aun cuando la pena es ineludible consecuencia del delito, debe estar inspirada en la misericordia y el Rey debe estar listo a otorgar el perdón; y tiene en cuenta el viejo principio: *in dubio pro reo*. 7. La pena debe ser aplicada sobre pruebas ciertas, indubitadas; nunca la condena se puede basar en presunciones o sospechas. 8. Individualización de la pena. 9. Para la imposición de la pena es necesaria la imputabilidad del delincuente. 10. Estimación de la intencionalidad del sujeto para la imposición de la pena; distinción entre dolo, culpa y caso. 11. Enunciado persuasorio de la ley, dirigido a la colectividad y delincuente en potencia, para evitar la comisión del delito.²³

Por otro lado, estos principios y otros más o menos similares, no eran el fruto exclusivo de normas positivas o legislación, ni de la doctrina sino más bien el resultado de la compenetración de ambas corrientes; por ello, aun en el mismo cuerpo legal -en este caso las Partidas, a pesar de su espléndida elaboración-, se dan enfoques diferentes y hasta contrapuestos, como puede observarse, por ejemplo, en el concepto y sentido que se le da a la pena.²⁴

²³ Cfr. SERRA RUIZ, RAFAEL, Finalidad de la pena en la legislación de Partidas Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 1967, 2a. Parte, pp. 118-26

²⁴ La teoría de la pena en las Partidas -dice Serra- no es uniforme ni obedece a una sola tendencia, antes bien su esquema penológico es complejo, heterogéneo, a veces contradictorio. Inciden en la teoría de la pena en Partidas influencias de derecho romano, germánico, canónico, tradicional; arriban a ellas hallazgos progresivos del derecho científico junto a normas de derecho ya entonces ampliamente superadas; hay frecuentes reminiscencias de derecho antiguo, de índole expiatoria, al lado de otra línea de contenido humanitario. La pena tan pronto obedece a principios de orientación social, con postergación y olvido del reo, como se atiende preferentemente al hombre, al sujeto del delito. Tan pronto se atisba una individualización, personalidad, etc., y todo ello, al mismo tiempo, se inserta en la concepción de justicia divina, con repercusión conmutativa en cuanto se proyecta sobre hombres, imperante en la Edad Media. Cfr. id, id, p. 115.

Todo irá llegando a las Indias: la tradición jurídica medieval, el vigoroso despertar de las Universidades, junto a las brillantes doctrinas de los maestros de los siglos XVI y XVII. Es inevitable el choque cultural producido en América, donde deben compaginarse viejos conceptos a tierras y poblaciones vírgenes, que hay que incorporar a la civilización occidental no pocas veces entre polémicas y enfrentamientos de ideas y personas, acaban volviéndolo todo complejo y a la vez asombroso.

Para no extralimitarnos en nuestro objetivo, hay que reconocer que entre doctrinas, corrientes y titubeos, admira contemplar la eficacia del Municipio indiano. Se fundan las ciudades, se gobiernan y desarrollan al compás de las necesidades, y la obsesión por el buen gobierno y policía cimentan la estructura de gran parte de un Continente. Es ahí donde las Ordenanzas y celo capitular cumplen su objetivo.

3. Penas más frecuentes

Teniendo en cuenta lo aseverado por Levaggi en materia penal, y por supuesto aceptando la escasez de estudios,²⁵ hemos de recurrir al análisis que nos permiten las normas concretas que las fuentes asequibles nos ofrecen y, en este caso particular, a las Ordenanzas y Actas capitulares objeto de estudio.

Aunque en general las regulaciones penales municipales ofrecen la similitud de una problemática común en todos los cabildos americanos, por la identidad de origen de los diferentes fundadores de ciudades, así como de los principios que les informaban,²⁶ no cabe duda que en cada caso se tendrá en cuenta el lugar, las circunstancias que les rodean, y el elemento humano que lo integra en

²⁵ Vid obr. cit. p. 89 en que el autor expone la escasez de bibliografía específicamente indiana en materia penal, y cómo faltan estudios integrales basados en el indispensable trabajo de investigación previa.

²⁶ Por su repercusión podemos citar por ejemplo lo dicho en el Prólogo a la VIIa. Partida: los delitos deben ser escarmentados severamente, para que sus autores reciban la pena que merecen, y los que lo oyen se espanten y tomen por ende escarmiento.

el instante que se plantea.²⁷ Motivos todos ellos que darán origen y fomentarán la costumbre,²⁸ como solución normativa más adecuada.

Por otro lado, en el instante que se expande la conquista de las Indias, está superada ya la vieja tendencia alto medieval que dejaba la pesquisa y solución de las consecuencias delictivas en manos privadas, para imponerse la acción pública o del Estado.²⁹

En una paciente confrontación de las Actas capitulares de Lima, El Cuzco, Santiago, Buenos Aires, Venezuela, La Habana, y las ecuatorianas de Cuenca, Ibarra, Quito y Guayaquil, que nos han sido asequibles, junto a otras informaciones de garantía que los autores nos refieren de múltiples ciudades indianas, hemos podido observar que son comunes las variadas sanciones pecuniarias en relación con irregularidades en el abastecimiento de alimentos básicos, siempre preocupados los Cabildos en evitar abusos de precios, fraudes en pesos y medidas, calidad de los productos, y, muy especialmente, en lo relativo a no dejar salir excedentes mientras no se garanticen las necesidades locales. Sanciones pecuniarias, unidas muchas veces a pérdida de productos en el caso de españoles y mestizos, que en negros e indios solía ser de azotes, cárcel y trasquilación.

Las penas corporales, en particular azotes, que hoy tanto agobia a nuestro mundo civilizado, fue la pena generalizada para personas de escaso relieve social en la mentalidad humana del siglo XVI y siguientes.³⁰ Lo habitual era realizarse

²⁷ En este sentido escribe ALFONSO DE CASTRO: la consideración del lugar se impone por muchas causas... las variaciones topográficas llevan consigo variaciones sociológicas y esto exige que al establecer un precepto, se modifique conforme con aquellas exigencias... en la ley ha de tenerse en cuenta la condición de tiempo: por tanto es preciso, que a las distintas costumbres se sucedan distintos remedios legales, para las distintas posibles infracciones. Cfr. obr. cit. lib. I, cap. I, págs. 21-22.

²⁸ El ejemplo que cita LEVAGGI para el Buenos Aires del siglo XVI y XVII, se aplica idénticamente en el Quito de esa época, como lo muestran las Ordenanzas y las Actas capitulares de Quito y Guayaquil. Según dice: la justicia criminal asumió caracteres peculiares de naturaleza consuetudinaria, que se apartaron de los textos y de las doctrinas jurídicas. Por ejemplo el juzgamiento de indios por Alcades Provinciales y de la Hermandad, y la imposición de los jueces ordinarios de penas de azotes, trabajos públicos y presidio, sin formación de causa ni consulta al tribunal superior, en vista de cárcel o no, fueron prácticas introducidas en nuestro territorio por la costumbre, a pesar de la oposición de expresas disposiciones legales. Cfr. obr. cit. p. 19.

²⁹ La misma composición germánica fue ya, en opinión de HINOJOSA, "como medio de transición entre el de la venganza privada, dominante hasta entonces, y el de la justicia social o del Estado". Cfr. obr. cit. cap. I, p. 50.

³⁰ En Guayaquil, durante la República, siendo gobernador el ex-Presidente Rocafuerte, todavía se llegó a aplicar, al menos una vez, la pena de azotes.

por las calles y en la plaza pública, para que sirviera de escarmiento o ejemplo en las ciudades. En infracciones menores la sanción se limitaba a transquilar y paseo público; cuando la gravedad era mayor, o había reincidencia, podía llegarse hasta desjarretar o destierro.

La pérdida de la libertad en la cárcel se da con españoles, mestizos, indios y negros. Incluso se señala en algunos casos -miembros del Cabildo-, que se realice en las mismas casas del Cabildo.

Se dan sentencias de demolición de casa o construcciones, cuando se procede contra las normas del Cabildo.

Son frecuentes: la pérdida de fianzas dadas; pérdida de oficio o función ejercida; pérdida de animales contraventores de Ordenanzas; devoluciones monetarias dobles y hasta cuádruples; sanción a través de trabajos en obras municipales o generales; cuando se deja libertad de criterio en la sanción, se señala que se "aplique derecho" o "apliquen justicia"; se incautan armas blancas, arcabuces, etc. Son normas corrientes que no sólo se enumeran en las Ordenanzas, sino en sesiones del Cabildo cuando es oportuno.

II. Penas en las Ordenanzas de Quito y Guayaquil

Cuanto queda dicho ha tenido la finalidad de situarnos ante la realidad que en este instante tratamos de analizar: aspecto estrictamente penal que contienen ambas Ordenanzas de Quito y Guayaquil.

En primer lugar resalta el hecho siguiente: de los 48 artículos o capítulos de las ordenanzas de Quito, 19 tienen definido sentido penal; y de los 90 artículos que integran las Ordenanzas de Guayaquil, 58 son claramente represivos. Es decir, casi la mitad de las normas quiteñas, y más de la mitad de las guayaquileñas, están informadas de sentido penal.

Ante esta realidad cabría concluir, que las Ordenanzas municipales, en general, tendrían una finalidad represiva. Lo cual no creemos sea lo exacto, ni en este caso concreto, ni en los demás Cabildos indianos. Tanto en Quito como

en Guayaquil, ya sea la Real Audiencia,³¹ como el Virrey,³² dejan muy claro que las Ordenanzas se aprueban "para el buen gobierno y regimiento de la Ciudad" -Guayaquil-, o "para el buen gobierno de esta Ciudad y sus términos" -Quito-.³³

1. Penas pecuniarias

En sí es el grupo mayoritario respecto a los demás que iremos señalando. Entre Quito y Guayaquil se incluyen 58 capítulos, 15 en Quito y 43 en Guayaquil. Esto significa, que si tenemos en cuenta lo indicado anteriormente, en lo que respecta a Quito se contenían 19 artículos con sentido penal, así que la mayoría de sanciones incorporan el aspecto pecuniario, aunque esos mismos artículos se refieran a otros aspectos, como se verá.

Particularizando las materias a que se refieren dichas sanciones, distinguimos cuatro fundamentales:

³¹ MERCHOR DE CASTRO MACEDO -dicen las Ordenanzas de Quito- Procurador General de esta Ciudad, dijo que las Ordenanzas de esta Ciudad hechas para su buen gobierno desde su fundación, que están confirmadas por la Real Audiencia de esta Ciudad, andan rotas y mal tratadas y a riesgo de perderse las originales; y y si esto subcediere, sería de mucho daño para el buen gobierno de esta República... E Nos el Presidente y Oidores de la Audiencia y Chancillería Real de su Majestad que reside en esta Ciudad de San Francisco del Quito, etc., hacemos saber a vos el Cabildo, Justicia y Regimiento desta dicha Ciudad de Quito que en esta Real Audiencia se han visto ciertas Ordenanzas que por vos el dicho Cabildo parece haberse hecho este presente año, para el buen gobierno de esta Ciudad y sus términos, y se pidió confirmación dellas... Fecho en Quito, a veinte días del mes de Noviembre de mil y quinientos y sesenta y ocho años. Cfr. Libro de Cabildos de la Ciudad de Quito, 1597-1603, vol. XIV, Tomo. II, Quito, 1940, págs. 310-329.

³² DON GARCÍA HURTADO DE MENDOZA Y TORRES, Gobernador y Capitán General de estos reinos del Perú, Tierra Firme y Chile, Presidente de la Real Audiencia que preside en esta Ciudad de los Reyes: Por cuanto Martín de Porras, Procurador General de la Ciudad de Santiago de Guayaquil, en nombre del Cabildo, Justicia y Regimiento, presentó ante mí ciertas Ordenanzas que se habían hecho para el buen gobierno y regimiento de la dicha Ciudad, atento a que las que salían de los señores virreyes, mis predecesores, se les habían quemado en el incendio general que había habido en la dicha Ciudad, y me pidió y suplicó en el dicho nombre las mandase ver y confirmar para que el dicho Cabildo, Justicia y Regimiento las guardase y cumplieren... Fecha en la Ciudad de los Reyes, a cuatro días del mes de Mayo de mil quinientos y noventa años. Cfr. Laviana Cueros María Luisa, Las Ordenanzas municipales de Guayaquil, 1590. Anuario de Estudios Americanos, Sevilla, 1983, tomo. XL, p. 55.

³³ Para el conocimiento y detalle de ambas Ordenanzas, vid REIG SATORRES, JOSÉ, Ordenanzas de los Cabildos de Quito y Guayaquil, Homenaje al Prof. Ismael Sánchez Bella, Universidad de Navarra.

a) *Abastecimiento de la Ciudad*. Tanto en Quito, como en Guayaquil, se ve que les preocupa sobremanera evitar, a todo costa, que antes de llegar los abastecimientos a la Ciudad, nadie los interfiera para revenderlos, y, por tanto, encarecerlos. La distribución de cuanto llegaba era competencia del encargado de ello, fuese el Fiel Ejecutor o el Diputado nombrado.³⁴

Se prohíbe igualmente sacar dichos productos de primera necesidad -alimentos o no-, para llevarlos a otras partes,³⁵ dejando desabastecida la ciudad, con los perjuicios que causaban a los vecinos los naturales aumentos de precios. Las penas oscilan entre 50 y 300 pesos.

b) *Carnicerías*. Todo lo que se refiere al abastecimiento de carne a la ciudad, es algo que destaca especialmente en guayaquil, seguramente por la peculiaridad climática ecuatorial: zonas pantanosas y llenas de esteros, veranos largos y sin lluvias, paludismo y demás infecciones naturales obligaban a un cuidado y control minuciosos, de lo que se responsabilizaba el Cabildo. De ahí que sea lógico se tomen y prevean medidas de sanidad que tan reciamente podían repercutir en el vecindario.³⁶ Sin embargo en Quito, con una campaña ricamente ganadera, con clima andino y sano, no necesitaba de cuidados esmerados en ese

³⁴ Sirva a título de ejemplo: Ordenaron y mandaron que por cuanto los regatones e pulperos que hay en esta Ciudad, salen a los caminos y compran muchas cosas de mantenimientos para lo tornar luego a revender... ninguna persona de cualquier condición que sea, español ni indio, compren por sí ni por tercera persona cosa alguna... Cfr. art. 10 Ordenanzas Quito. Ordena y manda que ninguna persona salga a los caminos a comprar la harina u otros bastimentos que vienen de fuera para el proveimiento de la Ciudad, porque con esto los encarecen y recrece daño a la República. Cfr. art. 3. Orden. Guayaquil.

³⁵ Otrosí, dixerón que por cuanto las mercaderías que se traen a esta Ciudad, así de Castilla, Nueva España e Ciudad de los Reyes e de otras partes, muchas personas las compran por junto para las tornar a revender, de lo cual, por ser cosa tan en perjuicio y daño desta República, vecinos e moradores della... Cap. 13 Orden. Quito. Item se ordena y manda que de cualesquier partidas de vino, jabón, aceite, cera y otras cosas de comer que se vendieren en la dicha Ciudad, aunque sea para lo sacar fuera de élla, sea obligado el comprador a dar el tercio por el tanto para el proveimiento de la República. cap. 28 Orden. Guayaquil.

³⁶ Sirvan de ejemplo, entre otros muchos detalles, los siguientes: Se ordena y manda que el tal obligado, la carne de vaca después de haberla descocotado, la haga degollar por el pescuezo y cargar con una polea de madera que no llegue al suelo, y antes de desollar y abrirla estará colgada una hora, y lo mismo será en los puercos capados y carneros, así de la tierra como de Castilla, para que se desangren, y después se sacará el menudo antes de ser desollada la res, y se limpiará de manera que no quede sangre en ella, y el puerco se ha de pelar y limpiar con agua caliente, de manera que no le quede pelo, y de él se ha de cortar una presa el hocico y pezuña toda entera, que de ningún ganado se ha de pesar desde la choquezuela del pie o mano de abajo, y de la res vacuna de la rodilla abajo. Cfr. art. 7, Orden. Guayaquil.

terreno.³⁷ Ello explica que las Ordenanzas de Quito dediquen dos artículos, prácticamente reducidos al control de precios, mientras las Ordenanzas de Guayaquil dedican 10 artículos en que, vigilándose también el posible abuso de precios, se está más pendiente de la higiene y garantía de las carnicerías, forma y precauciones de la matanza, diferenciaciones según los distintos animales, etc.

c) *Responsabilidades directas del Cabildo*. En la serie de artículos aquí agrupados, se hace más notorio que en otros la diferencia de origen de ambas Ordenanzas: pues mientras las de Quito son nacidas en el seno municipal, las de Guayaquil fueron dictadas -aunque consta se entregaron capítulos de las antiguas Ordenanzas- por el Virrey García Hurtado de Mendoza, bien conocido como personaje autoritario.

Así, mientras los tres únicos artículos de Quito no son materias de mayor relieve, los once de Guayaquil se muestran claramente impositivos, y hasta duramente punitivos, ya que alguna sanción alcanza 500 pesos, para aquella época cantidad considerable.

En Quito se manda echar de los asientos a quienes se atrevan a ocupar el lugar reservado a los capitulares en la Iglesia Mayor o demás "monasterios e iglesias"; de la misma manera se señala el derecho a llevar las varas del palio en los días de Semana Santa o de procesiones.

En Guayaquil se regula con precisión la falta a las sesiones del Cabildo, el romper el secreto de oficio de los asuntos tratados, la responsabilidad del Alguacil Mayor y sus Tenientes, la obligación de pregonar y cumplir las Ordenanzas, la falta de los Escribanos a las Audiencias, etc..³⁸

³⁷ Dixerón que por quanto en el pesar de la carne en la carnicería de esta ciudad... se hacen grandes daños y muchas personas se quejan dellos, ansí en dar falto en el peso de la carne, como para llevar excesivos precios. Ordenaron e mandaron que de aquí adelante no se lleve... más precio de lo que les fuere mandado por el arancel... Cfr. cap. 14, Orden. Quito. Confirmándonos lo dicho respecto a la abundancia ganadera de Quito, se dice en el art. 17: Por quanto en esta dicha Ciudad se curten mucha cantidad de cueros y se mata mucho ganado de que se saca mucho sebo...

³⁸ Por ejemplo: Se ordena y manda que en cada un año se pregonen las Ordenanzas al principio de él, ajustándose delante de las casas del Cabildo toda la Justicia y Regimiento a ello para que vengan con ellas contenido a noticia de todos y no se deje de hacer así, la pena que pagará todo el Cabildo cien pesos aplicado para el reparo de las dichas casas; las cuales dichas Ordenanzas y cada una de ellas ordeno se guarden y cumplan por el dicho Cabildo, Justicia y Regimiento de la dicha Ciudad de Santiago de Guayaquil sin ir ni venir contra ellas en manera alguna, la pena al que la contraviniere de quinientos pesos de a diez para la Cámara de Su Majestad. Cfr. art. 90 Orden. Guayaquil.

d) *Varios*. Hemos incluido en este grupo el resto de artículos, que teniendo sanción económica en Quito como en Guayaquil, abarcan materias varias, por lo demás habituales en toda regulación municipal indiana.

En los seis artículos que incluimos de Quito, se sanciona: el cortar leña en bosques no autorizados; que se evite el estropear las calles por arrastre de piedras, maderas, etc.; que los solares estén medidos y marcados por el Cabildo; no se venda a más precio del señalado candelas y sebo; no ensucien las calles puercos y otros animales, ni se lave ropa en fuentes públicas; y no se venda vino a negros ni indios.³⁹

De las Ordenanzas de Guayaquil incluimos en este apartado dieciocho artículos: se exige vender el pan y las verduras en la plaza pública; las pulperías y los artesanos necesitan fianzas; pulperos y regatones pueden llegar a pagar cuatro veces más si reinciden por tercera vez en abusar de los precios; los abastecimientos que llegan a la Ciudad no pueden venderse si antes no lo autoriza el Fiel ejecutor o Diputado; no pueden hacer chicha de jora españoles, negros e indios; los negros no pueden ir a pueblos de indios; igual que en Quito, los animales no dañen ni ensucien las calles; para evitar incendios tan peligrosos y graves en Guayaquil, se apaguen las cocinas al toque de queda; no puede haber ganado sin marcar; debe evitarse encender fuego en la sabana; nadie vaya a comprar nada a pueblos de indios; no se venda vino a negros ni indios; no se hagan ranchos de paja por el riesgo de incendios; los plateros, sastres y demás artesanos tengan casa en la plaza; no abran tiendas los mercaderes y pulperos en domingos y fiestas de guardar.⁴⁰

2. Penas que conllevan pérdida

Hay una serie de penas en ambas Ordenanzas que, con sanción pecuniaria o sin ella, se incurre en pérdida de cosa, bien, animal, etc. Así hemos observado varios artículos que enumeramos simplemente.

³⁹ Cfr. artículos 22-23-25-28-38-39.

⁴⁰ Id. 29-30-32-33-50-52-68-69-74-75-76-77-78-79-80-86-88-890.

En las ordenanzas de Quito se registran ocho casos: Si los regatones y pulperos adquieren abastecimientos de camino a la ciudad, de ser español pierde lo comprado; si se va de compras a lugares de indios, se pierde la mitad de lo comprado; los productos y mercaderías que llegaban del exterior, "ansí de Castilla, Nueva España e ciudad de los Reyes e de otras partes", no podían ser adquiridos globalmente, sino de acuerdo con la persona autorizada del Cabildo, de lo contrario se perdía todo lo comprado: para evitar el abuso del número de animales llevados al ejido, se indicaba ese número que excedido cualquier Regidor o Alguacil hacían que se perdiera el "quinto dello o su valor"; se prohíbe sacar, sin licencia, que debe certificar el Diputado y Escribano, cueros y sebo, que además debe pregonarse, de lo contrario se perderá todo lo que se trate de sacar para "los Reyes, y para otras partes"; igualmente se procederá para sacar "vino, aceite y cera, xabón, pasa, higos, arroz y almendra, pescado, sal y otras cosas de mantenimientos", sólo que en este caso se perderá "la tercia parte"; si un español -distingue de indio o cacique- corta leña en el bosque prohibido, además de 50 pesos de plata, perderá la madera cortada y las herramientas; por último, el artículo 23 -repetido 22 por error- largo y muy típico por describir la topografía quiteña, habla de calles que "están robadas, barrancosas y tales que con gran trabajo e dificultad se pueden andar por ellas a pie ni a caballo", por ello si se arrastrasen maderas y piedras: perderán "la dicha madera y piedra y bueyes con que lo arrastrare".⁴¹

En cuanto a Guayaquil, como siempre, se nota la diferencia de conceptos y características de la Costa respecto a la Sierra: Arrendadas las carnicerías, exíjase fianza, y si no se cumple el cometido; ejecútese; Si un miembro del Cabildo habla sobre lo tratado en él -fuera de lo que debe publicarse, naturalmente-, será "despreciado del cargo y oficio que tiene y más pague cien pesos de pena"; si un negro cuatavo tuviera rancho o casa, por dárselo su amo, lo perderá; si negro o indios participan en juegos prohibidos, "pierdan el dinero y lo que hallare jugando"; no debe comprarse nada a negro o negra cautivos, pues se perderá lo que se hallare ajeno; ningún negro lleve cuchillo o cualquier arma, pues se perderá; ni indios ni caciques tengan arcabuz en sus pueblos, o fuera de ellos, pues sin licencia lo perderán; no se venda pan "a boca del horno", sino en la plaza, ya que se perderá además de otras sanciones; no se siembre sólo algodón, sino con maíz, de lo contrario se perderá el algodón.⁴²

⁴¹ Cfr. artículos 10-12-13-15-17-18-22-23.

⁴² Id 4-44-46-51-54-58-59-79-81

3. Penas a los negros

Las Ordenanzas de Quito solamente en dos artículos se incluye a los negros, y parece como de paso; mientras las de Guayaquil les incluyen en dieciséis. Conociendo la realidad social de ambas ciudades es todo muy explicable, pues mientras en Quito no había razón para la existencia de negros dado el gran contingente de naturales, en Guayaquil, por trabajos en el astillero -mandados muchas veces desde el Callao por los mismos Virreyes para acelerar embarcaciones-, era más lógico se dieran negros esclavos. A ello añadiríamos una hipótesis -discutible, por supuesto- a la que le daríamos importancia: el indígena costeño no era fácil a trabajos obligados, antes se metería en selvas y montes, y con más razón si no los consideraba suficientemente remunerados.

Los dos capítulos de Ordenanzas de Quito, se refieren a la prohibición de lavar ropa en las fuentes públicas de la Plaza Mayor o San Francisco; y la prohibición de venderles vino.⁴³

En Guayaquil se reducen a los siguientes los 16 artículos que sancionan a los negros: No pueden comprar los productos que vienen a la Ciudad en las balsas, antes que proceda el Fiel Ejecutor; ningún negro cautivo puede tener rancho o casa, aunque se lo haya dado su amo; no puede estar fuera de la casa del amo luego del toque de queda; no tocará tambor luego del Avemaría; anochecido "no sean osados... andar por bajareques, ni entrar en cocina alguna, ni estar sospechoso"; tampoco ser "osado de hacer chicha de jora, ni de yuca ni mexclada"; no puede jugar tete, ni naipes; está prohibido de ir a pueblos de indios; es muy grave abandonar la casa de su amo; no se le puede comprar nada por el riesgo de perderlo; no se atreva a usar "cuchillo ni otra arma alguna contra españoles"; de noche no puede "tañir trompa llamando las negras"; no puede andar por la calle durante la Misa Mayor los domingos y fiestas de guardar, por lo visto tenían "sus juegos y borracheras"; se insiste en que durante el día o la noche no lleven cuchillo u otra arma; no enciendan fuego en sabana; y, como en Quito, no se les venda vino.⁴⁴

⁴³ Cfr. artículos 38 y 39.

⁴⁴ Id. 33-46-47-48-49-50-51-52-53-54-55-56-57-58-76-78.

4. Penas a Indios

A primera vista sorprende observar que sólo se den cuatro capítulos de las Ordenanzas quiteñas referidos a los indígenas, mientras en Guayaquil se incluyan en once. Puede que la razón esté siempre en que el número de artículos de las Ordenanzas de guayaquil es doble a los de Quito; o que las de Quito son de 1563, y las de Guayaquil de 1590, distancia en años que tal vez en otro instante tendrfa menos relevancia, pero que en este caso la podía tener por las medidas generales tomadas en el gobierno indiano. En nuestra opinión, aquella diferencia estaría en el distinto origen de ambas Ordenanzas, cuanto, también, con la diferencia de años para una ciudad indiana entre mediados del siglo XVI y el final del siglo.

Ya indicamos anteriormente que las Ordenanzas de Quito surgen del propio Cabildo en el afán de encauzar unas realidades necesarias e indispensables que exige la Ciudad, y sugeridas por vecinos sin mentalidad jurídica o formalmente codificadora. Mientras las Ordenanzas de Guayaquil son dictadas por un hombre de gobierno y experto y capaz, largos años conocedor de la problemática de la región.

Yendo a lo concreto, en las Ordenanzas de Quito se sanciona: por ser prohibido a toda "Persona de cualquier condición que sea, español o indio", comprar, para revender, mantenimientos que llegan a la ciudad; tampoco pueden cortar leña en el bosque de Oyumbicho como hacen "algunos indios y epañoles"; a negros e indios se les prohíbe lavar ropa en las fuentes de las plazas Mayor y San Francisco; y nadie se atreva a venderles vino.⁴⁵

Guayaquil, de modo similar a Quito, prohíbe comprar algo a las balsas que llegan para abastecer a la ciudad; no pueden estar por la noche en lugares inadecuados; se les prohíbe hacer chicha de jora, de yuca o mezclada; no pueden tomar parte en juegos prohibidos; no llamarán a las indias por la noche con trompas; no irán por la calle los domingos durante la Misa Mayor; ni indio ni cacique tenga arcabuz sin licencia; no encenderán fuego en sabana; no se les

⁴⁵ Cfr. artículos 10-22-38-39.

puede vender vino; nadie tratará de sonsacarles a indios o indias que sirven en una casa; y, por último, no sembrarán sólo algodón, sino también maíz.⁴⁶

5. Penas corporales

Muy propio de la concepción social castellana -que en esto nada se diferenciaba del resto de los territorios europeos-, a las personas de baja condición social era habitual se les aplicasen penas corporales, y la ordinaria eran azotes, ya fuera en la plaza pública, en el rollo o en la cárcel. Razón por la cual no sorprende ver establecida dicha pena en Guayaquil y Quito, especialmente para negros cautivos y, en algunos casos, a los naturales; mientras a españoles y mestizos se les imponía cárcel y multas, llegando la competencia municipal hasta el destierro.

Siempre en la proporción indicada anteriormente entre ambas Ordenanzas, observamos tres casos en Quito en que se dan azotes a los indígenas, mientras en Guayaquil esa pena corporal se reseña en diez casos, la mayoría en negros, y dos casos solamente para indios.

La primera referencia de Quito, que luego será similar en Guayaquil, es por adquirir bastimentos antes de que entren en la ciudad para revenderlos, y encarecer la mercancía; también si los naturales cortaban madera en los bosques prohibidos alrededor de la ciudad; y, el último caso de Quito, si negros, negras, indios o indias lavaban ropa en las fuentes de las plazas públicas.⁴⁷

En Guayaquil se les dará azotes a negros e indios al adquirir productos que llegan a la ciudad, antes que el fiel Ejecutor haya decidido lo conveniente; si negro cautivo tiene casa o rancho, aunque se lo haya dado su amo, la primera vez azotes, y la segunda cuatro meses sin sueldo trabajando para obras de la ciudad; si luego del toque de queda un negro está en la calle o fuera de la casa de su amo; al negro que después del Avemaría toca tambores, al que además de los azotes se le rompe el tambor; a negros, negras e indios si por la noche

⁴⁶ Id 33-49-50-51-56-57-59-76-78-80-81.

⁴⁷ Cfr. artículos 10-22-38.

están en bajareques o cocinas, además serán trasquilados; a negros que se les sorprenda jugando a tete o naipes; si un negro va a pueblo de indios, además de los azotes tendrá que trabajar dos meses en obra públicas; si un negro deja a su amo por una semana cien azotes, y doble por un mes; azotes a negro y trasquilado el indio que andan por las calles en borracheras los domingos durante la Misa Mayor; al negro que lleve cuchillo o cualquier otra arma.⁴⁸

6. Privación de libertad

Parecería normal que el Municipio ante infracciones, faltas y demás lógicas transgresiones que caen en la competencia de la jurisdicción del Cabildo, se diesen normas que con facilidad llevasen a la privación de libertad transitoria como es la cárcel. Pues en Quito solamente se señala un capítulo de Ordenanzas, si bien son seis en Guayaquil.

El artículo décimo de Quito, reiteradamente señalado por otras penas, incluye la cárcel para el indio, regatón o pulpero que, ante los productos que llegan a la ciudad se adelante y los adquiera para revender: "esté diez días preso en la cárcel pública".⁴⁹

Las Ordenanzas de Guayaquil sancionan con la cárcel a negros, indios y a encomenderos y excapitulares. El negro que luego del toque de queda vaya por la calle o esté en casa ajena a su amo; igualmente el negro que luego del Avenmaría toque tambores; el negro, negra o indio que se encuentren en bajareques o cocinas; los negros e indios que hagan chicha de jora, de yuca o mezclada; a negros e indios que juegen el tete o naipes; por último, y por deferencia, a encomenderos y ex-capitulares, tengan la cárcel en las casas del Cabildo, a no ser que el delito lo merezca y en ese caso en cárcel pública.⁵⁰

⁴⁸ Cfr. artículos 33-46-47-48-49-51-52-53-57-58.

⁴⁹ Id 10.

⁵⁰ Id 47-48-49-50-51-56.

7. Penas poco comunes

Damos este calificativo a unas pocas penas consignadas en las Ordenanzas, por salirse de lo habitual y ordinario entre las sanciones aplicadas en las normas penales municipales.

El artículo 39 de las Ordenanzas de Quito, en que se regula la prohibición de vender "vino a negros e indios, lo cual es en perjuicio de esta república", se refiere inicialmente a "regatones y pulperos", que en principio era lo normal como dueños de tiendas; pero luego, la norma generaliza diciendo: "ninguna persona sea osado de vender el dicho vino". La sanción puesta es módica sin duda: "so pena de cuatro pesos... por la primera vez; y por la segunda, la pena doblada". El salto considerable se señala ante la nueva reincidencia: "y a la tercera, desterrado de esta Ciudad y jurisdicción". Con lo cual el destierro es aplicado en este caso de derecho municipal.⁵¹

Dentro del conjunto penal de las Ordenanzas de Guayaquil, se destacan sin duda dos artículos que a fines del siglo XVI conservan, todavía, mucho del clásico concepto y valoración del esclavo. Así el artículo 53, según el cual si un negro desaparece de la casa de su amo por ocho días: "se le daban doscientos azotes por las calles públicas"; si dicha ausencia había llegado a "un mes, la pena doblada", dándose veinte pesos "al que lo cogiere". La gravedad se hace tremenda cuando la ausencia ha pasado de un mes, ya que entonces "sea desjarretado", pagándose cuarente pesos al que le prende, si es que está fuera del distrito; "y si por prenderle se resistiere y le hirieren, que no incurra en pena alguna y siendo la persona que fuere a prender los tales negros por mandato de la Justicia".⁵²

El artículo 55 "ordena y manda que ningún negro sea osado echar mano a cuchillo ni otra arma alguna contra españoles", pues si en este caso se le hiere o mata, no se incurre en pena alguna, siempre que ello se vea "conforme a derecho".⁵³

⁵¹ Cfr. artículo 39.

⁵² Id 53.

⁵³ Id 55.

8. Penas con la fórmula: "aplicar derecho", "aplicar justicia", etc.

En cuatro artículos de las Ordenanzas de Quito, y en uno de las de Guayaquil, se deja al arbitrio del responsable del Cabildo en cada caso, para que se ponga la sanción oportuna al momento.

Algo muy común en los Cabildos indianos es el cuidar esmeradamente que "los pesos y pesas y medidas y varas de medir con que se trata y contrata en esta Ciudad hay fraude y engaño y los ha habido", con lo que se causa "agravio y daño notorio" a los vecinos y moradores de la ciudad. La solución del Municipio es que el Diputado y el escribano del Cabildo visiten las tiendas "de cuatro en cuatro meses", y para más cuidado nombren a alguien que esté continuamente en dicha vigilancia, para que en todo se adapte a lo que el Cabildo tiene regulado. De no cumplir lo resuelto por el Cabildo el "Diputado proceda y haga justicia en el caso"; el artículo 11, en relación con los mantenimientos expresa la misma idea; Con una movilización total del Cabildo, se dice que los Alcaldes Ordinarios -o al menos uno- con los Regidores, visiten al inicio del año los ejidos y comprueben si siguen con los límites y mojones dispuestos, y de estar alguna parte alterada, proceda "la justicia contra los tales y castigándolos conforme a derecho"; por último, con la presencia de uno de los Alcaldes Ordinarios se compruebe si los oficiales artesanos de los varios oficios, se han sujetado a los aranceles del Cabildo, de lo contrario castíguese con las penas oportunas.⁵⁴

El artículo 31 de Guayaquil encarga al Fiel Ejecutor controle las "pesas y medidas con los padrones de la dicha Ciudad", y si de las inspección se observan irregularidades "sea castigado con mucho rigor".⁵⁵

⁵⁴ Cfr. artículos 11-19-20-29.

⁵⁵ Id 31.

9. Penas curiosas

Empleamos el término curioso, por calificar de alguna manera el contenido de dos capítulos que traen las Ordenanzas de Guayaquil.

Se inician las Ordenanzas con el artículo 1o. en que el Cabildo, recogiendo la religiosidad vivida y encarnada en su tiempo, "ordena y manda que si pasado el Santísimo Sacramento por la plaza o calle -tal vez sería llevando el Viático, festividad, etc.- alguno se hallare a caballo, sea obligado a se apearse de dicho caballo o bestia en que se hallare". De no proceder así, se le sanciona con la "pena de dos libras de cera para el Santísimo Sacramento".⁵⁶

El otro artículo, más prosaico, pero se ve que era un problema de la Ciudad, es "que ninguna persona pueda tener más de un perro", pues de lo contrario "se maten brevemente".⁵⁷

⁵⁶ Cfr. artículo 1.

⁵⁷ Id 67.