La cultura normativa del *ius commune* indicaba que dios era la fuente de toda *iurisdictio*, por la cual se había otorgado *auctoritas* a los pontífices y príncipes para juzgar y gobernar. En el caso del monarca se denominaba majestad, sinónimo de *potestas*, con la cual se le habilitaba para hacer uso del castigo para ser temido por los malvados y de la misericordia para ser amado por los súbditos.[[1]](#footnote-1) En este sentido, el conceder indultos era “una de las mas preciosas Regalías que adornan la corona de los Soberanos,” ya que era el temor a la espada lo que hacía agradecer la clemencia, cuando el rey o sus delegados pudiendo castigar justificadamente no lo hacía estaban demostrando la grandeza del poder del rey.[[2]](#footnote-2) Es por lo tanto pertinente considerar que la clemencia formaba parte de la misma entidad real y que de otra manera, un rey carente de misericordia, ya no se consideraba como un gobierno justo sino tiránico. La consideración de la historiografía hispanoamericanista, hasta hace relativamente pocas décadas, denominaba al dominio castellano en América como una tiranía, incluso tildó de “despótica” la etapa reformista de Carlos III y Carlos IV. ¿Se trataba entonces de gobiernos inclementes? ¿Estaban tan ceñidos por el interés peninsular del fortalecimiento de la monarquía que olvidaron la misericordia debida con las provincias americanas? El propósito de este apartado consiste tan solo en preparar la posible resolución de tales cuestionamientos desde la identificación de la vinculación semántica entre clemencia, poder y autoridad regia en la cultura normativa aún vigente durante el siglo XVIII.

Los latinajos utilizados al inicio del párrafo anterior no tienen una intencionalidad de mera retórica, pretenden llamar la atención acerca del origen medieval (*ius commune*) de la diferenciación entre autoridad y potestad, componentes del poder político (*iurisdictio*).[[3]](#footnote-3) El traer a colación una dicotomía de la Edad Media a una investigación del siglo XVIII americano se sustenta en que, aunque el mundo hispánico dieciochesco, en particular desde el reinado de Carlos III, se caracterizó como un periodo de trasformación administrativa, la discusión ideológica de los ilustrado, que se ha considerado aneja al reformismo, no planteó cambios radicales al régimen jurídico tradicional y pluralista de la monarquía. Las modificaciones planteadas al orden jurídico-político tradicional se llevaron avante cautelosamente, sin cuestionar el origen divino de la “constitución histórica” de la monarquía, ni su sustento en una sociedad estamental, así como se concibió un “derecho patrio” que pretendía ratificar la tradición antes que propender por la innovación. Al respecto, Pedro Ruíz Torres ha señalado que los ilustrados reformistas pretendieron reforzar el poder soberano del monarca controlando el ejercicio de las facultades delegadas en las autoridades regias, una dinámica que Carlos Garriga ha denominado como la “administrativización de la monarquía;”[[4]](#footnote-4) sin embargo, tal pretensión tuvo menos impacto en España que en otras naciones europeas. Según Ruíz Torres: “Aquí la impronta jurisdiccional continuó siendo muy manifiesta […] De ahí el corto avance en el sentido de una monarquía administrativa y centralizada y la fuerte impronta jurisdiccional que siguió manifestándose en la Constitución de 1812.”[[5]](#footnote-5)

Teniendo en cuenta el limitado efecto de la cultura ilustrada en el ordenamiento jurídico-político de la monarquía, por lo menos antes de la crisis de 1808, es posible concebir que durante el siglo XVIII se mantuvo vigente la concepción de la *iurisdictio* como la suma potestad que por derecho divino se otorgó a los soberanos para decir derecho (*ius dicere*) y establecer la equidad (*aequitatem statuere*), es decir, para juzgar y dictar normas comunes.[[6]](#footnote-6) La legitimidad del poder regio se sustentaba en que éste le era otorgado por derecho divino acorde con el relato de la pasión de Cristo según el cual Poncio Pilatos, al no obtener respuesta al interrogatorio que le hacía, le reclamó si desconocía que él tenía la autoridad para crucificarlo o liberarlo, a lo cual le respondió Jesús “Ninguna autoridad tendrías contra mí, si no te fuese dada de arriba.”[[7]](#footnote-7) Un ejemplo de la vigencia de esta idea aún para finales del siglo XVIII lo encontramos en Manuel Silvestre Martínez: “La Regia Potestad solo á Dios tiene por Autor. Así nos lo enseña al cap. 6 de Sabiduria versic. 2 y 4, *Audite ergo Reges, & intelligite quoniam data est à Domino potestas vobis.*[[8]](#footnote-8)[Y]San Juan al cap. 19 versic 11 […] De lo cual se deduce, que Christo nuestro Señor reconoció en Pilatos que habia potestad nacida de Dios, como lo dice S. Agustin, y S. Bernardo.”[[9]](#footnote-9)

¿Por qué dios le otorga al príncipe su poder? Para castigar y perdonar. Según Mariana, las sociedades y la potestad regia surgieron con el propósito de protegerse de los peligros de la violencia y los asesinatos, es decir, de los abusos de los fuertes respecto a los débiles.[[10]](#footnote-10) El castigo como demostración de la fuerza del príncipe tendría como origen evitar que los “malvados” actuaran contra los “buenos”; pero si todo fuese temor, el rey no podría atraer el amor de los súbditos, por ello dios le otorgó la clemencia como modo de canalizar su compasión que redundara en la lealtad de los vasallos. En esta lógica, era el miedo a la espada lo que hacía agradecer la clemencia, cuando el rey o sus delegados pudiendo castigar justificadamente no lo hacía estaban demostrando la magnificencia del príncipe. Temor y amor estarían naturalmente vinculados, Alfonso X lo plasmó así: “Natural razon es, que el ome non puede amar ninguna cosa conplidamente si la non teme.”[[11]](#footnote-11) Por su parte, Castillo de Bovadilla comentó al respecto que “si el juez no es amado y temido, nunca será obedecido”.[[12]](#footnote-12)

Por otra parte, el poder del rey no se vería disminuido por ejecutar actos de clemencia, al contrario, representaba la posibilidad de demostrar la magnificencia de la potestad regia, incomparable con ningún agente de la monarquía. Como lo señaló Michel Foucault: “El poder soberano que le ordenaba matar y mataba por medio de él no estaba presente en el verdugo ni se identificaba con su encarnizamiento. Y precisamente jamás aparecía tal poder con más esplendor que cuando interrumpía el gesto del verdugo con un mensaje de indulto.”[[13]](#footnote-13) De allí la idea, tomada de Séneca y difundida vía Tomás de Aquino, según la cual perdonar consistía en no castigar a quien merecía serlo, es decir, en la remisión de un castigo que debía ser, en justicia, infligido.[[14]](#footnote-14)

Se consideraba que la mejor manera de ejercer la potestad consistía en hacer que la justicia y la misericordia “fueran juntas” en los procedimientos judiciales, como alegorizó Calderón de la Barca:

Id, pues, con la circunstancia

de que vas, Misericordia,

de Justicia acompañada,

para que guardes justicia;

y tú, Justicia, repara

en que con Misericordia

vas también para guardarla;

que no será acierto en una

si no se da unión en ambas.[[15]](#footnote-15)

1. Juan López de Cuéllar, *Tratado iuridico-politico: practica de indultos* (Pamplona: Martín Gregorio de Zabala, 1690), núm. 1-9. [↑](#footnote-ref-1)
2. López de Cuéllar, núm. 14. [↑](#footnote-ref-2)
3. Paolo Prodi, *Una historia de la justicia: de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, trad. Luciano Padilla López (Madrid: Katz Editores, 2008), 39. Aclaro que este origen no implica que el sentido original del texto latino se haya mantenido incólume tras los siglos, sin embargo, los juristas de la modernidad, del mismo modo que lo hicieron los pensadores medievales, interpretaron dichos términos de modo acorde con su experiencia y en cierto sentido construyeron nuevos sentidos o lenguajes. Al respecto véase Pietro Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)* (Milano: Giuffrè Editore, 1969), 19. [↑](#footnote-ref-3)
4. Carlos Garriga Acosta, “Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, ed. Marta Lorente Sariñena, Cuadernos de derecho judicial, VI–2006 (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007), 99. [↑](#footnote-ref-4)
5. Pedro Ruiz Torres, “Los límites del reformismo del siglo XVIII en España”, en *El nacimiento y la construcción del estado moderno: homenaje a Jaume Vicens Vives*, ed. Joaquim Albareda Salvadó y Marició Janué i Miret, Història (Valencia: Universitat de València, 2011), 130. [↑](#footnote-ref-5)
6. Costa, *Iurisdictio*, 100–101; Jesús Vallejo, “El príncipe ante el derecho en la cultura del ‘ius commune’”, en *Manual de Historia del Derecho*, ed. Marta Lorente Sariñena y Jesús Vallejo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 153–55. [↑](#footnote-ref-6)
7. “*Non haberes potestatem adversum me ullam, nisi tibi datum esset desuper*.” Jn. 19:10-11 RVR1960 y VULG. López de Cuéllar, *Tratado iuridico-politico*, núm. 1. Costa, *Iurisdictio*, 183. [↑](#footnote-ref-7)
8. “Por lo tanto, escuchad y entended reyes; porque el Señor os ha dado la potestad.” Sap. 6:2 y 4 VULG. [↑](#footnote-ref-8)
9. Manuel Silvestre Martínez, *Librería de jueces* [1763], séptima impresión (Madrid: imprenta de don Benito Cano, 1791), tomo V, tratado inicial, art. 1º, núm. 16. Las referencias a San Agustín y San Bartolomé refuerzan la idea de que “la potestad de dar el Reyno, o el Imperio, no debemos atribuirla sino a Dios” (*de Civitate Dei*, lib. V, cap. 35) y que no debería ofrecerse resistencia a la potestad secular ya que “no pudo ser otro Juez mas Secular que Pilatos, y que con todo eso fue en su Tribunal, sin resistencia, ni declinación de Jurisdiccion, juzgado el mismo Jesu Christo, Cabeza de la Iglesia.” (*de Officio Episcoporum*, cap. IX). Otro ejemplo de esta pervivencia en Alejandro Agüero Nazar, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República: la justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 136. [↑](#footnote-ref-9)
10. Mariana, *La dignidad real*, lib. I, cap. I. [↑](#footnote-ref-10)
11. *Las Siete Partidas*, P. II, tít. II, l. III [↑](#footnote-ref-11)
12. Castillo de Bovadilla, *Politica para corregidores*, lib. III, cap. XII, núm. 11. [↑](#footnote-ref-12)
13. Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino, 2a edición revisada (México: Siglo Veintiuno, 2015), 64. [↑](#footnote-ref-13)
14. “Perdonar es no castigar a quien consideras digno de castigo; el perdón es la absolución de un castigo merecido.” (*Ignoscere autem est, quem iudices puniendum, non punire; venia debitae poenae remissio est.*) Seneca, “De Clementia”, Liber II, párr. 7. Tomás de Aquino, “Summa Theologiae”, IIª-IIae, q. 157 a. 2 ad 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Calderón de la Barca, *El indulto general*, vv. 1257–1265. [↑](#footnote-ref-15)