

PRIMERAS JORNADAS NACIONALES DE HISTORIA SOCIAL
30, 31 de mayo y 1 de junio del 2007
La Falda - Córdoba

Mesa 7: Leyes, justicia y violencia. Coordinadores: O. Barreneche y L. Caimari.

Autor: Agüero, Alejandro, Investigador asistente CONICET – docente UNC

Dirección institucional: Caseros 311, cp. 5000, Córdoba. // alejandro.aguero@uam.es

Título:

“Ley penal y cultura jurisdiccional. A propósito de una Real Cédula sobre armas blancas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII”.

Introducción: la condena de Atanasio Cruz.

El 15 de noviembre de 1771 el alcalde de segundo voto de Córdoba, don Joseph de Bejarano, condenó a muerte al esclavo Atanasio Cruz Garay por el asesinato con arma blanca del negro Cruz Pereyra. Antes de pronunciar sentencia, el juez ordenó que se agregara al expediente el testimonio de una Real Cédula de 1759 por la cual se confirmaba una norma penal de extrema gravedad: según la real disposición, se debía imponer pena de muerte a toda persona de cualquier condición, que hiriese con armas cortas, aunque la herida no fuese de muerte.¹ Al cabo de un proceso que duró casi un año, el alcalde dictó sentencia, disponiendo que, según la fórmula tradicional, Atanasio Cruz

“...sea llevado por sus pies al suplicio donde fuesse ajusticiado, publicandose la sentencia y la causa por que muere, y que padesca en la horca hasta que naturalmente muera... y que no se execute esta sentencia sin confirmacion de la Real Audiencia, a donde se remitiran los autos para que su Alteza en su vista determine lo que hallasse mas de justicia”²

De todos los elementos que podrían ser objeto de análisis a partir de estos datos documentados en el Archivo, nos interesa comenzar por uno en particular: la ley. Mirado a la luz de la historiografía jurídica más difundida sobre el derecho penal hispano, el caso podría servir como un buen testimonio de lo que era entonces la aplicación de la ley penal. Según esta perspectiva, para los tiempos modernos, la ley penal es una expresión de la voluntad soberana en ejercicio del *ius puniendi*. Una red de oficiales pone en práctica, a lo largo del territorio, ese

¹ El testimonio de la Real Cédula y la sentencia en Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba [AHPC], Crimen, Legajo 31, expediente 11, año 1776, fs. 34v-36v.

² Idem, f. 36 r – v.

derecho penal de la Monarquía Absoluta.³ Tampoco tendríamos dificultades teóricas si hubiésemos decidido apartarnos de la historiografía jurídica y hubiésemos echado mano de otras herramientas conceptuales, como las propuestas por Lenman y Parker, según las cuales estaríamos ante un caso típico de “state law”, contrapunto romanista y estatal de un más tradicional y difuso “community law” sustituido por aquél a lo largo de un cambio “revolucionario” desarrollado durante nueve siglos.⁴ Desde uno y otro punto de vista, el derecho penal aparece entonces como una herramienta de la “autoridad del Estado”, poniéndose de manifiesto su transformación moderna en el aumento de las disposiciones normativas, en una revisión de las definiciones de los delitos y en un incremento de la severidad de las penas⁵.

Sin pretender rebatir estos grandes consensos historiográficos, intentaremos aquí sugerir que tanto una como otra perspectiva teórica reducen notablemente la complejidad que encierra la noción de ley (de derecho en sentido objetivo) para los tiempos pre liberales, condicionando de este modo nuestra lectura del pasado. El déficit de estas perspectivas radica, desde nuestro punto de vista, en el fuerte componente voluntarista y uniformador que va asociado a la noción de “derecho estatal” con el que se caracteriza el orden jurídico de los tiempos modernos. Aunque, de uno y otro lado, se puedan reconocer diversas persistencias “pre estatales”, en ambos casos el derecho de la edad moderna tiende a caracterizarse como un producto legislativo de corte estatal y como tal, manifestación de un acto de poder soberano que pretende desplegarse de modo más o menos uniforme sobre el territorio. Trataremos de mostrar que esta perspectiva estatalista nos obliga a leer las prácticas institucionales del pasado con una semántica que no le era propia y que responde, más bien, al modo en que hoy concebimos el fenómeno jurídico. Volvamos al caso e indaguemos un poco más sobre la “ley” que se utilizó para “hacer justicia” en el proceso contra el esclavo Atanasio Cruz.

La Real Cédula de 1759, su origen y tramitación.

Pese a su tipicidad aparente, el caso de Atanasio Cruz presenta, antes de la cuestión de la “ley”, algunas características que no son tan frecuentes como suele pensarse. La imposición de condenas capitales era un acto bastante poco frecuente en casi todos los distritos jurisdiccionales de antiguo régimen que han podido estudiarse a partir de fuentes judiciales⁶.

³ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, 1969: 24

⁴ LENMAN and PARKER, 1980:23.

⁵ WEISSER, 1989: 81, 90, 113; LENMAN and PARKER, 1980: 15. Se destaca también el carácter utilitario de las nuevas penas, PIKE, 1983: 3-5.

⁶ Véase, i. e., LEVAGGI, 1975: 89; TAYLOR, 1979: 98-100; HESPANHA, 1993: 225; HERAS SANTOS, 1994: 279 y 316 (aunque no alcanza al siglo XVIII); HERZOG, 1995: 212-213 y 242; CUTTER, 1997: 138. Para Córdoba, PUNTA, 2002: 12. Según nuestra propia base de datos, sobre una muestra aleatoria de 305 casos para los siglos XVII y XVIII, las penas capitales constituyen el 4%.

Aunque era un recurso estipulado en numerosos textos normativos y para diversos delitos, en la praxis se utilizaba relativamente poco. Estaríamos pues ante uno de esos casos excepcionales, aunque no lo sería por sus propias características – los conflictos entre esclavos no daban lugar a medidas particularmente graves⁷ –, sino por el contexto social, como tendremos oportunidad de ver.

Si miramos ya con más precisión algunos aspectos técnicos jurídicos, nuestra sospecha de estar ante un caso excepcional se fortalece. Resulta cuando menos llamativo que la justicia se haya tomado el trabajo de incorporar el testimonio de una real cédula en el proceso contra un esclavo. Sabemos que los jueces de antiguo régimen no tenían el deber de expresar los fundamentos normativos de sus decisiones⁸ y sabemos también que los testimonios tenían su costo económico y no era de esperarse que, en este caso, el reo tuviese bienes para afrontar los gastos de justicia. No era tampoco práctica habitual de los jueces invocar las leyes en las que se basaban sus fallos. Podríamos sugerir entonces que, siendo la pena capital un recurso utilizado en circunstancias excepcionales, y no siendo este caso en particular demasiado grave según los criterios de la época, los hombres de la justicia local sintiesen la necesidad de realizar un mayor esfuerzo de justificación para sostener la condena de Cruz. Si la decisión era grave, también lo era la norma invocada: a simple vista no parece muy proporcionada la relación entre el hecho (herida con arma blanca aunque no cause muerte) y la pena. Nuestra percepción no es anacrónica. Como se verá, la cuestión fue entonces objeto de análisis. El procedimiento que precedió a la emisión de la real cédula nos permitirá conocer en parte los razonamientos que podían justificar disposiciones penales de este tipo.

Digamos, para comenzar, que esa real cédula no puede leerse simplemente como un acto normativo que vehiculiza una voluntad soberana desde el centro de la monarquía hacia la periferia. No hemos dicho hasta aquí que aquella real cédula no hacía otra cosa que confirmar una petición del cabildo de la ciudad de Córdoba que buscaba así, por medios extraordinarios, afrontar una situación local que se consideraba igualmente extraordinaria. La génesis de la norma en cuestión nos obliga a retroceder casi dos décadas con respecto a la sentencia contra Cruz Garay.

1) El 16 de octubre de 1755 el Cabildo de Córdoba hizo una petición dirigida al gobernador Juan Francisco Pestaña, en la que solicitaba que, “*mediante no alcanzar la pena de azotes y vergüenza pública que cada día se ejecutaba por las justicias ordinarias para desterrar las armas cortas*”, “*ser muchas las muertes y heridas que con ellas hacían los indios, mestizos, negros y mulatos*” (refiriendo muchos casos desde el año 1745) y “*ser aquella gente*

⁷ RUFER, 2001: 228

⁸ Incluso llegaría a prohibirse la fundamentación de sentencias. Cfr. MARIULUZ URQUIJO, 1976; LEVAGGI, 1978; GARRIGA. y LORENTE, 1997; MASSETTO, 1989.

tan depravada que se burlaba de tan afrentoso castigo”, se prohibiese el uso de las referidas arma y “*el de las bolas (que en lo violento imitaban a las balas)*” con pena capital y último suplicio, sin distinción de personas, así dentro de la ciudad, como en el campo, donde sólo se podrían permitir cuchillos romos, o despuntados para las labores en que fueren necesarios.⁹

No vamos a detenernos aquí a analizar esa percepción de alarma que tienen clases principales hacia mediados del XVIII frente a lo que consideran un estado de permanente peligro por la desobediencia constante de las clases no dominantes, en tiempos ya del “ocaso de la sociedad estamental”¹⁰. En cualquier caso la solución que pretendía el Cabildo de Córdoba no resulta fácil de explicar a partir de las necesidades de mano de obra compulsiva que justificaba por entonces muchas otras medidas represivas. Real o fantasmática, los regidores perciben la situación como extraordinaria y consideran así legítima su pretensión de imponer un remedio extraordinario.

2) El 19 de octubre de 1755 el gobernador de Tucumán elevó por carta la representación del cabildo de Córdoba al Consejo de Indias.

3) El 9 de septiembre de 1756 el Consejo acordó pasar el expediente al fiscal para que se expida sobre el asunto.

4) El 22 de septiembre de 1756 el fiscal del Consejo evacuó la vista exponiendo las razones y fundamentos que concurrían para que en lugar de la pena de azotes y vergüenza, se aplicase la del último suplicio a los que se hallasen con dichas armas.

5) Ese mismo día, el Consejo, habiendo visto la respuesta del fiscal, resolvió que se despache Cédula a la Audiencia de Charcas (lo que se ejecutó el 8 de diciembre de 1756) para que informase su parecer sobre el contenido de la representación hecha por la ciudad de Córdoba y para que en el ínterin “*estuviese a la mira de los excesos que en ella se referían tomando todas las severas providencias que considerase precisas para impedirlos, y castigarlos con el rigor que pedia su frecuencia, y gravedad*”

6) El 15 de octubre de 1758 la Audiencia de Charcas envió por carta al Consejo un testimonio de los informes solicitados y de las providencias tomadas para combatir los excesos referidos en la petición del cabildo de Córdoba. El tribunal dijo que ya se habían publicado bandos y providencias que imponían penas progresivamente agravadas para los que quebrantasen la prohibición de usar armas cortas, según la reincidencia y la calidad de las personas (a los nobles, doscientos pesos y un mes de cárcel por la primera vez, 300 por la segunda y dos años de presidio, y la de muerte por la tercera y a los plebeyos, doscientos azotes y dos meses de cárcel por la primera vez, por la segunda la misma de azotes y dos años de

⁹ Archivo General de Indias [AGI], Charcas 210 s/f.

¹⁰ Cfr. ARCONDO, 1992; PUNTA, 1997.

presidio y por la tercera la de último suplicio, disponiendo que, en todos los casos, se consultase al propio tribunal antes de ejecutar estas penas). Agregaba el informe de la Audiencia que siendo esto así, no había reparos para que el bando publicado en el Tucumán depusiese que *“la persona que hiriere con armas cortas, de cualquier condición que sea, incurra en pena de muerte, aunque el golpe no sea mortal y que seguida breve y sumariamente la causa se consulte con el gobernador la sentencia”*.

7) El 6 de septiembre de 1759 el Consejo corrió vista de los informes de la Audiencia de Charcas al Fiscal para que se pronuncie nuevamente sobre la base de éstos.

8) El 19 de septiembre de 1759 el Fiscal respondió a la vista. Atendiendo a las razones de la Audiencia de Charcas, el Fiscal del Consejo opinó que no había motivos para denegar el pedido de la ciudad de Córdoba, y que se podía aprobar la norma referida por la Audiencia, pero que *“semejantes determinaciones, como que son de tanta gravedad y de irreparable daño, se consulten primero con la Audiencia, como esta lo tiene dispuesto en los casos anteriores y no con el Gobernador, a cuyo fin se podrá librar la cédula correspondiente.”*

9) Finalmente se expidió Real Cédula en este sentido, fechada en Buen Retiro el 19 de septiembre de 1759.

El relato de esta tramitación que se prolongó casi por cuatro años y que recorrió miles de kilómetros para ir de Córdoba del Tucumán a la Corte metropolitana; de allí a Charcas, para volver a la Corte y regresar finalmente a su punto de origen, no nos diría nada si no fuera que se trata de actos que se realizan siguiendo pautas institucionales, modelos de acción institucional, dispositivos que responden en última instancia a las convicciones constitucionales de un modo de pensar y producir el derecho. El caso nos sirve entonces para acceder al *hábitus* institucional desplegado para legitimar la palabra del soberano y producir una norma de este tipo.

Quien conozca un mínimo de dispositivos jurídicos habrá rápidamente advertido que los pasos seguidos para la emisión de aquella real cédula tejen una trama que se asemeja, en sus elementos esenciales al menos, a un procedimiento judicial. Se parte de una alteración del orden que provoca un reclamo; hay una suerte de audiencia de parte – se “escucha” la petición de la ciudad; hay pedidos de informes y razonamientos que sirven para que la decisión resulte finalmente validada no tanto por el poder de la autoridad que la dicta, cuanto por la razón o la “justicia” que encierra la solución. Al igual que la sentencia de un juez, cuyo valor normativo deriva de su adecuación al derecho preexistente al conflicto, la norma general pretendida por el Cabildo de Córdoba debía pasar por un test deontológico de tipo sustancial. Una de las piezas

documentales del expediente obrado ante el Consejo de Indias es particularmente ilustrativa acerca de este “modo judicial” de producir el derecho. El primer dictamen del fiscal del Consejo de Indias, evacuado el 22 de septiembre de 1756, nos ofrece un singular punto de observación para ver cómo procede un letrado habituado a las tramitaciones de la corte y cómo su razonamiento construye un modo argumental de exquisita factura jurisdiccional¹¹.

Lo primero que hace el letrado es **fijar los hechos** que dan origen al expediente. Considera entonces los dichos del Cabildo de Córdoba según el cuál habían sido tan numerosas las muertes y heridas con armas blancas que las penas usuales se mostraban así insuficientes para frenar estos daños. Entre los hechos que expuso el cabildo de Córdoba, se detallan algunos especialmente graves, como las heridas y muertes de varios regidores y alcaldes del lugar, ocurridas a lo largo de los últimos diez años.

El segundo paso, es evaluar la **prueba de los hechos** : *antes de descender a la resolución de la gravísima materia de este expediente – dice – es necesario inquirir si son suficientes... los documentos de que se compone*. Sólo así se podrá examinar “*la Justicia, o injusticia, que contiene la instancia que hizo el cabildo secular de aquella ciudad a su gobernador*”. Atiéndase que para el fiscal del Consejo de Indias, “*la representación del cabildo, como la carta del gobernador en que se incluye, son unos instrumentos simples, que no merecen fe alguna en lo contencioso...*”. Ya aquí tenemos motivos para poner en cuestión la “estatalidad” de este escenario. El fiscal no trata a las autoridades de la ciudad como instituciones del Estado sino como representantes de un sujeto (corporativo) que comparece, a través del gobernador, ante la corte. Siguiendo con la valoración de la prueba, el fiscal hace una distinción: los documentos no hacen fe para lo *contencioso* pero tratándose de una providencia *gubernativa* bastará con la certeza o veracidad de lo dicho en las referidas cartas. El hecho de que estemos ante un modo judicial de legislar no quiere decir que no se concibieran diferencias operativas entre un proceso estrictamente judicial y un expediente destinado a producir una medida de gobierno, una providencia *gubernativa*.¹² El rigor formal en este caso era más laxo; no eran necesarias las rigurosas exigencias del sistema de pruebas legales¹³. Para la

¹¹ AGI, Charcas 210.

¹² Sobre la oposición contencioso – gubernativo, GARRIGA, 2002: 319-335.

¹³ Para el sistema de prueba legal, ALESSI PALAZZOLO, 1979. Para la tensión entre formalidad y eficacia procesal, véase ALONSO ROMERO, 2001:23-53

providencia *gubernativa*, sostiene el fiscal, basta con la *verosimilitud de los dichos*, sin importar la calidad del instrumento documental.

Aceptada la verosimilitud de los hechos, es el momento de buscar **los principios** que rigen la materia. Comparecen entonces los lugares comunes de un discurso que entremezcla elementos de corte retributivos con argumentos de prevención general: *la seguridad y quietud de los ciudadanos, la felicidad de la República*, evitar los males por el *horror al castigo*. Además se hace referencia a la relación que debe mediar entre la *malicia de los delitos* y la pena y la posibilidad de apartarse de esta relación “*si ya la experiencia hubiese hecho ver que la [pena] establecida con respecto a la calidad del delito no ha bastado para retraer los malos de que se abstuviesen de cometerlo*. El razonamiento se preocupa por dejar a salvo los principios de la *justicia distributiva* que exigen graduar en modo proporcional “*la pena con la culpa*”, alegando que también según aquella virtud el príncipe puede valerse, en casos extraordinarios, de medios “*irregulares*” para conservar en paz de sus vasallos, “*aumentado el castigo al paso que vaya creciendo la repetición de los excesos*”. En la cultura jurídica de la época, no estando vinculada la idea de castigo con la de un tratamiento socializante dirigido al individuo delincuente, sino más bien a una idea de defensa colectiva, la *frecuencia de la transgresión* en un determinado contexto social (y no sólo la reincidencia personal del reo) constituía en una buena razón para modificar las reglas ordinarias del castigo.¹⁴ Con estos argumentos, consideraba el fiscal que la extrema gravedad de la medida en cuestión se podía asumir “*sin ofensa ni violación de la Justicia distributiva*” y de un modo conforme con la “*razón y la equidad*”.

Fijados los hechos y reconocido los principios con sus excepciones, el razonamiento vuelve sobre el caso para inferir una **conclusión** que enlaza los principios de “*justicia*”, “*razón*” y “*equidad*”, con la solución pretendida. Así lo hace nuestro fiscal para sostener que “*no habiendo bastado en Córdoba del Tucumán la pena de azotes y vergüenza pública para que los indios, mestizos, mulatos y negros no llevasen armas cortas, con cuyo abuso han hecho y hacen tantas y tan alevosas muertes, sin respetar las personas que administran Justicia, es preciso que se aumente hasta la capital, para que horrorizados con el miedo de incurrir en ella se abstengan de estos excesos y logre aquel oprimido vecindario la quietud y sosiego interno que tanto necesita, siendo esta providencia tanto mas justa, cuanto es mayor la dificultad de conducir los reos de*

¹⁴ Por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, [1597], 1978, V, III, t. II, pp. 554-555.

semejante delito a los presidios que están distantes de aquella capital y de imponerles la pena de que sirvan en las minas por correr estas de cuenta de particulares".¹⁵ Se aprecia en la conclusión ese carácter "factual" del ordenamiento, es decir, esa sinergia entre los hechos y el derecho, entre las condiciones fácticas y las normas. La dificultad para conducir a los reos al presidio se convierte entonces en un nuevo argumento que se suma a los anteriores para reforzar la convicción de que se ha llegado a una conclusión justa y, como tal, válida. Por último, el fiscal hace una salvedad con respecto a la pretensión original de los capitulares cordobeses: que la norma no debía extenderse a los que usaran boleadoras "*así por no constar que con ellas se han hecho muertes ni heridas, como por no saberse qué instrumento sea este.*" El letrado de la corte no podía imaginar de qué clase de arma hablaban los capitulares de la más remota jurisdicción del imperio. Recordemos que según la doctrina jurídica, la ignorancia de los hechos podía dar lugar al vicio de la "obrepción" que, entre otras cosas, autorizaba a suplicar el cumplimiento de la norma, esto es, a "obedecer pero no cumplir" el mandato real¹⁶.

Ya sabemos que, luego de este dictamen, el expediente tramitado en el Consejo de Indias siguió su curso. Fue remitido a la Audiencia de Charcas y con la respuesta del tribunal se volvió a solicitar la opinión del fiscal, quien, de forma más escueta, aprobó la solución con las limitaciones que hemos adelantado. Los términos de su opinión fueron los que finalmente materializaron el enunciado que se pregonó en Córdoba y sirvió para justificar la pena impuesta a Atanasio Cruz.

Legislar y juzgar, como ejercicios de jurisdicción.

Una de las improntas más indelebles de nuestros esquemas actuales de organización institucional que se impone sobre la lectura del historiador, consiste en aquella que nos exige tratar de modo sustancialmente distinto las funciones de legislar y juzgar. A partir de su formulación por el pensamiento ilustrado, los juristas de la época liberal han operado una suerte de hipóstasis con el dogma de la separación de poderes, convirtiendo dichas categorías, originadas en un preciso marco histórico político, en elementos cuasi naturales cuya presencia debe verificarse en todo tiempo y lugar¹⁷. De este modo, cuando aquella separación no se da, se habla "concentración" o de "confusión" como adjetivos que se predicán necesariamente de un orden autoritario o

¹⁵ Todas las citas en AGI, Charcas 210 s/f.

¹⁶ TAU ANZOATEGUI, 1992: 69-143.

¹⁷ Cfr. MANNORI, 1997: 39-65.

“irracional”. Para aquel esquema – que sigue hoy vigente – , mientras el poder de legislar remite esencialmente a un acto de voluntad que *crea* el derecho, el poder de juzgar se refiere, en cambio, a una capacidad de adjudicación que se limita a *declarar*, ante una situación determinada, el derecho preexistente. Nuestro caso nos ha puesto, sin embargo, ante una praxis institucional que difícilmente encaja en este marco de categorías. Más que frente a una “confusión” o “concentración” de poderes, la praxis descrita refleja una concepción cualitativamente ajena (con relación al presente) del ejercicio del poder público.

Desde la historiografía crítica del derecho se ha insistido en la necesidad de reconstruir el orden de categorías que daban sentido a los actos de poder de esa cultura ajena, proponiendo un mapa conceptual no tan vinculado al presente y, en consecuencia, más adecuado para nuestra lectura de textos producidos en el pasado¹⁸. A través de una lectura densa de las fuentes doctrinarias del Ius Commune se ha buscado recomponer las piezas de una semántica que perduraría como sostén de la actividad institucional hasta los tiempos de las revoluciones liberales. En ese marco doctrinal, legislar y juzgar son concebidos como momentos de un mismo tipo de poder, definido por el concepto de Jurisdicción (*Jurisdictio*). El carácter nuclear de este concepto en la estructura semántica de aquel discurso ha llevado a dicha historiografía a acuñar la expresión “cultura jurisdiccional”, para identificar así este modo de estructurar y gestionar el poder. Según el lenguaje de entonces, quien tiene Jurisdicción tiene potestad para “declarar el derecho y establecer la equidad” tal como lo afirmaba una perenne definición medieval.

La definición valía tanto para la actividad de resolver conflictos entre partes – *declarando el derecho* – como para la de dictar preceptos generales – *estableciendo la equidad* –. La nota común de ambos modos de ejercer el poder, viene dada por carácter esencialmente hermenéutico con el que son pensadas ambas operaciones, puesto que tanto juzgar como legislar se entienden como actos de interpretación de un orden normativo naturalmente preexistente. Dicho orden no es otro que un vasto conjunto de prescripciones fundamentales derivadas de una particular lectura de la naturaleza firmemente inculcada en la conciencia colectiva a través de la socialización religiosa (derecho divino, derecho natural teológico). Todo acto de jurisdicción, una sentencia o una norma general, para ser legítimo, ha de ser “justo”, “honesto”, conforme a la “razón” y a la “equidad”. La posibilidad de adjudicarle estos adjetivos es lo que

¹⁸ Cfr. HESPANHA, 1996.

constituye el principal fundamento de validez de los actos de poder. La retórica de legitimación era la misma, ya fuera una ley, o una sentencia (*cuasi particularis lex*).¹⁹

Siendo así homologables las funciones, los dispositivos que disciplinan institucionalmente una y otra operación eran también asimilables. La propia estructura de este discurso jurídico, que antepone al poder humano una serie de campos prescriptivos no definidos convencionalmente (ruda equidad, ley divina, ley natural, leyes fundamentales que se dirán en época de absolutismo), impone necesariamente un modo de gestión de las decisiones en el que cobra vital importancia el trámite procesal. Con la precedencia de un ritual deliberativo, con audiencia de los afectados –no siempre contradictoria – se buscaba así asegurar la correspondencia entre el acto positivo y aquel orden trascendente, garantizando también una “verdad” que calificaba tanto los enunciados fácticos como el valor ético de la decisión. El rigor procesal favorecía una adecuada “*interpretatio*”²⁰ para que la decisión pudiera considerarse “justa”.

Estos principios operaban no sólo para lo que ya se podía distinguir como una “justicia judicial”, es decir, para el contencioso entre partes, sino que se imponían a cualquier actividad de las autoridades públicas, incluyendo el dictado de normas generales y aún aquellas actividades que hoy diríamos “administrativas”. La impronta procedimental, en mayor o menor medida, abarcaba así todo el espectro de decisiones que entraban dentro del amplio concepto de “justicia civil” o “Gobierno de la Justicia.”²¹

Ciertamente que la disciplina de las formalidades necesarias para una decisión no era la misma en todos los casos. Como lo hemos adelantado, la intensidad del rigor formal variaba de acuerdo con el objeto de la decisión, según se orientase la actividad a resolver un contencioso, a conceder una petición particular o a dictar una norma de carácter general. Si se trataba, por ejemplo, de una decisión tan soberana como la de modificar el distrito de una jurisdicción regia, se procedía previamente a escuchar a quienes podían resultar perjudicados, ya fueran los propios oficiales ejercientes del antiguo distrito, ya los súbditos que podían verse afectados en su acceso a la justicia del rey. La inobservancia de este tipo de deliberación daba lugar a una buena razón para

¹⁹ Cfr. COSTA, 1969; HESPANHA, 1993b; VALLEJO 1992. Una síntesis sobre los rasgos esenciales de la “cultura jurisdiccional” en AGÜERO, 2007a.

²⁰ Sobre el concepto de “*interpretatio*” en la doctrina bajomedieval, GROSSI, 1996: 168-179.

²¹ Sobre este concepto, CASTILLO DE BOVADILLA, [1597], 1978, II, II, t. 1, p. 225. Para el argumento, MANNORI, 1997.

impugnar la decisión por la vía contenciosa, cuando no para intentar una “legítima” resistencia a su cumplimiento. Al igual que la decisión judicial, una norma general podía ser impugnada por quienes se viesan afectados por la medida²² y tuviesen la capacidad social suficiente para mover el aparato de justicia.

Derecho Real, Derecho local

El caso que nos ha traído hasta aquí también nos pone ante otra dificultad teórica derivada de nuestras representaciones actuales. ¿Era este derecho penal un campo normativo de factura “estatal”, es decir, era referible sin más al poder soberano de la Monarquía absoluta? Los esquemas clasificatorios que solemos usar para distinguir entre “poder central y local”, también producen distorsiones cuando los aplicamos al mundo preliberal. No poco ha contribuido en esto la exagerada dimensión y consecuencias que se han adjudicado al proceso histórico de “centralización” del poder operado en los albores de los siglos modernos. Una vez que se ha puesto en crisis la propia imagen de la Monarquía moderna como “estado absoluto” y “centralizado”, la cuestión puede considerarse desde claves diferentes²³.

Volvamos a la pregunta ¿La Real Cédula de 1759 era derecho local o derecho real? Era, se podrá decir, la confirmación real de una norma local. ¿Respondía a las necesidades de la comunidad de Córdoba o a los intereses estatales de la Monarquía absoluta? Los testimonios que surgen de tramitación ante el Consejo de Indias nos inclinan hacia el primer elemento de la disyunción. ¿Cómo se puede leer el problema sin recurrir a nociones ajenas a los actores de entonces? De acuerdo con la doctrina de la época, se entendía que la ciudad, como sujeto político corporativo tenía potestad normativa para regular los aspectos de la vida cotidiana que le fueran necesarios. Los juristas explicaban esta praxis como una especie de reserva hecha por el pueblo (entiéndase, el de cada corporación política) en ese momento mítico fundacional de la jurisdicción al príncipe:

“Aunque el Pueblo Romano transfirió en el Príncipe la jurisdicción de hacer leyes, potestad del cuchillo, y elección de Magistrados, todavía reservò en sí la administración de otras cosas concernientes à otros menores gobiernos de la Republica, en los quales el Pueblo

²² Los dispositivos existían: TAU ANZOATEGUI, 1992: 69-143; para los bandos de gobierno, TAU ANZOATEGUI, 2004: 57.

²³ Véase por todos, HESPANHA, 1989

tiene mano, y poder, aunque subordinado, y expuesto à la censura del Principe y sus Tribunales, y Justicia".²⁴

Esta potestad se calificaba como "gobierno político y económico", es decir, como potestad cuasi "doméstica", según la cuál el gobierno de la ciudad (la política) se asemejaba al gobierno de una casa (a esto remite el adjetivo "económico" en su más puro sentido etimológico). Esta distinción permitía a los juristas reconocer un cúmulo de cuestiones en las que las ciudades podían actuar con plena autonomía, lo que naturalmente implicaba la capacidad de hacer ordenanzas vinculantes para su población. Una amplia variedad de cuestiones podían quedar incluidas en dichas ordenanzas: elecciones de oficios, provisiones de abastos, limpieza de calles, y en general, "*cuantas conduzcan al bien común de los pueblos dentro de los límites de una pura economía.*"²⁵

La imposición de normas con penas capitales se consideraba fuera de ese límite autónomo y por ello, para estos casos, no era suficiente el poder de "gobierno político y económico." Tal capacidad correspondía, en principio, sólo a la *jurisdicción alta*, es decir al *mero imperio*, atributo exclusivo de la *persona real*. Los juristas discutían si acaso los magistrados territoriales (como era el caso del gobernador), actuando en representación de la jurisdicción real, tenían competencia para imponer preceptos de esta índole y ante la duda optaban por reservar, salvo excepciones, esta facultad a la corona²⁶. Estos lugares comunes de la cultura jurídica llevaron quizás al gobernador Pestaña a remitir la representación de la ciudad de Córdoba al soberano. Sin embargo las posibilidades para la producción de normas penales dentro del ámbito municipal no quedaban en absoluto cerradas. Aquí también podía operar un principio atributivo de poder tan abierto como el de la *costumbre antigua*, o bien, considerarse subsanada la falta de jurisdicción por medio de la *confirmación regia*. La práctica castellana demuestra que no es posible delimitar la potestad estatutaria municipal por vía de un criterio material definitivo.²⁷ Ya fuera el propio cabildo en forma autónoma ya con la intervención de la jurisdicción real (por medio del gobernador o el justicia mayor) las ciudades americanas produjeron un cúmulo de normatividad punitiva, con o sin confirmación real²⁸.

²⁴ HEVIA BOLAÑOS, [1603], 1771: P. I, §1, n. 7, p. 3.

²⁵ SANTAYANA BUSTILLO, [1742], 1979: IV, § 2, p. 37.

²⁶ AGÜERO, 2005. Sobre "mero imperio", HESPANHA, 1993: 61-84

²⁷ Entre otros, CORRAL GARCÍA, 1998: 44. TAU ANZOÁTEGUI, 2004:54

²⁸ Cfr. AVILA MARTEL, 1941:23. BAYLE, 1952: 397-398; REIG SATORRES, 1995; TAU ANZOÁTEGUI, 2004: 54, 96-96

Los capitulares cordobeses, en tanto que su petición se tramitaba en el Consejo de Indias, habían recibido de la Audiencia de Charcas aquellas provisiones que el tribunal anunciaba en su informe a la Corte. En marzo de 1758, sobre la base de dichas provisiones, organizaron un grupo de 23 comisionados para aplicar las medidas contra la posesión de armas prohibidas. Las penalidades estipuladas por el cabildo no llegaban a la severidad pretendida en el expediente que pendía ante el Consejo, pero constituían auténtica normatividad penal. En consonancia la Audiencia, el cabildo disponía que *“ninguna persona de cualquiera estado calidad o condición que sea les permitan que carguen puñales cuchillos navajas con puntas, dagas, bolas, macanas ni armas de fuego a excepción de la correspondiente de las cavallerias en personas de distinción so la pena a los negros, mulatos, indios y mestizos, de doscientos azotes públicamente en un jumento y a los libres mas dos años de destierro a los presidios de las fronteras de esta jurisdicción y a los españoles cien pesos de multa aplicados por mitad real cámara de su Magestad y gastos de justicia y de dos años asi mismo de destierro unos y otros a los dichos presidios de estas fronteras que cumplirán inviolablemente so cargo de que se les duplicara la suso dicha pena a los que quebrantaren dicho destierro...”*. Los comisionados estaban autorizados para imponer la medida a quienes sorprendiesen en flagrante delito²⁹.

Entre provisiones de la Audiencia, bandos del gobernador, ordenanzas capitulares y cédulas reales se acumulaba una normatividad positiva, un derecho penal, que no era propiamente “estatal” ni “comunitario”; que no reflejaba necesariamente a una estrategia “centralizante” de la monarquía y que, aunque no fuera fruto de prácticas comunitarias ancestrales, proporcionaba a la dirigencia local unos instrumentos trabajosamente adquiridos en sede metropolitana para responder a necesidades propias de su contexto. Y todavía podemos avanzar un poco más en la complejidad de este “collage normativo”. Seguían operando en la cultura jurídica los argumentos que consagraban el carácter privilegiado del derecho consuetudinario, asimilado en cierto modo al derecho natural³⁰. Dichos argumentos, a contrario de lo que se suele creer, formaban parte del núcleo constitucional de la cultura jurídica del Ius Commune y no

²⁹ AHPC, Gobierno, Caja 4, carpeta 3, legajo 25.

³⁰ Véase el Proemio al Título II, Partida I, de ese monumento de Ius Commune en castellano que son las Siete Partidas.

fueron puestos en duda hasta los tiempos de la codificación³¹. Recordemos el conocido pasaje de uno de los más ilustres manuales jurídicos de la modernidad castellana:

*“...la costumbre tiene autoridad, y potestad de Principe y fuerça de ley.... la costumbre da y concede jurisdicion, aun al que no la tiene.... la costumbre municipal, y de la patria, se reputa por ley y haze callar las leyes, y rescriptos de los principes... siendo la costumbre inmemorial fundada en razon, aunque sea contra ley, es visto ser aprobada por el Rey, y se ha de observar assi, sin que sea necessaria mas noticia suya...”*³²

No era cultura que quedara encerrada en las bibliotecas. Lo los litigantes cordobeses del siglo XVIII, amparados por esta doctrina, podían sostener en pleito aquellas “verdades”, afirmando, por ejemplo, que *“la práctica según todos deroga leyes y haze ley y en la ley ultima de testamentis dize Bartolo que el juez que obra contra la practica, es, inicuo, y Jaso, con Silba dizen que quando la practica es notoria, la sentencia dada en contra es nulla...”*³³. Era sentido común de una cultura preceptiva que se transmitía por vía de aquellos textos jurídicos tan difundidos por entonces³⁴. El valor de la ley general se podía enfrentar abiertamente en el foro y afirmarse, como lo hacia otro litigante, que por *“derecho antiguo y nuevo de estos Reynos, [el rey] aprueba y declara la costumbre de las ciudades y lugares por ley especial y que esta es mas legitima quando [mas se?] opone al derecho positivo, a quien con fuerza de privilegio lo deroga, según derecho y común sentir de los doctores”*³⁵

Atiéndase a esta referencia al común *sentir de los doctores* o aquella a la “ley última” de un pasaje de Bartolo de Sassoferrato. “Ley” remite aquí a las palabras de los juristas. He aquí un nuevo factor de alteridad entre aquél mundo y el nuestro. Junto con las múltiples valencias normativas que la palabra “ley” podía tener, ésta última era una de las más prestigiosas. La tradición doctrinal tenía una capacidad normativa inimaginable en nuestros sistemas jurídicos y ello era así porque el derecho seguía siendo pensando, en última instancia, como un campo ontológico a indagar, antes que como un producto de la voluntad soberana. Por que esto era así, la ley enunciaba también un modo de “verdad”. Lo decía uno de los pleiteante mencionados, que

³¹ Interesa para su persistencia, CLAVERO, 1982: 59-60. Sobre la experiencia colonial, TAU ANZOÁTEGUI, 2001.

³² CASTILLO DE BOVADILLA, [1597], 1978, III, VIII, n. 194-196

³³ AHPC, Crimen, Legajo 5, expte. 5, año 1746, fs. 142r-v.

³⁴ Cfr. TAU ANZOATEGUI, 1989: 351-408.

³⁵ AHPC, Crimen, Legajo 17, expediente 3, 1762, s/f.

defendía su derecho a citar “leyes y autores” para que su caso se resolviera con la “*luz y claridad con que nuestros católicos monarcas en sus leyes procuran descubrir la verdad*”.³⁶

La ley real, como derecho impuesto por la Monarquía, tenía que hacerse un lugar en este amplio contexto de normatividad que no era posible ordenar por un criterio de jerarquía formal. La cultura jurídica seguía en esto la huella de sus patrones fundacionales de origen medieval.³⁷ La norma que hacía justicia al caso se definía por criterios exquisitamente sustanciales, con independencia de que se tratase de una real cédula, de una ley recopilada, de un bando del gobernador, de una ordenanza del cabildo, de una costumbre inmemorial, de la *común opinión* de los doctores, de un precepto de la biblia o de las palabras de un santo.³⁸ Ante un panorama semejante, difícilmente podremos nosotros ahora clasificar el mundo de normatividad y los múltiples efectos vinculantes de aquella cultura, en esa dicotomía conceptual basada en el alcance territorial de las autoridades políticas.

Ley, Derecho y Justicia

Frente a esta problematización del campo normativo, ¿cómo habremos de comprender la función institucional de los jueces? El caso que nos ha servido para iniciar estas reflexiones podría citarse para demostrar cómo los jueces coloniales al hacer justicia “aplicaban” la ley, más allá de la oscuridad semántica que pudiera afectar a este concepto. A Atanasio Cruz se le aplicó la ley, más allá de que ésta fuera real o local. Probablemente, la suerte de Atanasio estuviese unida a aquellas connotaciones extraordinarias que los hombres del cabildo de Córdoba adjudicaban a la situación que había rodeado el origen de la real cédula. Posiblemente estas circunstancias hicieran que el rigor del texto normativo se trasladara a la sentencia de modo directo en el caso de Cruz. Recordemos que el propio alcalde ordinario, de oficio, en una escueta diligencia sin mayor fundamentación, solicitó al escribano que incorporara el testimonio de la real cédula de 1759, como adelantando así su intención de obrar de modo ejemplarizante a través de este poderoso instrumento penal que la ciudad había conseguido de la monarquía.

³⁶ AHPC, Crimen, Legajo 5, expediente 5, 1746, f. 216 r.

³⁷ Cfr. PETIT y VALLEJO, 1994: 737-741.

³⁸ Cfr. CLAVERO, 1993-1994. Sobre la utilización de la biblia como texto normativo en los pleitos de la justicia secular cordobesa, AGÜERO, 2007.

A pesar de todo, estaríamos cayendo en una generalización poco acertada si tomásemos nuestro caso para construir una descripción acerca de cómo dichos magistrados comprendían su rol institucional. En primer lugar, los jueces (alcaldes capitulares, gobernadores u oidores) en tanto que titular de un grado de jurisdicción, tenían una serie de potestades que no se limitaban en absoluto a la función judicial. Cada uno representaba en su ámbito, y a modo, el “gobierno de la Justicia”, concepto que englobaba el sentido amplio del ejercicio de jurisdicción, como función de gobierno, representación (de la comunidad, de un territorio, del rey o de ambos a la vez) y conservación del orden. Por otra parte, ya dentro de la “justicia judicial”, la cultura jurídica ofrecía múltiples caminos para validar decisiones que se apartaban explícitamente de la “aplicación” normativa, tal como hoy la entendemos.

Bien conocido es el papel del *arbitrio* judicial, como modulador constante de la tarea de los magistrados. Por vía de *arbitrio*, los magistrados introducían innovaciones que, en los altos niveles jurisdiccionales conformaban un modo más de normatividad conocido como *estilo* judicial. Visto desde las razones internas de aquella cultura, era un elemento imprescindible para el funcionamiento institucional de la autoridad. Era una consecuencia directa del rechazo a la codificación del campo normativo. Los delitos no eran definiciones legislativas, sino más bien, como lo decía un práctico manual para escribanos, todo hecho “*que contra Leyes Divinas, o humanas, y en perjuicio de tercero se hizo.*”³⁹ No estando codificado el campo normativo, no existiendo obligación de fundamentar las sentencias, los magistrados no estaban más vinculados a un texto normativo que todo aquel campo difuso de prescripciones trascendentes que controlaban también, como hemos sugerido, la actividad de legislar. Por ello el arbitrio no se entendía como una delegación abierta a la voluntad del juez, sino como un desplazamiento del momento decisorio disciplinado también por la “justicia, la razón y la equidad”⁴⁰.

En función de este marco de posibilidades, los manuales jurídicos transmitían una serie de mensajes a los magistrados en los que el respeto a un orden de virtudes resultaba prioritario frente a la observancia de la ley⁴¹. Recordemos una vez más a Castillo de Bovadilla:

³⁹ FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, [1672] 1756, Lib. I, Cap. V, § 17, p. 27.

⁴⁰ MECCARELLI, 1998

⁴¹ Ejemplos de esto en AGÜERO, 2004.

“...las leyes no se hazen para quitar a los hombres las vidas, sino para extirpar los vicios de las Republicas: ...las leyes rigurosas no son mas que para espantar, y las piadosas para executar. Y la razon es, porque el Legislador consideró las condiciones del culpado, y puso dureza en las palabras de las leyes, para espantar a los malos con el horror de las penas: y así el juez no ha de tener tanto respeto a las palabras dellas, como al sentido, el qual con piadoso entendimiento ha de traer á mansedumbre...”⁴²

Los juristas eran consciente de que el rigor textual de las leyes tenía una funcionalidad *ad terrorem* que los jueces sólo en casos de extrema necesidad debían materializar en sus sentencias. Tal vez esta fuera la razón que guió el destino de Atanasio. Por el contrario, los textos aconsejaban a los jueces a actuar con moderación, templando el rigor de las leyes siempre que hubiese “justa causa” o proceder con “piedad” y “clemencia” porque era mejor, decían, “*pecar en la misericordia, y dar cuenta de ello, que del rigor...*”⁴³. Una infinidad de testimonios dan cuenta de la función de modulación que cumplían estas virtudes más sublimes que la justicia, como control del comportamiento de los magistrados.⁴⁴

Por mucho que en el XVIII la monarquía borbónica recurriera doctrinas voluntaristas del derecho, la cultura jurídica se mostraba fuertemente adherida a aquellos esquemas que limitaban notablemente los márgenes de acción institucional. Obsérvese, por poner un ejemplo que nos permite trazar alguna analogía con la real cédula que ganó el cabildo de Córdoba en 1759, cómo se analiza en un texto para jueces, de mediados del XVIII, una pragmática de Felipe III por la que se imponía pena de muerte y confiscación de bienes “al que en pendencia o riña sacase pistolete o arcabuz pequeño, o tirare, aunque no mate ni hiera...”⁴⁵. Frente a esta “ley real”, decía el autor – Lorenzo de Santayana y Bustillo oidor regio en la Audiencia de Zaragoza – que, dicha pragmática “*no ha tenido observancia, y a la verdad es excesivo a aquel delito este castigo...*”; y agregaba después: “*Creería que, o aquella Ley se promulgó ad terrorem, que vulgarmente decimos, como otras, o que debe referirse a la Ley de*

⁴² CASTILLO DE BOVADILLA, [1597], 1978, II, III, t. 1, p. 257.

⁴³ Idem, p. 258.

⁴⁴ Cfr. HESPAÑA, 1993c. Para Córdoba del Tucumán, AGÜERO, 2004.

⁴⁵ SANTAYANA BUSTILLO [1742], 1979: P. II, III, p. 195. Véase *N. Rec. [Nueva Recopilación de Castilla (1567), ed. facs. Madrid 1982] VIII. XXIII. 16. Pragmática de 2 de junio de 1618.*

Partida, por la que se impone pena de muerte al que en la Corte del Rey moviese pendencia o riña, si de ella se siguiese algún homicidio”.⁴⁶

Por vía de interpretación la pragmática quedaba así reconducida a una disposición medieval que se acercaba mejor a la proporción ideal que debía existir entre el delito y el castigo. En el fondo, no otra cosa significaba hacer justicia. Conservar un orden originario (e imaginario) de armonías y proporciones prefijadas. Cada acto de poder público (incluidos los de normatividad general o particular), en tanto que actos de jurisdicción, debían ser un reflejo de ese imaginario pre yacente. En última instancia, en el nivel profundo de convicciones que daban sentido a esta organización discursiva del poder, la religión imponía sus verdades para convertir al poder institucional por antonomasia, a la Justicia, en un poder orientando esencialmente a la conservación de aquel orden originario:

*“Así como Dios nuestro señor es principio medio y fin de todas las cosas, así también es infinitamente bueno, sabio y justo, y en la Escritura santa se llama Fuente y Sol de Justicia. Por eso dice nuestro Código Español de las Partidas, que después que Dios hizo por su gran saber todas las cosas, mantuvo á cada uno en su estado, mostrando en esto su gran bondad y Justicia, y en qué manera la deben mantener aquellos que la han de hacer en la tierra”*⁴⁷

La frase no pertenece a un manual de catequesis, sino a un manual de gobierno para los jueces “de los pueblos” y el texto aparece bajo un epígrafe que se titula: “*Donde se define la justicia*”. Por mucho que el discurso dieciochesco impusiese la expresión “Código Español”, el texto que se cita nada tiene de “código” en el sentido que había comenzado a adquirir esta expresión a finales del XVIII y que acabaría siendo el de hoy⁴⁸. Junto con las Partidas, el autor cita además, a pie de página, a Castillo de Bovadilla, estableciendo así un punto de apoyo más cercano a su tiempo para dar solidez a una doctrina que no por medieval dejaba de ser operativa. De acuerdo con aquella doctrina medieval “dar a cada uno lo suyo” podía significar mucho más de lo que nuestra perspectiva actual permite imaginar a simple vista. “Justicia” podía remitir a todas las relaciones que se ajustaban a la precomprensión armónica de la creación

⁴⁶ SANTAYANA BUSTILLO [1742], 1979: P. II, III, p. 196. La referencia a las partidas es a *Partidas* II. XVI. 3.

⁴⁷ GUARDIOLA Y SÁEZ, 1785: 1-2

⁴⁸ TARELLO, 1976.

inculcada por la socialización católica. Por ello, nuestro práctico jurista dice un poco más adelante que Justicia es también,

“maestra de la vida, estirpadora de los vicios, origen de la paz del estado, defensa de la Patria, inmunidad del vulgo, fortaleza de las gentes, medicina de los males, júbilo de los vasallos, templanza del ayre, serenidad del mar, fertilidad de la tierra, consuelo de los pobres, herencia de los hijos...” etc. etc⁴⁹.

Lo que hoy puede sonar a poética metáfora entonces podía tener pleno sentido de “verdad moral” en un texto escrito *“para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la mas recta administración de Justicia en ellos”*. A través de este discurso, las referencias últimas para decir sobre lo justo e injusto siempre podían buscarse más allá de la ley positiva y la determinación del derecho se desplazaba al momento de la interpretación. Se ha dicho por esto que estamos ante una justicia de “jueces y no de leyes”.⁵⁰ Una justicia que, como se habrá advertido, era algo muy diferente a la aplicación de la ley.

Epílogo y conclusiones.

Atanasio de la Cruz Garay fue ejecutado el 6 de febrero de 1777. Habían pasado poco más de cinco años desde que fuera condenado en primera instancia por el alcalde ordinario de Córdoba. Tal como lo dispuso la Real Cédula de 1759, respetando la cautelosa opinión del fiscal del Consejo, la sentencia fue consultada con la Audiencia de Charcas. La parsimonia jurisdiccional que había precedido la aprobación de la norma, tuvo su correlato contencioso en los largos trámites que insumió la consulta ante el regio tribunal. Otra vez el procedimiento en el centro de la escena. Una justicia que no reconoce límites de legalidad positiva, apoya su legitimación en la virtud de los magistrados y en el rigor procesal.

El procurador de pobres de la Audiencia objetó precisamente el procedimiento seguido en Córdoba. Detectó numerosas nulidades e instó al tribunal a que los autos fuesen devueltos para que el reo tuviese oportunidad de demostrar sus excepciones. El 19 de febrero de 1772, la Audiencia devolvió la causa a la justicia de Córdoba, exigiendo que se instruyese nuevamente respetando las formalidades del proceso. Casi dos años después, el 17 de diciembre de 1773, la causa regresó a Charcas. Esta vez el

⁴⁹ GUARDIOLA Y SÁEZ, 1785:19

⁵⁰ LORENTE, 2006

defensor intentó una estrategia sustantiva: alegó que no debía ejecutarse la pena capital y que sólo cabía una pena arbitraria, considerando la provocación de la víctima y el estado de embriaguez del reo, apoyando sus argumentos en la *opinión común de los doctores*. El 25 de junio de 1774 la Audiencia confirmó la sentencia de muerte. No hubo moderación ni clemencia para Atanasio. Sin embargo, hubo oportunidad para un nuevo giro procesal. El defensor de pobres suplicó la decisión de la Audiencia e insistiendo en sus razones volvió a reclamar una conmutación de la pena. Tras una nueva instancia contradictoria con el fiscal de la causa, el tribunal mantuvo su decisión, confirmando en revista la sentencia, el 8 de abril de 1775.

Mientras su causa se discutía en la Audiencia de Charcas, Atanasio había hecho fuga de la cárcel, huyendo hacia Cuyo, donde fue capturado y reconducido a su prisión por una comisión despachada desde Córdoba. El 4 de febrero de 1777 algún hombre culto accedió a escribir en nombre de María Rosa Garay, parda libre, madre de Atanasio, un escrito doctamente fundamentado en el se pedía al alcalde de Córdoba que se minorase la pena atendiendo a su estado de embriaguez. No fueron suficientes las citas a lo mejor de la doctrina castellana (Antonio Gómez y Gregorio López), para convencer al magistrado de que aún después de la sentencia definitiva se podía probar la inocencia del reo. La cuestión ya se había ventilado en la Audiencia y por lo tanto, respondió el alcalde, no ha lugar a dicha excepción. Dos días después la sentencia fue ejecutada.

Son insondables las razones últimas de la ejecución de Atanasio. Muchos ejemplos podríamos ofrecer de soluciones diversas a casos análogos y aún más graves. Aquella percepción colectiva que dio origen a una norma tan severa fue quizá también la causa que selló su destino. Pero el caso sólo ha sido una excusa para tocar algunos lugares comunes, algunas piezas discursivas que construían un mundo institucional ajeno. Junto a este caso, a simple vista susceptible de ser encuadrado en unos esquemas institucionales para nada complejo, el archivo guarda una infinita disparidad de soluciones, alimentada por las múltiples posibilidades argumentales que brindaban estas formas discursivas, renuentes a abstracciones normativas, a codificaciones cerradas o a concepciones voluntaristas del poder.

A nuestros ojos era aquella una sociedad estructuralmente injusta. Pero poco avanzaremos en el conocimiento de sus prácticas si no intentamos comprender cómo funcionaban internamente sus claves de legitimación discursiva y las creencias

fundamentales que le daban sentido. Ese modo jurisdiccional de ejercer el poder era una consecuencia de los condicionamientos culturales que subordinaban el discurso jurídico a las claves del imaginario religioso. El carácter trascendente del orden social y la concepción esencialmente corporativa de la sociedad eran postulados fundamentales de la cosmología cristiana que se imponían al derecho y que daban por resultado una configuración institucional esencialmente orientada hacia la conservación de aquel orden. Eso era en el fondo la justicia y de allí su carácter central en el cuadro de las categorías institucionales.

La ley, como acto de jurisdicción, también competía a la justicia y funcionaba como explicitación de aquellas “verdades” trascendentes. Sólo así, como reflejo de un orden normativo superior, era un factor de vinculación. Pero no lo era más que otros preceptos derivados de una tradición textual plurisecular. En el fondo, las normas operaban como fuente de legitimación de decisiones constantemente desplazadas – *arbitrium* mediante - hacia el momento específico de la determinación de los conflictos. La complejidad del campo de normatividad sustantiva debía resolverse en cada caso. Para ello debían mediar instancias de reflexión en donde los preceptos fundamentales fueran contrastados con los condicionamientos contextuales y las razones de oportunidad y conveniencia. De ahí la importancia de los procedimientos previos, que servían para vincular las razones con los hechos. Tanto para legislar como para juzgar, era necesario interpretar el orden y coherenciarlo con las necesidades circunstanciales de quienes tenían capacidad reconocida para expresarlas. No era este, por cierto, el caso de los esclavos.

Bibliografía

AGÜERO, A., 2004, “Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, *Revista de Historia del Derecho*, n. 32, Buenos Aires, pp. 33-81

AGÜERO, A., 2005, “Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana” en *Cuadernos de Historia Nro. 15*, Academia Nacional de Derecho, Córdoba, pp. 237-310.

AGÜERO, A., 2007a, “Las categorías de la cultura jurisdiccional”, en LORENTE, M. (coord.) *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid 2007.

AGÜERO, A., 2007b, “Las armas de la Iglesia”. Saber religioso y auxilio espiritual, en la justicia secular de Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII), en *Revista de la Junta Provincial de Historia*, Córdoba (en prensa)

ALONSO ROMERO, M. P., , 2001, “El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla”, en *Derecho y proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, pp. 23-53

ARCONDO, A., 1992, *El ocaso de una sociedad estamental. Córdoba entre 1700 y 1760*, Córdoba

LENMAN, B. and PARKER, G., 1980, “The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe” en V. A. C. GATRELL, B. LENMAN and G. PARKER (eds.), 1980, pp. 11-48.

GATRELL, V. A. C., LENMAN, B. and PARKER, G., (eds.), 1980, *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London

CLAVERO, B., 1982, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid

CLAVERO, B., 1993-1994, “<Beati dictum>: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden” en *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXIII-LXIV, pp. 7-148.

CORRAL GARCÍA, E., 1988, *Ordenanzas de los concejos castellanos. Formación, contenidos y manifestaciones (siglos XIII-XVIII)*, Burgos.

G. TARELLO, 1976, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna

GARRIGA, C. y LORENTE, M., 1997, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, p. 97-142

GARRIGA, C., 2002, “Gobierno”, en *Diccionario de términos sociales y políticos del siglo XIX*, Madrid, pp. 319-335.

GARRIGA, C., 2004, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *ISTOR: Revista de Historia Internacional*, Año IV, n. 16, pp. 13-44

GROSSI, P., 1996, *El orden jurídico medieval*, trad. F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Madrid.

GUARDIOLA Y SÁEZ, L., 1785, *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la mas recta administración de Justicia en ellos*, Madrid, pp. 1-2

HESPANHA, A. M., 1989, *Visperas del Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Madrid

HESPANHA, A. M., 1993a, "De Iustitia a Disciplina" en ÍD., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, pp. 203-273

HESPANHA, A. M., 1993b, "Representación dogmática y proyectos de poder" en ÍD., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, pp. 61-84

HESPANHA, A. M., 1993c, "La Economía de la Gracia" en ÍD., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, pp. 151-176.

HESPANHA, A. M., 1996, "Una nueva historia política e institucional", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, XLI, (octubre-diciembre), pp. 9-45.

HEVIA BOLAÑOS, J. DE, [1603], 1771, *Curia Philipica*, Madrid

LEVAGGI, A. (1978) "La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano" en *Revista de Historia del Derecho*, nº6, Buenos Aires 1978, pp. 45-73

LORENTE, M. (Coord.), 2006, *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*.

MANNORI, L., 1997, "Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime" en ROMANELLI, R. (a cura di) *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, pp. 39-65.

MARIULUZ URQUIJO, J. M. (1976) "La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares" en *Revista de Historia del Derecho*, n. 4, Buenos Aires 1976

MASSETTO, G. P. "Sentenza (diritto intermedio)", 1989, en *Enciclopedia del Diritto*, XLI, pp. 1200-1245

MECCARELLI, M., 1998, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano.

PETIT, C. y VALLEJO, J., 1994, "La categoria giuridica nella Europa del Medioevo", VV. AA., *Storia d'Europa, 3: Il Medioevo (secoli V-XV)*, Turín, pp. 737-741.

PIKE, R., 1983, *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison 1983

PUNTA, A. I., 1997, *Córdoba borbónica. Persistencias coloniales en tiempos de reformas (1750-1800)*, Córdoba

RUFER, M. (2001), "Violencia, resistencia y regulación social de las prácticas: una aproximación a la esclavitud desde el expediente judicial. Córdoba, fines del siglo XVIII" en *Cuadernos de Historia*, CIFFyH-UNC, n. 4, pp. 195-228.

SANTAYANA BUSTILLO, L. [1742], 1979, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*, Madrid

TAU ANZOATEGUI, V., 1989, “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano – indiano” en *Revista de Historia del Derecho*, n. 17, Buenos Aires, pp. 351-408.

TAU ANZOATEGUI, V., 1992, “La ley ‘se obedece pero no se cumple’. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho Indiano” en *La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, pp. 69-143.

WEISSER, M., 1989, *Criminalità e repressione nell’Europa Moderna*, trad. italiana de D. Panzieri, Bologna.

ALESSI PALAZZOLO, G. *Prova Legale e Pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

CASTILLO DE BOVADILLA, J. [1597], 1979, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra*, ed. facsimilar de la de Amberes 1704, Madrid

COSTA, P., 1969, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano

VALLEJO, J., 1992, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid

TAU ANZOÁTEGUI, V., 2004, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*, Buenos Aires.

AVILA MARTEL, A., 1941, *Esquema de Derecho Penal Indiano*, Santiago de Chile.

BAYLE, C., 1952, *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid

REIG SATORRES, J., 1995, “Normas penales en las ordenanzas de Quito y Guayaquil (siglo XVI)” en *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, México, pp. 1345-1368.

TAU ANZOÁTEGUI, 2001, *El poder de la costumbre*, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, G., [1672] 1756, *Práctica criminal...*, Madrid,