

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg16>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 16 (2010)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg16/277-279>

Rg **16** 2010 277–279

Sergio Angeli

Justicia penal

rativismo. De un lado, la ausencia de Estado corrió en paralelo a la ausencia de individuo, cuya moral fue siempre pública y colectiva (210): aun cuando las »luces hispánicas« evolucionaron, lo hicieron siempre dentro de los inex-pugnables límites de la cultura católica. De otro, la república fue incapaz de una representación constitucional autónoma, hasta el punto de que el patriotismo republicano se identificó con la emulación de los cuerpos y no con proyecto solidario alguno. Así de desarmados recibieron los novohispanos los que consideraron ataques a sus privilegios corporativos, o, mejor, las violaciones de sus »constituciones« por parte de la Monarquía, cuya expresión máxima fue, sin duda, la política de consolidación de los vales reales que afectaría por igual a todo el tejido corporativo, hasta el punto de que los pueblos indígenas fueron obligados a comprar las acciones del Banco de San Carlos con los sobrantes de

sus cajas de comunidad (282). En resumidas cuentas, la república católica no contaba con elementos suficientes para favorecer el pasaje hacia otra forma de organización política.

Y no contaba con ellos porque lo que nos ofrece *Entre Dieu et le Roi, la Republique* es la radiografía de un cuerpo cuyos órganos nos resultan completamente ajenos. Por más que nos empeñemos, no encontramos en él corazón, hígado ni pulmones, o, por mejor decir, no atisbamos ni la presencia de sujetos con entidad propia y moral e intereses económicos privados, ni la de una organización política que los contemple actuando en consecuencia. En definitiva, pocas dudas caben sobre que Annick Lemprière, dejando a un lado cualquier tipo de convención historiográfica, se ha *tomado en serio* las ajenas señales emitidas por una sociedad pretérita.

Marta Lorente Sariñena

Justicia penal*

La historiografía clásica impuso la idea de que el derecho penal era un aspecto esencial del llamado »Estado Moderno«. Para dicha corriente historiográfica, la consolidación de la Monarquía Absoluta fue de la mano de la implantación, a nivel territorial, de »la ley real«. Cuando había un obstáculo a la imposición del *ius puniendi* regio, se creía que el problema radicaba en las desviaciones al modelo original, que creaba los llamados localismos periféricos. El mismo Francisco Tomás y Valiente veía en aquel localismo el desvío al patrón establecido por la ley regia. El libro de Alejandro Agüero viene a renovar dichas miradas. La idea central es considerar que

»justicia y regimiento« deben pensarse como un cuerpo indiviso durante todo el Antiguo Régimen.

Inserto dentro de la Historia crítica del Derecho, el autor enfoca su investigación desde el punto de vista de la »determinación cultural del derecho«. Intenta, por tanto, recuperar el lenguaje utilizado por los sujetos que participaron en los procesos penales coloniales. La influencia de Antonio Manuel Hespanha y Bartolomé Clavero se verifica a lo largo del libro, sobre todo en la crítica al estatalismo historiográfico. Inspirado en dichos estudios, Agüero desmantela la centralización del poder real y el de su cuerpo

* ALEJANDRO AGÜERO, 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, 488 p., ISBN 978-84-259-1439-3

de funcionarios, recuperando el complejo sistema social basado en la agregación de distintas corporaciones.

Agüero se pregunta cómo pensar entonces el campo textual de la ley penal para la justicia de Córdoba del Tucumán. La respuesta que ensaya proviene, en principio, de las actas procesales de la justicia criminal cordobesa, examinando en ellas tanto la palabra de los jueces como de las partes involucradas. Intenta, por tanto, dar una respuesta centrada en los discursos y las prácticas del Antiguo Régimen, evitando el uso anacrónico de las categorías actuales de «justicia» y «ley» para aquel período histórico.

Con esto, el autor reafirma su pertenencia a un campo historiográfico que cuestiona la idea de concebir a la administración de justicia, del *Ancien Régime*, como una mera instancia de aplicación de la ley real. A lo largo del libro matiza estos enfoques, muy arraigados aún en los historiadores sociales o del derecho. Para Alejandro Agüero, la ley de la monarquía no fue el único campo normativo de la modernidad, hay que observar y comprender otras fuentes de normatividad que fueron utilizadas en la toma de decisiones judiciales. La «ley real» fue uno más de los componentes de aquel discurso judicial, no el único.

De manera particular, la firme convicción de un orden trascendente y religioso estuvo omnipresente en el discurso jurídico, tanto en Castilla como en las Indias. Por ello no hubo posibilidad cultural, a lo largo de todo el Antiguo Régimen y tampoco durante parte del siglo XIX, de codificación legal alguna. La tipificación normativa y la ley escrita, no fueron los únicos instrumentos con los que se juzgaba en la época moderna. Los nuevos abordajes que introduce el autor, derrumban la tradicional idea del «imperio de la ley» o «dentro de la ley todo» para los años

posteriores a la caída del Imperio español. El análisis de Agüero nos ayuda a interpretar, con nuevas herramientas conceptuales, la aplicación de la justicia en un momento histórico donde los «códigos legales» aún no se habían implementado.

La justicia secular, acotada al caso cordobés en este estudio, pero extensible también al resto del mundo hispanoamericano, tuvo como prioridad la conservación de los equilibrios sociales. Eran ellos reflejo del orden de la creación divina y daban, por tanto, el sentido religioso a la justicia. De aquella convicción resulta la imposibilidad de hallar, con carácter excluyente, dispositivos represivos seculares que dependieran únicamente de la voluntad legislativa. La «ley divina» tenía plena operatividad en las actuaciones criminales de la colonia y de la Península. Las «Sagradas Escrituras» fueron parte fundamental de la justicia municipal, y no por desconocimiento (como muchos historiadores sostienen o citan acriticamente) de la legislación regia. Al contrario, los jueces capitulares tuvieron pleno acceso a la literatura jurídica del *ius commune*, pero la teología y la Biblia reforzaban su actuación judicial en aquel mundo religioso.

Aquella sociedad devota que nos presenta Agüero, basaba la justicia penal en razonamientos que estaban inspirados en las virtudes cristianas, como la caridad y la piedad. El discurso del «amor» cristiano estuvo presente en los fallos de casi todos los tribunales municipales. El perdón real, la clemencia, la misericordia y la conmiseración fueron parte de la justicia criminal del Antiguo Régimen. La compasión del magistrado debía ser un reflejo de la indulgencia del soberano. Al entramado piadoso se le sumaron los lazos familiares y de amistad, que atravesaban las prácticas judiciales por entero. Los arreglos extrajudiciales no fueron ajenos a la

cultura jurídica de la época, ni mucho menos un desajuste del llamado »derecho estatal«, como varios autores sostenían. Por el contrario, la cultura jurídica de la modernidad estaba sustentada en una flexibilidad capaz de integrar numerosos campos normativos. La ductilidad del discurso jurídico fue la regla más que la excepción.

El autor insiste, y nosotros remarcamos, que estos componentes fueron parte de la cultura jurídica de la época moderna, donde la justicia no consistía en la aplicación autónoma de la ley, sino en *conservar el orden y mantener la paz* por sobre todo. Para ello los jueces debían cumplir con su oficio »*castigando y perdonando cuando conviene a la República*«.

Concluye el autor señalando que los magistrados capitulares no impusieron mecánicamente la ley regia. La jurisdicción criminal de Córdoba del Tucumán muestra cómo la garantía jurídica estaba más en la conciencia de los jueces que en las leyes del reino, por eso aquella fue más una *justicia de jueces* que de leyes. El alto grado de poder que tuvieron los magistrados coloniales

y peninsulares no era equivalente, agrega Agüero, a un poder discrecional absoluto. El límite estaba impuesto por el mismo orden trascendente. Por consiguiente, justicia y regimiento, sintetizaron un doble orden de representaciones, en el que la primera se decía siempre del rey, mientras que la segunda era propia del pueblo. La justicia, por tanto, no era sólo representación del príncipe, sino también de la República.

La obra de Alejandro Agüero, sustentada en una variada gama de fuentes judiciales coloniales y en un renovado marco historiográfico, complementa los estudios que el campo de la historia social y del derecho argentino poseían sobre dicha temática. Así como el libro de Francisco Tomás y Valiente, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, supo ser una cita obligada para los especialistas de la justicia penal de Antiguo Régimen, estamos convencidos que el texto reseñado se convertirá, ineludiblemente, en una obra de referencia para el estudio de la justicia penal americana.

Sergio Angeli

Juristas *On His Majesty's Service**

La gestación, impulso y desarrollo del Imperio español no fue sólo obra de los aguerridos *Tercios*, o de esforzados e impetuosos *curas* y *misioneros*, o de intrépidos *conquistadores* sin escrúpulos. El Imperio se defendía con las armas y con la fe, sí, pero también con las letras – lo mismo que se le atacaba también con ellas (y ahí está la *leyenda negra* para confirmarlo¹). Y dentro de los hombres de letras al servicio de Su Católica Majestad estaba por encima de

todos el estamento de los *letrados*, auténtica *militia civilis* del Imperio. Hombres curtidos en largos y a menudo penosos años de estudio de las leyes en las Universidades, y luego en diversos destinos administrativos o judiciales a lo largo y ancho de los vastos territorios que conformaban los dominios de la rama hispana de los Habsburgo, hasta alcanzar por fin la cúspide con la integración en alguno de los *Consejos* que constituían con el Rey el gobierno de la Monarquía

* ENRIQUE GARCÍA HERNÁN,
Consejero de ambos mundos.
Vida y obra de Juan de Solórzano
Pereira (1575-1655), Madrid:
Fundación Mapfre – Instituto
de Cultura 2007, 421 pp.,
ISBN 978-84-98440-56-0

1 Sobre ello, véase últimamente
JOSEPH PÉREZ, *La leyenda negra*
(traducción española de Carlos
Manzano), Madrid 2009.