

Alejandro Agüero

Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le CLEO, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Referencia electrónica

Alejandro Agüero, « Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, 2010, Puesto en línea el 23 marzo 2010. URL : <http://nuevomundo.revues.org/59352>

DOI : en cours d'attribution

Éditeur : EHESS

<http://nuevomundo.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://nuevomundo.revues.org/59352>

Document généré automatiquement le 05 mayo 2010.

© Todos los derechos reservados

Alejandro Agüero

Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX

Introducción

- 1 Hace tiempo que desde la historia del derecho se trabaja sobre la “persistencia” de la vieja tradición jurídica en la época del denominado “derecho patrio”. Tanto en el campo de lo que hoy llamamos “derecho privado” como en el de las instituciones político administrativas, se han indicado numerosos aspectos que delatan el peso del legado jurídico colonial durante la primera mitad del siglo XIX¹. En materia penal, a pesar del auspicioso tono de algunos discursos revolucionarios, se ha señalado el carácter “estático” de la legislación y la reluctancia, de las dirigencias patrias a asumir el ideario ilustrado en el ámbito del castigo institucionalizado².
- 2 Cuando se mira la historia latinoamericana con un lente menos sensible a los cambios formales del ordenamiento, las evidencias no ya de persistencias sino de continuidad resultan tan ostensibles que hasta se ha sugerido, en función de ellas, una revisión de los marcos temporales para considerar que el siglo que transcurre entre la segunda mitad del XVIII y la primera del XIX puede conformar una gran unidad cronológica más adecuada para comprender, sin imposiciones retrospectivas, la propia dinámica de transición desatada tras la caída del imperio atlántico³. Aunque numerosas investigaciones vienen asumiendo ese enfoque con resultados esclarecedores⁴, para el análisis histórico jurídico resulta más difícil dejar de considerar el momento de la ruptura del orden colonial como un punto de inflexión entre dos períodos diferentes. Desde la historia política se ha señalado que a pesar de las diversas formas de continuidad, la independencia marcaría un “political break” con cambios “legales e institucionales” que exigirían un tratamiento diferenciado.⁵
- 3 Si por un lado los signos de continuidad son evidentes, no se puede negar que los procesos de emancipación ponen en marcha una nueva forma de acción política y generan una serie de textos jurídicos que llevan la impronta de un nuevo lenguaje. Esta situación paradójica se manifiesta en la denunciada brecha entre las formulaciones normativas que se promulgan desde los nuevos gobiernos y las prácticas sociales e institucionales que se muestran aferradas a la tradición y que convierten en “papel mojado” la mayor parte de las nuevas leyes. El contraste señalado por Guerra entre la “modernidad de las referencias teóricas de las élites” y “el arcaísmo social” en Hispanoamérica podría ayudar explicar aquella distancia entre el discurso normativo y la praxis social e institucional⁶.
- 4 Aun así cabe preguntarse si esa distancia no resulta, en ciertos contextos, sobredimensionada por una lectura demasiado formal de los textos jurídicos, y si es posible, y en qué términos, plantear una continuidad jurídica más allá de las enunciaciones normativas innovadoras producidas por los primeros gobiernos patrios. En las páginas siguientes intento abordar parcialmente estos interrogantes tomando como campo de observación la práctica de la justicia criminal de Córdoba durante la primera mitad del siglo XIX. Me valdré de testimonios del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (fondo crimen) con fines puramente analíticos, tratando de mostrar algunas formas de continuidad del lenguaje y razonamiento jurídico que, entiendo, pueden servir para formular estándares aplicables a otros contextos similares. Como paso previo, procuraré señalar algunas dificultades que entraña la utilización de determinadas

categorías para describir el lenguaje y prácticas institucionales del período, particularmente aquellas que redundan sobre los criterios para discernir entre innovaciones y consolidación de tradiciones.

Lenguaje institucional en el período de transición

- 5 Un problema que, pese a su notoriedad, suele pasarse por alto cuando se analizan textos jurídicos del período de transición radica en no advertir que los términos que hacen referencia a objetos institucionales no siempre remiten a las condiciones de uso que la teoría jurídica actual les asigna⁷. Incluso ocurre que muchos significados se manifiestan todavía determinados por la vieja cultura jurídica, mostrando así la adherencia ideológica de los productores de esos textos a las convicciones que daban sentido al viejo orden jurídico. Tomemos como ejemplo un concepto nuclear para la comprensión de cualquier texto jurídico de la época: el concepto de “ley”.
- 6 En la tradición jurídica pre liberal, el concepto de ley no se define por criterios formales de validez (i.e. por una autoridad, o por un proceso de producción específicos) y, por lo tanto, remite genéricamente a preceptos sustantivos de la tradición que permiten calificar, bajo ciertas circunstancias, como “justa” una decisión institucional. El campo de referencia para esta determinación es de una amplitud y flexibilidad extraordinarias puesto que incluye, sin necesidad de reenvíos, todo el saber preceptivo de la religión, de la doctrina teológica y jurídica (que explicitan campos de alto poder vinculante como el derecho divino, el derecho natural y el derecho común); toda la normatividad positiva acumulada durante siglos y producida por autoridades de los más diversos rangos (desde el monarca hasta los cabildos); las “costumbres de la patria” que formaban el patrimonio autorregulativo de cada lugar, etc. Todos estos elementos se ponían en juego en un marco de decisión en el que, además, se admitían válidamente enunciados relativos a las condiciones de oportunidad y conveniencia derivados del caso y su contexto. En atención a esta forma de configuración de la cultura jurídica de antiguo régimen, se ha dicho que se trata de una justicia de “jueces” y no de “leyes”. Un orden institucional que, por sus condicionamientos culturales no se construye sobre un sistema de legislación general y abstracta, sino sobre la capacidad y prudencia de sus autoridades para producir decisiones “justas”. A su vez, el poder de esas autoridades se define a través de un concepto, *iurisdictio*, que cifra en los “magistrados” el modelo de legitimación de cualquier autoridad institucional. La semántica que impone esta tradición jurídica no se puede alterar si no se cambian sus fundamentos, tales como el lugar asignado a la religión y la ontología organicista de la sociedad⁸.
- 7 Mirados desde esta perspectiva, los textos normativos promulgados desde la revolución de mayo muestran muy pocos elementos que pudieran indicar una voluntad de cambio significativo. Una y otra vez se repite un principio según el cual se conserva intacta la “jurisdicción” de los jueces ordinarios⁹ o bien, ya avanzada la revolución, se afirma que “*La Administración de Justicia, seguirá los mismos principios, orden y método que hasta ahora se han observado según las leyes*”.¹⁰ Pero ¿qué se entiende por “leyes” en esos textos legislativos? Una primera aproximación al articulado del Estatuto de 1815 y al Reglamento de 1817 parecen darnos a entender que sus autores han asumido lo que significa la garantía del principio de legalidad de inspiración francesa: “*Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara, y expresamente, ni privado de lo que ella del mismo modo no prohíbe.*” (Secc. 7ª, Cap. 1, art. 2, 1815 y 1817). Incluso se recepta una de sus consecuencias en materia penal: “*El crimen es sólo la infracción de la Ley que está en entera observancia y vigor...*” (Ibíd., art. 3). Más aún, la garantía de legalidad se proclamaba contra el tradicional poder de los jueces: “*Toda sentencia en causas criminales, para que se reputé válida, ha de ser pronunciada por el texto expreso de la Ley...*” (Secc. 7ª, Cap. 1, art. 5 en 1815 y Secc. 4ª, Cap. 3, art. 13 en 1817). Sin embargo, a diferencia de los textos de la revolución francesa, en

ninguno de estos se incluye una norma que establezca qué debe entenderse por “ley”¹¹. ¿Cuál era entonces el concepto pre-constituido de “ley” que operaba detrás de aquellas innovadoras formulaciones? Fiel al imaginario de la antigua cultura jurisdiccional, el texto de 1815, a los fines de hacer operativa la garantía de legalidad penal antes mencionada, declaraba: *“Todos los Mandamientos, Ordenes, Decretos, o Acuerdos, que en uso legítimo de su autoridad expidan los Magistrados, como el Director del Estado, la Cámara de Apelaciones, Gobernadores Intendentes de Provincia, y Tenientes Gobernadores para el buen orden de los Pueblos, y dirección de los negocios de su Instituto, deberán ser por escrito, expresando con claridad la pena en que incurran los infractores.”*

8 Qué posibilidad tenía de hacerse efectiva una garantía de legalidad con esta noción de “ley” en la que resultaban asimilados y equivalentes los “mandamientos”, las “órdenes”, los “decretos”, los “acuerdos” y bajo un modelo de autoridad pública representado por un concepto de “magistrado” en el que resultaban igualmente incluidos y equiparados como productores de legalidad penal el “Director del Estado”, la “Cámara de Apelación”, el “Gobernador Intendente”, los “Teniente de Gobernador”, etc. El texto nos muestra la manifiesta persistencia del paradigma jurisdiccional, es decir, de un orden cultural donde las categorías que legitiman los actos de poder se organizan a partir del modelo del juez, con la consecuente imposibilidad de pensar en una efectiva “división de poderes”, ni mucho menos en un primado de la ley¹². En sintonía más explícita aún con dicho paradigma, el texto de 1817 reemplazó el último artículo citado para colocar después de aquél referido a la legalidad de las sentencias criminales – que se mantuvo en idénticos términos –, este otro: *“No se entiende por esto derogadas las leyes, que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos; ni restablecida la observancia de aquellas otras, que por atroces e inhumanas ha proscripto o moderado la práctica de los Tribunales superiores.”* Cualquier jurista castellano del siglo XVII podría haber redactado esta norma en idénticos términos. En este mismo cuerpo normativo, como se sabe, se declaraba vigentes, hasta que la futura Constitución determinara otra cosa, *“todos los Codigos legislativos, Cédulas, Reglamentos y demás disposiciones generales, y particulares del antiguo Gobierno Español...”*, siempre que no fuesen contrarios a *“la libertad é independencia de estas Provincias...”* (Secc. 2ª, Cap. 1, art. 2). El criterio primordial que servía para depurar el material normativo del orden colonial no venía dado por una nueva concepción del derecho, de la justicia, o de los sujetos de derecho, sino por la protección de una antigua libertad corporativa, *“la independencia de las Provincias”*.

9 Cuando se describe la práctica sin elucidar estas matrices conceptuales, se corre el riesgo de incurrir, en mi opinión, en ciertas formas de anfibiología. Cabe preguntarse, por ejemplo, qué sentido tiene hablar del “Imperio de la ley” para describir una práctica de justicia que incluía una “alta dosis de indeterminación” o en la que se pueden constatar numerosos casos en los que los jueces “aplicaban sus propios criterios para punir”¹³. Qué se quiere decir cuando se afirma que un sistema así estaba “fundado” en la “ley” o que presentaba algunos atributos “bien modernos” y “republicanos” como “la predictibilidad y visibilidad de la pena, el principio de igualdad ante la ley...”¹⁴. El problema no puede resolverse recurriendo a una noción tan amplia de ley (“entendida como el conjunto de dispositivos jurídicos, policiales y punitivos”)¹⁵ que nada tiene que ver con el concepto “moderno” y “republicano” de ley y con sus principios derivados como el de legalidad o el de igualdad ante la ley que surgieron, precisamente, como herramientas destinadas, entre otras cosas, a reducir los márgenes de discrecionalidad judicial que ofrecía la cultura de antiguo régimen. Esto no quiere decir que el poder en aquel contexto social careciera de legitimidad, o que no se diera alguna clase de “confianza en la justicia”. Pero ¿acaso los textos patrios no muestran esa misma confianza en la justicia colonial cuando sostienen que “no hay motivos” para “ampliar o restringir la jurisdicción de los jueces

ordinarios” o que la administración de justicia seguirá los mismos principios y métodos que hasta entonces?

10 Por otra parte, creo en materia penal sigue operando, pese al giro foucaultiano, la impronta evolutiva que caracterizó buena parte del relato sobre la génesis del derecho penal liberal. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se presupone una “inspiración humanitaria” en la legislación revolucionaria¹⁶, o se consideran como novedades algunas declaraciones de garantía que no hacían más que reformular viejos principios de la práctica tradicional¹⁷, o cuando equipara a los “principios liberales” el argumento de un pleiteante esgrimido en Buenos Aires en 1813 según el cual las pruebas para condenar “*deben ser como la luz del mediodía, porque es más justo y santo que el culpado quede sin castigo, que el inocente condenado*”¹⁸. Aunque la tradicional imagen “feroz” del derecho penal de antiguo régimen viene siendo revisada, se suele olvidar que muchos principios adjudicados a la irrupción del pensamiento ilustrado ya encontraban su formulación en la tradición romano-canónica¹⁹. ¿Cómo calificar entonces la presencia de este tipo de enunciados en testimonios judiciales del contexto de transición para discernir si estamos ante estrategias novedosas o ante usos de argumentos tradicionales? ¿Se trataba de un mero problema de eficacia de las buenas viejas leyes, como solían afirmar algunas voces críticas de la época?²⁰

11 Para abordar el problema del orden jurídico en transición, desde la historia crítica del derecho se ha sugerido utilizar la distinción analítica entre norma (como significado) y formulación de norma (como significante): “una norma es una formulación normativa interpretada por los llamados a cumplirla”. Como regla de conducta, la norma no existe con independencia de la labor hermenéutica de quien se encuentra llamado a cumplirla²¹. De este modo, muchas innovaciones del derecho penal liberal radican exclusivamente en la forma de lectura que adquirieron, según el contexto, los enunciados tradicionales. Por el contrario, en el periodo de transición podremos encontrarnos también con formulaciones novedosas que, sin embargo, son leídas en función de la cultura tradicional. En este caso estaremos ante situaciones de continuidad implícita y es un fenómeno que explica la nula eficacia de los textos patrios de la primera mitad del XIX que hablan de derechos individuales en el marco de una cultura que, arraigada a un imaginario corporativo, oblitera la posibilidad de asumir una noción abstracta de individuo como centro de la axiología jurídica y de crear, en consecuencia, dispositivos institucionales eficaces para asegurar su vigencia. En el siguiente punto analizaremos tres ejemplos, tomados de la justicia criminal ordinaria de Córdoba, en los que, de alguna manera, la cultura que condiciona la visión de los participantes puede neutralizar innovaciones o reconducir a una lectura tradicional lo que podía significar un verdadero cambio.

Formas de continuidad en la justicia criminal de Córdoba, primera mitad del XIX.

Lectura objetiva de normas de garantía

12 Como hemos dicho, la presencia de ciertos enunciados normativos de garantía no es suficiente para señalar innovaciones puesto que, a pesar del usual desconocimiento, muchas de ellas reconocen un largo historial de formulaciones en el derecho romano canónico. Ahora bien, en qué consiste la diferencia de lectura. Para el derecho liberal las normas de garantía se ordenan para proteger derechos subjetivos, para evitar que un ciudadano se vea afectado por una decisión arbitraria de un poder del estado. En la cultura jurídica de antiguo régimen, sin embargo, tal subjetividad humana individual dotada de derechos no es operativa. Las normas de garantía se disponen y se leen en sentido puramente objetivo. Imponen una regla objetiva al juez sobre cómo se debe hacer justicia. Se trata de un esquema de garantía de inspiración religiosa que, en todo caso, propende más a salvaguardar la conciencia (el alma) del juez que a proteger unos inimaginables derechos individuales del reo. Basta una rápida lectura de

los manuales doctrinarios y las prácticas procesales para advertir que la consecuencia más grave de la inobservancia por parte del juez de alguna de esas normas tiene que ver con su condena eterna, amén de otras posibles penalidades seculares. Por otra parte, la fuerte impronta corporativa que caracteriza a esa cultura permite recurrir, sin contradicción, a argumentos de defensa del orden colectivo que autorizan, en ciertas circunstancias, a proceder en contra del orden del derecho. Por ejemplo, una práctica criminal hispana de principios del XIX, tratando del *in dubio pro reo* y del uso del tormento, sostenía que “*aquella regla de derecho, que en caso de duda ha de resolverse la causa á favor de la impunidad, cesa quando está interesada toda la Republica en que el delito no quede sin castigo*”²². Un razonamiento como este ya no estará autorizado en el derecho penal liberal y ahí radica la innovación, aunque en una y otra cultura la formulación - *in dubio pro reo*- sea la misma.

13 Un testimonio de la práctica judicial nos ayuda a ilustrar cómo una lectura objetiva puede neutralizar el efecto subjetivo de un enunciado de garantía. Se trata de la interpretación de un artículo de la Constitución de Córdoba de 1821 (tomado del Reglamento Provisorio de 1817), dispuesto para salvaguardar los derechos del reo. Para comprender el caso, recordemos antes que una de las formas más comunes de cerrar una causa criminal en tiempos coloniales consistía en dar por pena la prisión que el reo había sufrido durante el proceso²³. Aunque se trataba de un modo “indulgente” de resolver una causa, esta forma de penalidad se sostenía en criterios tan antiguos como la prudente discreción del juez y el sentido purgativo del padecimiento, conformando así un mecanismo antagónico con el ideario de una justicia penal liberal. Según lo que hemos podido observar en el archivo, esta costumbre persiste en Córdoba durante la primera mitad del siglo XIX. En un caso, sin embargo, se hizo manifiesta la contradicción de considerar la prisión preventiva como pena. Pero veamos con qué sentido.

14 En 1822 un joven Dalmacio Vélez oficiando como defensor alegaba en segunda instancia, ante el gobernador, diciendo que no había méritos suficientes para la pena de doscientos azotes impuesta por el juez ordinario y que, además, el reo ya había purgado su culpa con los ocho meses de cárcel que había sufrido durante el proceso. El fiscal, además de considerar que la pena se ajustaba a las leyes de la Recopilación de Castilla, que citaba con toda precisión, dijo con respecto al alegato del defensor que la prisión procesal “*jamás se debe considerar como una pena*”, invocando como fundamento el “*art. 11 cap. 21 Sec. 8 del Reglamento de la Provincia*” que “*bien terminantemente declara que las cárceles se tienen como un lugar de seguridad y no como un castigo*”, exigiendo por lo tanto que el gobernador confirmara la sentencia de azotes²⁴. Efectivamente, aquella norma constitucional sostenía ese principio y castigaba el maltrato innecesario de los reos. La formulación no era en absoluto novedosa, aunque como tal fue incluida en numerosos textos constitucionales de la época²⁵. Pero la lectura objetiva del fiscal modificaba por completo el sentido normativo del texto, convirtiéndolo en un argumento punitivo más. Su argumento tuvo éxito en este caso, y la sentencia de azotes fue confirmada por el gobernador²⁶. Aunque la prisión procesal siguió teniendo ese tradicional efecto purgativo en muchos procesos subsecuentes, el caso comentado ejemplifica muy bien las consecuencias de aquella lectura objetiva, tradicional, de normas que todavía no eran leídas en función de garantías subjetivas. Desde esta última perspectiva una norma de esa índole jamás podría ser invocada para empeorar la situación del reo.

Uso de nuevas autoridades doctrinales para afirmar normas tradicionales

15 Otra forma de continuidad vinculada con formulaciones normativas antiguas que también suele dar lugar a equívocos interpretativos pasa por la utilización, en el contexto de transición, de nuevas autoridades doctrinales para reafirmar normas de la tradición anterior. Muchas veces suele rastrearse la presencia de un determinado autor para seguir la “pista” de las nuevas corrientes ideológicas. Parece razonable que la presencia de una determinada obra

es, al menos, un indicio de contacto con una nueva corriente de pensamiento. Pero podemos preguntarnos qué argumentos se extraían de ellas a la hora de la discusión forense. Aunque resultan un número insignificante si se lo compara con el de las citas a la doctrina tradicional (Antonio Gómez, Gregorio López, Hevia Bolaños, Villanova y Mañes, Elizondo y Marcos Gutiérrez), a lo largo de la primera mitad del XIX se pueden ver en los procesos de la justicia cordobesa algunas citas a los “nuevos filósofos”, como Montesquieu, Beccaria o Filangieri. Indudablemente son nombres que han adquirido difusa autoridad y eso les convierte en herramienta de persuasión en determinadas circunstancias. Ello no significa, sin embargo, que la doctrina que de ellos se tome sea necesariamente novedosa.

16 Una querrela por injurias al gobernador, en los estertores del régimen del caudillo López (1850) nos sirve para ver cómo autoridades modernas y antiguas comparecían en un discurso sincrético en el que las primeras no necesariamente se invocaban para argumentar una novedad. El defensor citaba, por ejemplo, al “*humanista Beccaria*”, para sostener que era necesario que hubiese más de un testigo para condenar. Como bien se sabe, esta norma constituía un axioma del derecho procesal romano canónico derivado directamente de la Biblia (Deuteronomio cap. 17, vers. 6 y cap. 19, vers. 15; San Mateo cap. 18, vers. 16), a cuyo texto solían recurrir los pleiteantes en tiempo colonial²⁷. Las referencias a Beccaria y a Montesquieu, aparecían en aquel escrito reforzadas, unas líneas más abajo, por la voz de autoridades más tradicionales como *Plinio* y “*un rescripto de los emperadores Teodosio, Arcadio y Honorio a Rufino prefecto del pretorio, puesto en el Código [de Justiniano]*”, para recordar la benevolencia con que los emperadores debían mirar a los que hablaban mal del gobierno²⁸.

17 En medio de ese sincretismo doctrinal, dominado por la pesada inercia del antiguo aparato erudito, aparecía citado, en otro proceso de la misma época, Filangieri, para fundamentar la necesidad de un castigo ejemplar a unos criados que intentaron matar a traición a su patrón. Según la acusación del fiscal, “*cuando los humanistas y publicistas empeñosamente abogan en favor de la abolición de la pena de muerte, entre los delitos muy pocos que exceptúan es el delito que se persigue contra los criminales Díaz y Salinas;...el sabio Filangieri, dice: que para que este crimen sea compuesto debidamente castigado y los hombres inmorales y sanguinarios aprovechen de este horrible ejemplar... la sangre del criminal alevoso debe derramarse sobre la sangre del inocente que todavía humea*”²⁹. Más allá de la conocida postura moderada sobre la pena de muerte del filósofo napolitano, no parece que el argumento del fiscal tuviera inspiración en su doctrina³⁰. Por suerte para los reos, la invocación a Filangieri no tuvo el efecto buscado por el fiscal. El juez tomó en consideración una pragmática de 1734 y condenó a los reos a la pena de “*seis años de servicio en la frontera a ración y sin sueldo... previa consulta al gobernador*”. Como se podrá advertir la decisión tiene todas las connotaciones propias de una sentencia penal de antiguo régimen.

Interpretación de las innovaciones como efecto de la dinámica del orden antiguo. La resistencia ideológica.

18 Desde finales del XVIII, la abolición del tormento en Europa vino a constituir uno de los símbolos más representativos de la nueva justicia penal. La prohibición del uso del tormento judicial puede considerarse una auténtica innovación que no reconoce formulaciones normativas precedentes en la tradición castellano indiana³¹. Pese al alto valor simbólico que en su momento se adjudicó a dicha norma, los estudios que se han podido hacer sobre archivos judiciales parecen señalar que hacia finales del antiguo régimen los tribunales rara vez recurrían al tormento, habiendo sido desplazado en la teoría procesal por las posibilidades probatorias menos exigentes estimuladas por el uso de las llamadas “*penas extraordinarias*”³².

19 Como es sabido, el 13 de mayo de 1813, la Asamblea general que regía los destinos del Rfo de la Plata ordenó “*la prohibición del detestable uso de los tormentos, adoptados por una tirana*

legislación...” disponiendo que, en consecuencia, fuesen “*inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo... los instrumentos destinados a este efecto*”³³. Si miramos toda la normativa producida durante la primera mitad del XIX en los territorios del antiguo virreinato rioplatense, no caben dudas de que la abolición del tormento fue la innovación más importante en materia de justicia penal. Sin embargo, algunos testimonios parecen reflejar que dicho cambio podía ser leído en términos de un ajuste normal derivado del desuso en que habría caído la institución de la tortura.

20 En 1822 se siguió en Córdoba una causa criminal contra un esclavo que había sido sorprendido en la calle con unos pañuelos robados en una tienda de la ciudad. Según las actas del proceso el esclavo Clemente Asís había sido sometido a una declaración verbal antes de dar su confesión. Con estos elementos, más las declaraciones de unos cuantos testigos, se dio vista al fiscal para que pusiera acusación. El fiscal argumentó entonces que a pesar de las pruebas y testimonios que tenía en su contra, el reo se había mostrado “*negativo*” y “*vario*”. Por ello pidió que para que los cómplices del robo no ganasen más tiempo y evitar más perjuicios a la vindicta pública se sirviese el juzgado “*contener la indómita contumacia y desreglado manejo del reo apremiándole por medio de una indagación aflictiva eficaz, que al peso irresistible de la corrección confesase de plano no solo su crimen sino que asignase los demás cómplices que contribuyeron al robo...*”. Es poco plausible que Roque Funes, notable letrado local, desconociera el célebre precepto de 1813. Aunque no utiliza el término técnico, su argumento responde sin dudas a la teoría tradicional del tormento. La forma elíptica en que se refiere a la tortura es quizás un indicativo de su conocimiento de aquella prohibición. Antes de cerrar su vista, agregó que “*un hombre de tan degradantes qualidades y a quien se le encuentra con parte del robo debía purificarse del cargo que contra él resulta al menos con algunas inducciones que pudiesen inclinar a su favor la prudencia del tribunal...*”³⁴. Como se puede ver, con ese mismo lenguaje elíptico, su argumento pone de manifiesto su adhesión, no a una institución que ya no podía invocar por su nombre, sino a los patrones culturales dentro de los cuáles la tortura era un remedio básicamente dirigido a personas “viles” y con efecto “purgativo”, es decir, con virtualidad para limpiar, a través del dolor, las sospechas que habían llevado al reo ante el juez³⁵.

21 Pero si era posible todavía esgrimir un pedido de tortura a pesar de la enfática norma que había prohibido su utilización, la respuesta que dio el defensor demuestra que el rechazo a la pretensión del fiscal podía también prescindir de esa ley de la soberana Asamblea, mediante la invocación a una figura tan propia de la cultura de antiguo régimen como era la de la derogación por la costumbre. En su argumento, el defensor comenzó recordando la función del tormento, para señalar luego que era una práctica que había caído en desuso. Estas fueron sus palabras: “*Tan solo por ser esclavo Clemente en el sentir de algunos jurisconsultos debe ser azotado en el estado actual de la causa; mas este era un resultado de las leyes que prescribían los tormentos, y estas leyes y estas prácticas y estas costumbres barbarás in disuetudinem abiierunt*” (sic)³⁶. Como era costumbre desde el tiempo colonial, el pedido de tormento no tuvo ningún efecto. Más allá de su resultado, el argumento de la defensa muestra cómo lo que constituía una auténtica innovación podía ser pensada y discutida no como un efecto derogatorio de la legislación revolucionaria, sino como una evolución a través de un mecanismo normal de ajuste del derecho de antiguo régimen como la *desuetudo*, incompatible, por otra parte, con el gran proyecto jurídico del liberalismo europeo basado, precisamente, en el imperio de la ley³⁷. De acuerdo con lo que hemos dicho antes, y con lo que muestran los registros judiciales de Córdoba, el argumento del desuso podía resultar una estrategia eficaz, en clave de antiguo régimen, para oponerse a los argumentos del fiscal, con total prescindencia de la famosa ley de la Asamblea.

22 Un tema como el que acabamos de tocar pone de manifiesto el perfil ideológico de los actores del foro local. Hay algunos testimonios todavía más explícitos al respecto. En 1828,

un defensor pedía que se conmutara la pena de muerte impuesta al reo por la pena de galeras. Su pretensión no tenía nada de novedoso, sin embargo, en su alegato dejó notar cierta impronta moderna al mencionar “*la inutilidad*” de la pena capital y la “*mayor racionalidad*” de los castigos moderados, mostrando algún eco de los debates que por entonces tenían lugar en la Universidad de Buenos Aires sobre las nuevas doctrinas punitivas³⁸. Claro que estos argumentos venían apoyados también en elementos del viejo herramental normativo, como era una “*piadosa*” ley “*de la recopilación castellana*” que dejaba al arbitrio del juez la moderación de la pena y el principio, muy utilizado en época colonial, según el cual “*por la piedad deben también reglarse los magistrados*”. Para el fiscal, los argumentos del defensor eran “*un delirio de la filosofía partera del siglo*”, señalando el ejemplo de “*la culta Europa*” que “*ha subido a la cumbre en esa decantada filantropía, e ilustración, mas no han mermado los crímenes, antes los ha aumentado hasta el colmo del desorden, a que únicamente aspira trastornándolo todo con apariencias de humanidad engañosas*”³⁹.

Reflexiones finales

- 23 A lo largo de la primera mitad del siglo XIX Córdoba había pasado de ser una vieja república organizada en torno al poder jurisdiccional que le había adjudicado su fundador, a ser una república soberana e independiente según se afirmaba en su reglamento constitucional puesto en vigencia en 1821. En el ínterin, durante la primera década posterior a la revolución de mayo, la ciudad se integró no sin algunas reticencias en los intentos de organización política que, desde Buenos Aires, procuraban conservar la unidad del viejo distrito virreinal. Sin embargo, ni antes ni después, la estructura institucional de la justicia ordinaria de la ciudad se vio seriamente afectada por los cambios ocurridos a partir de 1810⁴⁰.
- 24 Sí hubo cambios en la potenciación de los jueces pedáneos, consolidando un proceso que se venía gestando desde finales del tiempo colonial⁴¹. Pero ninguna de estas transformaciones significó una alteración de los elementos esenciales que definían el orden semántico de la vieja cultura jurídica, muy distante todavía de la revolucionaria y republicana idea de “imperio de la ley”. La práctica de la justicia criminal ofrece un campo de observación que nos permite apreciar la dinámica de continuidad en ese largo proceso de transición, echando luz sobre la lectura de los participantes de entonces. En nuestro análisis hemos procurado estandarizar algunas formas de continuidad implícita, cifrándola en los siguientes casos: lectura objetiva de normas de garantía; el uso de nuevas autoridades doctrinarias para evocar normas tradicionales y, por último, la asimilación de las innovaciones a través de mecanismos tradicionales como el efecto derogatorio de la costumbre.
- 25 Más allá de los casos que puntualmente hemos elegido para este análisis, creemos que para comprender en su cabal dimensión la continuidad en la praxis de la justicia penal, ésta debe ser contextualizada en función de los estudios que han cuestionado el valor heurístico del contraste entre lo colonial y lo patrio para el período que va desde finales del XVIII y hasta la primera mitad del XIX, o poco más, según los casos, resaltando la necesidad de abordarlo como una unidad cronológica en sí. En el caso de la cultura jurídica que determinaba el lenguaje de la justicia criminal de Córdoba, la coherencia y continuidad de dicho período parece un dato incontestable.

Notas

1 Véanse las actas de los últimos congresos del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: San Juan de Puerto Rico, 2000; Lima, 2002; Córdoba-España, 2005; Santiago de Chile, 2008 (en prensa).

2 Levaggi, A., *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978; Álvarez Cora, E., *La génesis de la penalística argentina (1827-1868)*, en *Revista de Historia del Derecho* 30 (2002), pp. 13-86; Caimari, L., *Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina*

- (1827-1930) en Gayol, S. y Kessler, G. (comp.), *Violencias, delitos y Justicias en la Argentina*, Buenos Aires, 2002, pp. 141-167.
- 3 Uribe-Uran, V. M.(ed.), *State and Society in Spanish America during the Age of Revolution*, Wilmington, 2001, especialmente, las conclusiones de Van Young, pp. 219-246.
- 4 Aplicado a la justicia criminal puede verse en Barreneche, O., *Dentro de la ley, todo La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, La Plata, 2001, y sobre la justicia rural, Fradkin, R. O. (comp.), *El poder y la vara. Estudios sobre la justicia y la construcción del Estado en el Buenos Aires rural, 1780-1830*, Buenos Aires, 2007
- 5 Uribe-Uran, V. M., “Introduction-Beating a Dead Horse?”, en Uribe-Uran, V. M.(ed.), *State and Society...*, pp. XI-XX, p. XIII.
- 6 Guerra, F-X., *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, México, 2000, p. 52
- 7 Para términos políticos, véase Goldman, N. (ed.), *Lenguaje y Revolución. Conceptos políticos claves en el Río de la Plata, 1780-1850*, Buenos Aires, 2008.
- 8 Por razones de brevedad remito a Lorente, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, cap. I y II; Agüero, A., “Historia del Derecho y categorías jurídicas. Un ejercicio de crítica conceptual”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 2008, pp. 135-144; Agüero, A., *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Madrid, 2008.
- 9 “No hay motivo para ampliar o restringir la jurisdicción de los jueces ordinarios...”, Reglamento de Institución y la Administración de Justicia” de enero de 1812; v. también el “Reglamento de Administración de Justicia” dictado por la soberana Asamblea de 1813. Para los textos normativos, San Martino de Dromi, M. L., *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, 1994.
- 10 Reglamento de 1817 (Secc. 4ª, cap. 3, art. 1, 1817). En términos similares, Estatuto de 1815.
- 11 Véase el artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 donde se vincula la ley a la “voluntad general” y al principio de igualdad. Véase también el art. 4 de la declaración jacobina de 1793 y el art. 6 de la declaración de derechos de la Constitución de 1795.
- 12 Sobre el “paradigma jurisdiccional”, también por razones de brevedad, remito a Garriga, C., “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *Historia y derecho, historia del derecho - ISTOR*, Año IV, n. 16, 2004, pp. 13-44.
- 13 Salvatore, R., “El imperio de la ley. Delito, Estado y Sociedad en la era Rosista”, en *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, (1993-1994) vol. 3, Nº 4 y 5, pp. 93-118, p. 97.
- 14 *Ibid.* p. 100
- 15 *Ibid.* p. 117
- 16 Álvarez Cora, *La génesis...*, p. 14
- 17 Cansanello, O. C., “Derechos/Derecho”, en Goldman, N. (ed.), *Lenguaje y revolución...*, pp.51-63, p. 59 y 61.
- 18 Barreneche, O., *Dentro de la ley...*, p. 77. Como se sabe, este enunciado pertenece al derecho imperial romano (*Codex*, 4, 19, 25), reelaborado por la cultura bajomedieval. Véanse P. 7, 1, 26 y P. 3, 14, 12. *Las Siete Partidas*, ed. facs., Madrid 1985 [se cita partida, título y ley]. V. Alessi Palazzolo, G., *Prova Legale e Pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, 1979.
- 19 Hespanha, A. M., *De Iustitia a Disciplina*, en *Íd.*, *La gracia del derecho...*, pp. 203-273; Berman, H. J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, 1996, pp. 177-215 y 263-266; Astaing, A., *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime, XVIe et XVIIe siècles: Audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*, Aix en Provence, 1999, pp. 28 ss.
- 20 Alonso Romero, M. P., *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, 2008, pp. 131-167
- 21 Garriga, C., “Continuidad y Cambio del Orden Jurídico” en Garriga, C. (coord.) *Historia y constitución Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, 2009 (*en prensa*), con remisión a Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 134-135.
- 22 Villanova y Mañes, S., *Materia Criminal Forense*, Madrid 1807, Ob. 10 § V, n. 2, t. II, p. 332.
- 23 Agüero, A., *Castigar y perdonar*, cit., pp. 262-265; Cutter, Ch., “Judicial punishment in colonial New Mexico” en *Western Legal History* 8 (winter/spring 1995), n.1, pp. 115-129, p. 124

- 24 Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba [en adelante AHPC, seguido de C (que indica fondo criminal), número de legajo, expediente, año y título del expediente], C, 143, 9, 1822, Criminal contra Victoriano Romero, Manuel Martínez y José Antonio Rosas por robos. Alegato fiscal de Manuel Graz, Córdoba 8 de noviembre de 1822.
- 25 Secc. 8, cap. 21, art. 11, *Reglamento Provisorio para el régimen y administración de la Provincia de Córdoba*. Para la formulación antigua, véase Partida 7, 31, 4.
- 26 AHPC, C, 143, 9, 1822, Auto del Gobernador, 13 de noviembre de 1822.
- 27 Agüero, A., “*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 de Córdoba*, Segunda Época 24 (2007), pp. 23-54.
- 28 AHPC, C, 223, 9, 1850, Contra don Manuel E. Pizarro por injurias
- 29 AHPC, C, 223, 8, 1850, Contra Mariano Díaz y Andrés Salinas. Vista fiscal de José Roque Funes, Córdoba 5 de enero de 1850.
- 30 Sobre el pensamiento penal de Filangieri y su influencia en España, SCANDELLARI, Simonetta “La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España”, en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007. Puesto en línea el 28 de enero 2007, <http://nuevomundo.revues.org/index3484.html>, 19/09/2008.
- 31 Tomás y Valiente, F., *La tortura en España*, Barcelona, 1994, pp. 93-141.
- 32 Langbein, J., *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago 1977. Para los estudios realizados sobre archivos judiciales americanos, Agüero, A., *La Tortura Judicial en el Antiguo Régimen. Orden procesal y cultura*, en *Revista Derecho e Democracia*, V, n. 1, (2004), pp. 187-221. Sobre el desuso de la tortura en Francia a fines del siglo XVII, Astaing, A., cit., p. 33.
- 33 San Martino de Dromi, M. L., *Documentos constitucionales*, cit., p. 2036 s.
- 34 AHPC, C, 143, 7, 1822, Contra Clemente de Asis, esclavo
- 35 Sobre la teoría del tormento en derecho común, Fiorelli, P., *La tortura giudiziaria nel diritto Comune*, 2 v., Milán, 1953-1954.
- 36 AHPC, C, 143, 7, 1822, Contra Clemente de Asis, esclavo
- 37 Costa, P., *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974.
- 38 Levaggi, A., *Historia del Derecho Penal...*, pp. 127-128; Caimari, L., cit., p. 142 ss.
- 39 AHPC, C, 163, 3, 1829, Criminal contra Ciriaco Burgos y otro por robo y salteadores, Alegato fiscal del Dr. Orihuela y del defensor, Dr. Feliz M. de Olmedo.
- 40 Romano, S., *Economía, sociedad y poder en Córdoba. Primera mitad del siglo XIX*, Córdoba, 2002, pp. 295-296.
- 41 Romano, S., “Instituciones coloniales en contextos republicanos: los jueces de la campaña cordobesa en las primeras décadas del siglo XIX y la construcción del estado provincial autónomo”, en HERRERO, Fabián, *Revolución. Política e ideas en el Río de la Plata durante la década de 1810*, Buenos Aires, 2004, pp. 167-200

Para citar este artículo

Referencia electrónica

Alejandro Agüero, « Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, 2010, Puesto en línea el 23 marzo 2010. URL : <http://nuevomundo.revues.org/59352>

@apropos

Alejandro Agüero

CONICET (Argentina), Proyecto HiCOES - SEJ 2007-66448-c02-02.

Licencia

© Tous droits réservés

Resumen / Abstract

El presente ensayo aborda algunos problemas relacionados con la continuidad de la cultura jurídica durante la transición entre el orden colonial y el nuevo orden republicano de la primera mitad del siglo XIX. Se analiza el problema del lenguaje institucional del período y se utilizan registros de la justicia criminal de Córdoba (Argentina) para ilustrar tres formas de continuidad: lectura objetiva de normas de garantía; el uso de nuevas autoridades doctrinarias para evocar normas tradicionales y, por último, la asimilación de las innovaciones a través de mecanismos tradicionales como el desuetudo.

Palabras claves : siglo XIX, justicia criminal, imperio de la ley, cultura jurídica, Córdoba

This essay discusses some problems related to the continuity of legal culture, during the transition from colonial era to the new political order in the Latin-American republics of the first half of the XIXth century. The institutional language of this period is analyzed and records of criminal justice of Córdoba (Argentina) are used to show three possible standards of continuity: objective lecture of rules that assure subjective rights; the use of new doctrinaire authorities to support traditional rules and, finally, the assimilation of innovations using a traditional device as the “desuetude”.

Keywords : rule of law, legal culture, criminal justice, Córdoba, XIX century

Licence portant sur le document : © Tous droits réservés