

LITERATURA PRÁCTICA EN EL SIGLO XVIII EL *ORDEN* PROCESAL EN LA HISTORIA DE LA JUSTICIA RIOPLATENSE

Por AGUSTÍN E. CASAGRANDE *

RESUMEN:

El presente estudio busca analizar la emergencia y funciones de la literatura práctica de los siglos XVII y XVIII, a la luz del contexto político que acompañaba su producción, el cual determinaría unas particulares condiciones narrativas de estas obras. Asimismo, se analiza el pasaje de política a práctica teniendo en miras el carácter técnico procesal que iría adquiriendo el ejercicio judicial. Finalmente, se pretenden exponer algunos problemas metodológicos y la importancia de considerar esta literatura para el análisis de las fuentes judiciales y de la semántica jurídico-política en espacios Rioplatenses.

ABSTRACT:

The present essay tend to analyze the emergency and the functions of a particular juridical literature – *Prácticas*-, which circulated during the XVII and XVIII centuries in the Hispanic American territories, through the light shed by the political context that determined its production. Besides, this literature would serve as an example to comprehend the roots of a slow passage from the judicial exercise, which had been seen as a political action and began to be presented as a mere practical and procedural act. Finally, through this analysis some methodological problems are revisited, trying to show the importance of working with the “*Prácticas*” to better comprehend the judicial sources from the archives.

PALABRAS CLAVES: *Literatura Práctica - Praxis - Procedimiento - Costumbre - Ley.*

KEYWORDS: *Practical Literature - Praxis - Procedure - Customs - Law.*

* Doctor en Ciencias Sociales (FAHCE-UNLP). Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho-CONICET. E-mail: agustincasagrande@hotmail.com

Sumario:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRÁCTICA COMO CATEGORÍA EN LA FORMACIÓN DE UN CAMPO DISCIPLINAR. III. LAS “PRÁCTICAS FORENSES”: BREVES NOTAS DE UNA MIRADA OBLICUA. IV. LA PRÁCTICA COMO CONCEPTO: RE-MONTANDO EL ROMÁNTICO SIGLO XIX. V. OCASO DE LA POLÍTICA Y EMERGENCIA DE LA PRÁCTICA JURÍDICA. 1. De la *theórica* a la observación: momentos del saber práctico. 2. De Políticas a prácticas: Un orden de escritura. 3. La escritura de las prácticas. VI. TRANSMISIBILIDAD DE “LAS PRÁCTICAS”: EL SABER-HACER Y LAS INSTITUCIONES. VII. CONCLUSIÓN: MÁS ALLÁ DE LAS PRÁCTICAS, LOS LENGUAJES.

Para Alejandro Agüero, por las lecturas, la amistad

Los libros no son más que metáforas del cuerpo
MICHEL DE CERTEAU

I. INTRODUCCIÓN¹

Las múltiples miradas sobre el fenómeno histórico-jurídico poseen tantas parcelaciones como lentes disponibles para los lectores. Esas visiones observan hechos que se correlacionan con la política y las formas de gobierno de una comunidad o sociedad en el pasado, y que para registrarlas en la narrativa histórica, disponen de herramientas teóricas que sirven para la interpretación y, sobre todo, para la selección de unas fuentes que se vuelven fundamentales. Entre todas ellas, pareciera que los registros de la vida del derecho se parcializaran, incluso de manera contrapuesta, entre los archivos judiciales vistos como huellas de un acontecimiento concreto frente a la abstracción devuelta por las formas discursivas de los libros jurídicos. Allí, como se tratará de explicar en este ensayo, operan no sólo fuentes vistas u obliteradas sino presupuestos teóricos y lógicas metodológicas –del presente y del pasado– que guían dicha selección. Así, entre un universo del “hacer concreto” y otro de la abstracción literaria pareciera extenderse un hiato irreconciliable. En ese intermedio narrativo, una fuente vital que no busca ser justo medio sino corredor dinámico de saberes, pareciera estar descuidada: la *literatura práctica*. Este género literario jurídico de los siglos XVII y XVIII puede servir para reconsiderar esa relación entre literatura y práctica que pareciera estar

¹ El presente trabajo fue realizado en una estadía de investigación postdoctoral en el *Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte* y presentado a discusión con motivo del proyecto “Das Wissen der *Pragmatici*. Präsenz und Bedeutung pragmatischer normativer Literatur in Iberoamerika im späten 16. und frühen 17. Jahrhundert” - SFB 1095. El autor agradece las lecturas y recomendaciones de Thomas Duve, Víctor Tau Anzoátegui, Massimo Meccarelli y Alejandro Agüero.

desconectada, desatendiendo a su vez elementos del gobierno político que irían mutando gradualmente en dicho período, y que se pueden ver reflejados en esas obras. De este modo, aquí mediante el análisis historiográfico-metodológico, se pretenderá mostrar algunos elementos que deben ser pensados para comprender la desatención y el olvido sobre la funcionalidad de esta literatura -II) y III). Ese análisis dejará, luego, espacio para reconstruir las condiciones de producción conceptuales, intelectuales y políticas que daban sentido a la existencia de esta literatura -IV). Por su parte, dicho zócalo dará lugar al análisis concreto de la forma que poseía esta literatura, mediante un estudio de las condiciones de escritura -V); para luego vincularla con unas reflexiones sobre los usos que pueden suministrar a la escritura y comprensión de una historia de la justicia en territorios marginales de la Monarquía hispánica -VI) y VII).

II. LA PRÁCTICA COMO CATEGORÍA EN LA FORMACIÓN DE UN CAMPO DISCIPLINAR

En tiempos recientes una construcción sintáctica con un efecto de poder paradójico para el campo de la historia de la justicia en Argentina viene repitiéndose y acrecentándose de manera llamativa: *discursos y prácticas*. Estas expresiones, que aparecen de manera naif para muchos escritores, ocuyen, detrás de una extraña transparencia, cargas teóricas insospechadas. Como un acto repetitivo, tal vez un credo, pareciera que la textualidad -esa materia cruda del quehacer historiográfico- se viera desbordada, y en lo *no dicho* se escondiera una esencia que habría que revelar². Así, detrás de ese uso *textual* se entretejen elementos no tematizados que tensionan lo decible haciendo caer, una y otra vez, en la mentada frase. Advertir esto último conlleva la posibilidad de desacoplar el montaje teórico, reencontrando algunos supuestos epistemológicos que, como fuerzas sigilosas, guían la grafía de los autores. A partir de ello, la deconstrucción del uso de *discursos y prácticas* remite a niveles de análisis diferentes que se compactan en la expresión dotándola de una voluntad de verdad que diluye,

² Cabe advertir que en el uso corriente, lo “no dicho” no reenvía a una lógica de análisis de la ideología -entre el presupuesto y el sobreentendido- al estilo de Ducrot sino que, en su lugar, se refiere a una dicotómica correspondencia entre prácticas vs. discursos, donde las primeras parecieran no poseer elementos del segundo. De allí, la preocupación que mueve estas líneas. Sobre el primer esquema ver OSWALD DUCROT, *El decir y lo dicho*, Buenos Aires, Ed. Hachete, 1984. Una crítica desde la historia del derecho puede verse en MICHAEL STOLLEIS, “Escribir historia del derecho: ¿Reconstrucción, narración o ficción?”, en MICHAEL STOLLEIS, *La historia del derecho como obra de arte*, Granada, ed. Comares, 2009, pp. 10-11, especialmente, la cita núm. 29.

paradójicamente, la historicidad de la experiencia. Así puede intentarse comprender la extensión de dicha frase desde variadas coordenadas.

Lo primero que debe considerarse es el efecto performativo de la voz dentro de la constitución y lógica del campo científico³. Este marco disciplinar, se halla tematizado en la emergencia de la “nueva historia de la justicia” que parte de los presupuestos de la historia social⁴. Puede observarse que a esta última la recortan dos tensiones. Por un lado, una fuerza centrípeta que encontró en el proceso de profesionalización de los historiadores una clave de refuerzo de ciertas metodologías que se expresan en tópicos y preguntas (vuelo al ras, cultura popular, el bajo pueblo, quiénes eran los actores, etc.). Paralelamente, en la ampliación del temario propio de la historia social, actuó una fuerza centrífuga que produjo una crítica metodológica contra la historia del derecho, disciplina que había hegemonizado el saber sobre el derecho y las instituciones políticas hasta mediados de la década del ochenta del siglo XX.

El correlato de ambas tensiones encontró una fórmula, al reducir -estratégicamente- los procederes e investigaciones de la historia del derecho a un mero recuento de leyes bajo un paradigma estatalista decimonónico -discurso-, presentando a la *práctica*, hallable en los archivos judiciales, como *lo real* no tematizado, cuando no como la desviación de la norma que justificaba la investigación de otras problemáticas más esenciales -o esencializadas. Ahora bien, además de la atracción por el archivo definitorio de una identidad, existía una operación teórica que sobrevolando al *ras del suelo* -de allí su imperceptibilidad- activó sigilosamente el recurso a las *prácticas* para la reconstrucción de la experiencia cotidiana. Sin embargo, claro está que para hablar del rescate de una práctica inadvertida debía recurrirse a una lente que la aislara de la normatividad-discursividad y la centrara como objeto privilegiado contrastándola con la primera.

³ Para el uso de esta categoría se remite a PIERRE BOURDIEU, “Le champ scientifique”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, núm. 2, 1976, pp. 88-104.

⁴ Desde la tradición francesa y española, puede verse el reciente trabajo de DARÍO BARRIERA, “La historia de la justicia y las otras historias”, en RODOLFO RICHARD-JORBA - MARTA S. BONAUDO (coords.), *Historia Regional. Enfoques y articulaciones para complejizar una historia nacional*, Estudios/Investigaciones 49, La Plata, Edulp, 2014, pp. 19-40. Desde la tradición de la *New Legal History*, puede consultarse los clásicos trabajos de ROBERT BUFFINGTON, “Introduction: conceptualizing Criminality in Latin America”, en CARLOS AGUIRRE y ROBERT BUFFINGTON, *Reconstructing Criminality in Latin America*, Delaware, Jaguar Books, 2000, pp. XI-XIX; CARLOS AGUIRRE y RICARDO SALVATORE, “Writing the History of Law, Crime, and Punishment in Latin America”, en RICARDO SALVATORE, CARLOS AGUIRRE y GILBERT JOSEPH, *Crime and Punishment in Latin America*, Durham/London, Duke University Press, 2001, pp. 1-32; JUAN MANUEL PALACIO y MAGDALENA CANDIOTI, *Justicia, Política y Derechos en América Latina: apuntes para un debate interdisciplinario*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.

Para ello, por un lado, se apeló a la sociología de las prácticas. Así, pudo verse el rescate de la teoría de la estructuración de Giddens, donde la capacidad de agencia aparecía como determinante **de una libertad de hacer distinta del dictado de órdenes desde arriba, reencontrando, así, al perdido actor**. Pero también, se recurrió a una más determinante teoría del *habitus* que, obliterando el debate en actor-estructura y la inscripción de esta última en el cuerpo del hombre, permitió una inusual cristalización de las *prácticas* cotidianas en la categoría, no menos problemática, de *costumbre*⁵. Así, en dicha tensión del campo científico la contraposición entre *prácticas-costumbre* frente a *discurso-ley* iría abriendo un hiato en la apreciación del fenómeno jurídico que repercutiría, especialmente, en su clave judicial.

Sin embargo, no fue la sociología la que permitió la *historización* social de lo jurídico sino la influencia del marxismo cultural británico, que llegó a las pampas a través de la lectura febril de Edward Palmer Thompson⁶. A partir de este autor clave, por su delicada prosa y atrayente inteligencia en la reconstrucción histórica, la *costumbre* pasó a ser vista como la *práctica real* que actuaba en una zona de fricción entre los hombres y la ley. Empero, para definir la costumbre no se acudió a un concepto jurídico complejo⁷ sino que se redujo el contenido semántico de dicha institución jurídica a una categoría operativa, presentándola como el resultado de los intercambios elementales de la vida material, sin conexión con respecto a la influencia de la alta cultura⁸. Puede verse, entonces, como la teoría permitía la aparición de una *pura práctica* subyacente al poder normativo de la costumbre. De esta forma, corriendo el velo de la costumbre podía encontrarse el saber-hacer del hombre rural –rústico. Este *hacer verdadero* era hallable sólo en el recorrido del archivo, y principalmente en vista de las fuentes judiciales, las que en su cotidianeidad y repetición mostrarían cómo, realmente, se vivía el orden y la

⁵ Como ejemplo se reenvía a las primeras páginas del excelente y clásico trabajo de RAÚL FRADKIN, “Ley, costumbre y relaciones sociales en la campaña de Buenos Aires (siglos XVIII y XIX)”, en RAÚL FRADKIN, *La ley es tela de araña. Ley, justicia y sociedad rural en Buenos Aires, 1780-1830*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.

⁶ EDWARD P. THOMPSON, *Costumbres en Común*, Barcelona, Ed. Crítica, 2000. Cabe advertir que el aspecto crítico de este ensayo no descarta el fundamental aporte que la recepción de este autor tuvo para repensar las relaciones superestructurales como elementos de conformación de la experiencia devolviendo un carácter cultural a un derecho que había sido reducido a réplica (sobre este último punto, ver las reflexiones que partiendo de Le Goff realiza VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, en *La ley en la América Hispana. Del descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992, pp. 3-7.

⁷ Sobre el problema de la costumbre y la problematización exhaustiva de las diversas claves teóricas que envuelve el fenómeno, deviene fundamental el estudio de PAOLA MICELI, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid, Ed. Dykinson, 2012, pp. 27-72.

⁸ SIMONA CERUTTI, “Histoire pragmatique, ou de la rencontre entre histoire sociale et histoire culturelle”, en *Tracés. Revue de Sciences humaines*, núm. 15, 2008, p.151.

justicia en espacios lejanos a la alta tecnología del saber letrado. Así se construía un objeto, así se reencontraría lo esperable⁹.

Sin embargo, esta lectura presentaba no pocos inconvenientes, y para describirlos debe deconstruirse el armado teórico que fundamentó el hallazgo de las puras prácticas. Recientemente, en una crítica acérrima contra el romanticismo y la *reificación* del concepto de costumbre thompsoniano, Paola Miceli señalaba que:

Desde el título de su introducción: “Costumbre y cultura”, podemos ver claramente cuál es la noción de costumbre que impera en Thompson. La costumbre es el reservorio de la tradición, a la que recurren los que no pueden acceder a una educación sistemática. *La costumbre incluye los hábitos tradicionales y los usos propios del pueblo en oposición a un saber transmitido por mecanismos elitistas*. La relación que queda inmediatamente establecida es entre costumbre, cultura y pueblo. La costumbre es, así, cultura popular, el conjunto de las experiencias y prácticas transmitidas de generación en generación como enseñanza sistemática por canales no sistemáticos. Un cariz romántico envuelve este planteo: la costumbre es para Thompson un ámbito de comportamiento no contaminado, el momento o lugar donde se expresa la naturaleza humana¹⁰.

La consecuencia de la vinculación entre costumbre-cultura-pueblo y su resultante, un “ámbito de comportamiento no contaminado”, frente a “un saber transmitido por mecanismos elitistas” produciría, como señala Burke, una escisión entre cultura popular y una alta cultura¹¹. Esta separación que golpeaba las puertas de la academia, serviría para definir un procedimiento analítico, pocas veces tematizado. Sin perjuicio de esa condición contextual del campo académico para retomar los conceptos del culturalismo británico, puede irse aún más lejos, y profundizar el análisis con el fin de llegar a los orígenes intelectuales de la reflexión de Thompson. Así, en un reciente artículo de la revista *Tracés*, Simona Cerutti señalaba que entre sus antecedentes teóricos estaba:

⁹ La construcción de este particular objeto -pueblo- emerge de un doble aislamiento. Por un lado, de la burguesía, que deviene en anacronismo y, por otro, de lo escriturario, donde la textualidad se aísla de un registro amplio que convive con lo letrado, reapareciendo una voz que es propia del agente desligado de la cultura. El riesgo pareciera ser que éste tiende a convertirse -por medio de la escritura de su historia- en la “copia del artefacto” que lo produce (Ver MICHEL DE CERTEAU, *La invención de lo Cotidiano. I. Las artes de hacer*, México, Universidad Iberoamericana, 2000, p. 146).

¹⁰ MICELI, *Derecho...*, cit. pp. 43-44. La cursiva no aparece en el original.

¹¹ PETER BURKE, *Was ist Kulturgeschichte?*, Bonn, BPB, 2005, pp. 38-40.

[L]a tradition de l'école du droit historique, qui s'applique à faire ressusciter les racines populaires du droit – la première source d'inspiration de Thompson est bien le Marx élève de Savigny. De cette tradition intellectuelle, Thompson adopte un présupposé crucial, le caractère populaire des cultures "alternatives"; c'est-à-dire l'existence d'un lien entre la plébe (l'ensemble des groupes exclus du pouvoir) et des conceptions du droit que son "autres" que celles légitimées par les textes¹².

Este deslizamiento de Savigny a Marx y, de éste a Thompson, terminó por estructurar la experiencia entre dos culturas, encontrando en la voz *costumbre* una concepción romántica de un hacer popular, sirviendo de zócalo para fundar una dicotomía entre el ámbito de las puras *prácticas* y el universo *textual* de las elites¹³.

Ese espesor teórico, inadvertido, reprodujo en Argentina, específicamente, en el campo de la "nueva historia de la justicia" varias consecuencias. La primera fue la separación entre una cultura jurídica lega -fundada en las prácticas- y una cultura jurídica letrada -productora de discursos-, que bajo el supuesto teórico de corresponder a formaciones culturales alternativas fragmentaron el fenómeno jurídico cegando, en algunos casos, una conexión entre los reenvíos textuales, presiones institucionales, formas de circulación de saberes, etc. La segunda, más bien metodológica, fue la dificultad para integrar el uso de diversas fuentes en un mismo estudio, es decir, componer lo decible de un tiempo mediante los libros jurídicos, legislaciones, confesionarios, etc. Ello así, dado que si la producción de la cultura lega provenía de las relaciones materiales, todo otro producto sería una réplica o contaminación que merecería ser reducida lo más posible.

Es así, como la aparentemente inocua expresión *discursos y prácticas* como categorías organizadoras de lo observable en una investigación posee un excedente de sentido, que esconde tras sí debates jurídicos del siglo XIX. Si la acusación a una historia del derecho estatista-legalista fructificó en nuevos avances del campo de investigaciones, consecuencia de la lógica descripta por Bourdieu, el desmontaje de otra fundación decimonónica -como la de la escuela histórica del derecho- puede hacer conocer algunos puntos ocluidos por las *puras prácticas*, los cuales merecen ser tematizados.

¹² CERUTTI, *Histoire...*, cit., p. 152.

¹³ Una buena síntesis de todo lo que implicaba la cultura popular, espíritu del pueblo y práctica puede hallarse en el diccionario de los hermanos Grimm. En la voz *Gewohnheitsrecht*, se luce la potencia que alcanzarían dichas alocuciones. J. GRIMM und W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 6, pp. 6588-6593.

III. LAS “PRÁCTICAS FORENSES”: BREVES NOTAS DE UNA MIRADA OBLICUA

Más allá de esos elementos teóricos que permean la lógica institucional de la historia social, una mirada desconfiada o incluso despectiva con respecto a esta literatura se ha presentado desde la historia jurídica y literaria. Este punto, puede encontrar alguna explicación en una adjetivación provocada por un atisbo taxonómico cargado de contemporaneidad. Es de esta manera, que en la tarea de aislar y catalogar, las *Prácticas forenses* han sido colocadas en un lugar marginal como resultado de su comparación con las grandes obras teóricas y dogmáticas de la época¹⁴. No es paradójica, entonces, la suerte que corrió este género literario jurídico, dado que si bien es reconocida como de gran circulación¹⁵, vistas desde el presente su poca entidad dogmática pareciera haberlas *condenado* a ocupar el último peldaño de un proceso que, desde la historia jurídica, fue adjetivado como una *vulgarización*¹⁶. En dicha apreciación, parece ocluirse ese rico y complejo proceso de distanciamiento entre teoría y praxis que sería una nota de la experiencia dieciochesca. Ahora bien, esto no es sólo atribuible a la historiografía jurídica. Desde la historia cultural, también se ha sufrido dicho exceso. En un trabajo de detalle y evaluación de los libros jurídicos que poseía el clero capitular de la **catedral Toledana**, Ramón Sánchez González señalaba:

Serán precisamente el género de las prácticas forenses -es decir el intento de conocer más la praxis jurídica expresada a través de las fórmulas mencionadas, que establecer un corpus doctrinal con lo cual los letrados adquieren soltura en la forma de actuar pero ignoran los fundamentos científicos de esas actuaciones lo que lleva a un proceso de empobrecimiento cultural¹⁷.

¹⁴ Sobre este tema ver el trabajo clásico y fundamental de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, pp. 139-149.

¹⁵ CHARLES CUTTER, *The legal Culture of Northern New Spain, 1770-1810*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1995.

¹⁶ BEATRIZ BERNAL, “Las leyes de Indias a la luz de dos comentaristas novohispanos del siglo XVIII”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 9, 1983, pp. 325-354.

¹⁷ R. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La cultura de las letras en el clero capitular de la catedral toledana”, in *Sociedad y élites eclesíásticas en la España moderna*, Cuenca, 2000, p. 193 -la cursiva no aparece en el original. Incluso un brillante y preclaro estudioso del tema como Tomás y Valiente, en su comentario, y pese a reconocer la vinculación entre el crecimiento del poder del Rey y la aparición de estos Prácticos del derecho, advierte que: “Estos hombres del foro no universitarios son con cierta frecuencia autores o destinatarios expresos de unas ‘Prácticas’ o ‘Sumas’ judiciales que *rompen con el viejo estilo e incurrn al mismo tiempo en la ya apuntada mediocridad científica*” (TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho...*, cit., p. 140.)

Un breve análisis de dichos modelos, presenta el problema de entender la emergencia de esa literatura práctica como nota de un “empobrecimiento cultural”, sin recalar en que, tal vez, los *simples* discursos vehiculados por dichas obras eran consecuencia de la acción de un contexto de poder que impedía largos excursos teóricos. Así, más que un empobrecimiento -vocablo que manifiesta una cierta teleología nostálgica-, el uso extendido de estos textos podría ser indiciario de cambios en el poder político-jurídico que se inscribían en una particular formación discursiva -explicativa por demás de este género literario- y que merece ser reconstruida.

Por su parte, desde la historia social si bien ha sido reconocida la significancia de esas prácticas forenses, su valor como objeto cultural merecedor de análisis se ha visto reducido por vía metodológica al compararlas con la riqueza que devuelven los archivos judiciales¹⁸. En este segundo caso, el hecho de presentar a las mismas en relación estrecha con la práctica judicial, pero no ya como un elemento formativo de las mismas sino como un factor subsidiario para interpretar las fuentes disponibles para el investigador, empobrece la red de reenvíos entre fuentes, invirtiendo, tal vez, el proceso de determinación de una sobre otra.

A partir de lo expuesto en los apartados anteriores algunas preguntas pueden postularse. En primer lugar, y dado que las puras prácticas resultaron ser una réplica de una “invención tradicional” savigniana del siglo XIX vinculada a la costumbre, desde la tradición jurídica hispánica, cabe inquirir qué se entendía por práctica y costumbre en el mundo castellano-indiano del siglo XVIII. Correlativamente, es menester preguntarse, hasta dónde existía una cesura total entre culturas legas y letradas y, a partir de la revisión de dicho presupuesto, cabría preguntarse por el rol de una literatura práctica en el contexto político del siglo XVIII, lo cual buscará superar las formas de teleología que la mirada disciplinar devuelve sobre esta narrativa. Ello así, dado que la materia jurídica en tanto que discurso de poder permite suponer una dinámica muy pronunciada que incluye instituciones, actores y discursos en cada instante de actuación. Comiencese, pues, por intentar responder al primer cuestionamiento: ¿qué se entendía por práctica en el siglo XVIII?

¹⁸ Ver el excelente trabajo de DARÍO BARRIERA, “Voces legas, letras de justicia. Las culturas jurídicas de los legos en el Río de la Plata entre los siglos XVI y XIX”, en TOMÁS MANTECÓN MOVELLÁN, *Bajtin y la historia de la cultura popular*, Santander, PubliCan, 2008.

IV. LA PRÁCTICA COMO CONCEPTO: RE-MONTANDO EL ROMÁNTICO SIGLO XIX

Dada la dificultad advertida acerca del sentido mentado de dos conceptos básicos de la cultura jurídica del siglo XVIII -costumbre y práctica-, que llegan al presente reinterpretados a la luz del romanticismo de la escuela histórica, vale realizar un brevísimo ejercicio histórico-conceptual para despejar momentáneamente algunas dudas y poder llegar al problema central de la praxis. Para ello, si bien se es consciente de la profundidad de sentido¹⁹ que carga históricamente el concepto de costumbre, la operación aquí propuesta es muy simple: recurrir a los diccionarios. Vale adelantar, que esta fuente debe tratarse con cuidado. Ello así, debido a que si bien, metodológicamente, devienen índices para pensar otros fenómenos culturales, como producto cultural en sí, sus definiciones no logran atrapar la complejidad total de un lenguaje de un tiempo en mutación constante, como tampoco eran inocuos políticamente. En este último sentido, expresan una performatividad que componía un síntoma de la época.

Con dicha aclaración, puede advertirse que vista atemporalmente la costumbre posee una gran dosis de práctica, ello no puede negarse, pero esa práctica que sedimenta en costumbre no puede definirse sólo por su carácter iterativo. Así, si bien en la segunda entrada del lema *práctica* del Diccionario Academia de Autoridades de 1737, puede leerse que ésta “significa también el uso continuado, *costumbre* o estilo de una cosa”²⁰, lo cual pareciera confirmar el sentido thompsoniano; en la misma obra, la cuarta entrada de la voz *costumbre* -correspondiente a lo jurídico- señalaba que:

Vale también por fuero, derecho ú ley no escrita, que tiene la misma fuerza, y produce el mismo efecto que ella, con tal, que se introduzca con las circunstancias ó solemnidades prevenidas por derecho: primera, que sea sobre punto o cosa de que se pueda seguir algún bien. Segunda, que su uso o ejercicio sea público; Tercera, que se admita con voluntad de todas las personas que componen el Pueblo ó Provincia donde se establece, ó á lo menos de la mayor parte; Cuarta, que no se oponga o contravenga á los derechos ó leyes escritas; Quinta, que la permita ó tolere el Señor del Pueblo²¹.

La comparación entre la segunda definición y la cuarta -cargada de una “solemnidad prevenida por derecho”- hace visible algunos elementos que

¹⁹ REINHART KOSELLECK, *Futuro-Pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 105-126.

²⁰ Real Academia Española, Autoridades, 1737, p. 344.

²¹ Real Academia Española, Autoridades, 1729, p. 643.

corresponde explorar. Desde el plano lógico, la sentencia del diccionario exhibe una tensión entre la ley escrita y la costumbre dentro de las fuentes del derecho pre-moderno²². En ese plano, si bien ambas se encuentran en el párrafo, se observa un peso creciente del poder de la primera con respecto a la última, que si bien no descartaba el rol significativo de la costumbre, al menos, la moderaba. Allí, el *poder de la costumbre* parecía requerir de un proceso de calificación jurídica²³, el cual implicaba que las acciones habituales y repetitivas para ser convertidas en *ley*, debían ser tamizadas por un saber que se componía de leyes y razones de justicia. Efectivamente, el Diccionario de Autoridades sentenciaba que había costumbre reconocida “quando no hay ley en contrario, ni que repugna a la razón y justicia”.

Es así, como puede percibirse que si bien toda costumbre requería de prácticas no todas las prácticas podían devenir costumbre, sino tan sólo aquellas que *en diálogo* con la ley y los conceptos de razón resultasen tolerables. Este último punto, precisamente, arrastra la reflexión hacia el concepto de práctica, dado que si al parecer la costumbre referenciaba a un *ordo iuris* que no debía contravenir, posiblemente las prácticas -instancias últimas y formativas de aquella- podrían presentar un contenido similar. Es decir, dentro de dicho enclave cultural no debería asombrar que la práctica poseyese una relación determinante con un saber que la calificaba como tal. ¿Qué decía, entonces, el diccionario acerca de la *práctica*?

La entrada principal de la edición de 1737 rezaba: “el ejercicio, ú actual execución, conforme á las reglas de algun Arte ó Facultad, que enseña á hacer alguna cosa, como consiguiente á la theórica. Es del latino Praxis, que significa lo mismo”²⁴. La relación estrecha entre teoría y práctica resultaba inescindible para pensar el ejercicio, el hacer. En lugar de proyectar un límite en la contaminación de un saber externo a las prácticas mismas, éstas no podían concebirse sin la guía de unas *reglas* consecuentes con una *theórica*.

Ahora bien, visto a la luz de la diacronía ese concepto no permanecería incólume. Hacia mediados del siglo XIX, precisamente entre la edición del Diccionario de la Academia Usual de 1843 y la de 1857 desaparece dicha relación, quedando el término simplificado a “el ejercicio de cualquier arte o facultad conforme á sus reglas. Praxis”²⁵. Claramente, en el transcurso de poco más de un siglo el dislocamiento de una tradición y la mutación conceptual que supuso el

²² VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre: estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

²³ Ver YAN THOMAS, “La valeur des choses. Le droit romain hors la religion”, en *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, núm. 57, 2002, 6, pp. 1449-1450; MICELI, *Derecho...*, cit., p. 20.

²⁴ Real Academia Española, Autoridades, p. 344.

²⁵ Real Academia Española, 1852, p. 556.

desplazamiento semántico, haría perder a la *theórica* como dato esencial que refundía a la práctica en un saber, encontrando en su definición la noción de un hacer acorde con una simple *regla*.

Tal como surge a primera vista, el derrotero de esta voz es complejo. De allí, que para advertir ese cambio que acercaría la *praxis* a la *techné*, cabe observar un campo mayor donde se genera el dislocamiento: la política²⁶.

El desplazamiento, acontecido en el siglo XVIII, y que atraviesa un sinuoso camino de más de dieciocho siglos²⁷, posee como punto de partida a la *praxis* aristotélica. En este extremo, no puede desconocerse que, para dicha tradición, la filosofía práctica no podía escindirse de la política. Así, entre ética y política no había una distancia o una dialéctica sino que más bien debe pensarse en un *continuum* fundado en la experiencia. En ese contexto, la *praxis* era una acción moral, donde el actuar poseía un fin en sí mismo. Dicha naturaleza la separaba de la *poiesis*, la cual se aproximaba a la acción del artesano, “que produce algo que llega a existir fuera del agente de sus actos”. En ese sentido, cabe recordar que para el pensamiento aristotélico la *praxis* estaba separada de la “simple *techné*”, puesto que aquella importaba un saber para la vida buena. Esto implicaba ver a la política como una formación pedagógica del carácter que llevaba a una *phronesis*, es decir, lograr “una sabia comprensión de la situación; *phronesis*, sobre la que se apoya la tradición de la política clásica desde la *prudencia* de Cicerón hasta la *Prudence* de Burke”²⁸.

Ahora bien, simplificando al extremo el decurso del pensamiento filosófico, puede verse una escisión lógica fundamental que se instauraría por la ciencia política moderna, anticipada por Hobbes durante el siglo XVII y desarrollada de las disciplina del derecho público durante el siglo XVIII²⁹. En ese sentido, la acción de estos nuevos saberes impactaría en algunos puntos correlativos. Esa voz clave de la prudencia, vista como virtud, quedaría relegada por un conocimiento de la técnica política que pretendía asegurar la organización del Estado. De esta forma, emergería un saber que, abjurando de la tradición política clásica, e influenciado por las ciencias de la naturaleza y la matemática, volvería la sociedad como un

²⁶ Ampliamente tematizado por Sandro Chignola y Giuseppe Duso. Ver GIUSEPPE DUSO y SANDRO CHIGNOLA, *Historia de los conceptos y filosofía política*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva SL, 2009.

²⁷ Una reconstrucción de este largo devenir puede verse en J. RITTER - K. GRÜNDER, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, bd. 7, Basel, Schwabe & Co. AG., 1989, pp. 1277-1307.

²⁸ JÜRGEN HABERMAS, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 49-50.

²⁹ Este punto es resaltado con particular fuerza por GIUSEPPE DUSO en *La lógica del potere. Storia concettuale como filosofía política*, Milano, Polimétrica, 2007.

producto, dejando a la praxis en un campo cercano a la *techné*³⁰. Es así como la lógica del gobierno pasaría de una prudencia a una técnica, donde la praxis en lugar de remitir a la primera sería ordenada por la segunda.

En ese contexto de cambio radical en los modos de pensamiento, puede verse que las vinculaciones entre práctica y teoría y entre práctica y técnica, englobaban una lógica de gobierno que desbordaba, al mismo tiempo, que contenía a lo jurídico. No obstante lo cual, sirve, a su vez, como una alerta acerca de la complejidad que se atraviesa en el período seleccionado para analizar y describir la moviediza estructuración de un rico concepto de praxis que se ve expuesto a problemas teóricos a partir de una conceptualización cargada de presente.

Llegado a este punto, y si ese excursus histórico-filosófico resulta de vital importancia como contexto, los usos categoriales-conceptuales de praxis y teoría *para dentro del campo judicial*, requiere de buscar otras fuentes donde se exprese la tirante relación entre teoría y práctica de manera más específica. Precisamente aquí, esta especial literatura jurídica fuertemente circulada desde comienzos del siglo XVIII y que perduraría a lo largo del siglo XIX y que llevaba el nada gratuito nombre de *prácticas* (*prácticas forenses, prácticas criminales, etc*), cobra una dimensión fundamental. Ello así, ya que habilita a conectar el saber político-jurídico con lo judicial, resultando apta a su vez para buscar esa relación histórico-filosófica entre teoría, discursos y prácticas.

A su vez, dado el decurso en las tecnologías conceptuales de gobierno que, como se intentó brevemente describir cambiarían paulatinamente entre los siglos XVII y XVIII, se seleccionan aquí cinco prácticas, algunas de las cuales fueron escritas desde mediados del siglo XVII y otras hacia finales del XVIII, con el objetivo de observar ese desplazamiento político en la teórica que acompañaba los *haceres* judiciales en espacios castellano-indianos. De esta forma, podrá analizarse, luego, el problema de la praxis desde un punto de vista jurisdiccional, sumando a ello no sólo una alteridad radical fundada en una antropología jurídica sino, también, habilitando una observación diacrónica del devenir de un saber jurídico-político que, inscripto en una lógica de poder debidamente contextualizada, evitará recaer en una teleología dogmática o en una dogmática retrospectiva³¹.

³⁰ HABERMAS, *Teoría...*, cit., capítulo I.

³¹ Ver CARLOS GARRIGA, “Orden Jurídico y poder político en el antiguo régimen”, en *Istor Revista de Historia Internacional*, núm. 16, 2004.

V. OCASO DE LA POLÍTICA Y EMERGENCIA DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

La compleja relación entre teoría y praxis, fue un zócalo común a la literatura *Práctica*, la cual iría definiendo su estatuto literario en dicho cruce. De esta manera, para juzgar la calidad de la misma, no se apelaba tanto a la erudición del autor sino a un trabajo mucho más modesto que miraba a la “utilidad”. Esta tópica, ubicua a las obras, rechazaba proponer interpretaciones o nuevas doctrinas privilegiando la recolección de saberes diseminados, para presentarlos de manera simplificada y ordenada, en un discurso tendiente a un fin concreto que era la actuación judicial. Dicho propósito definiría la problemática sustancial de las obras, las que concentradas en un saber-hacer, delimitarían un estilo que dejaba poco espacio expresivo al autor³². Así, recortados por poderes que ordenaban los discursos -entre los manifiestos aparecía, la necesidad de aprobación para su impresión, entre los ocultos los juicios posteriores a la publicación- los autores se esforzarían por justificar la necesidad de su obra. Sin embargo, en el trayecto que iría desde el siglo XVII a finales del siglo XVIII lo que se entendía por actuar judicial estaría modulado por la disolución progresiva de una larga experiencia de gobierno político y por la emergencia de una práctica judicial que buscaría ajustarse al poder de la ley. En esos intersticios comenzaría un lento proceso que redundaría en la reducción del campo semántico de la praxis judicial.

I. De la *teórica* a la observación: momentos del saber práctico

Dado el problema teórico, que abrió este ensayo, expresado por la distancia entre “discursos y prácticas”, el primer punto que conviene destacar es el vínculo de las prácticas forenses, especialmente criminales, con el concepto de praxis de raíz de aristotélica que, como se advirtió, no podía considerar a esta última por fuera de la *teórica*.

Remontándose a obras escritas durante el siglo XVII, esa conexión de sentido resultaba clave. Así lo hacía expreso Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel en el “Prólogo al lector” de su *Práctica criminal* aprobada en 1671, de la cual, se utiliza aquí la edición de 1724:

³² Tal como señalaba Bajtín, “en la gran mayoría de los géneros discursivos (salvo los literarios) un estilo individual no forma parte de la intención del enunciado, no es su finalidad única sino que resulta ser, por decirlo así, un epifenómeno del enunciado, un producto complementario de éste” MIJAIL BAJTÍN, *Estética de la creación verbal*, Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2002, p. 252.

Todo Arte, y oficio, si consta de especulativo, theorico, como de práctico, contiene en si sciencia, sin que obste la distinción de que no la ay sin objeto divino (reputando aun lo mas célebre por méro arte) pues sin contradecir questiones, que de aquí resultan, la tomo por la extensión de su común significado en todo genero, que es lo basta a mi intento; con que diré, que para conseguir lo perfecto de qualquier Arte, ó oficio, debe tener ciencia del el que la exerce, porque este es el punto de la elevación, ó el centro del acierto, su reverso contrario la ignorancia: para llegar desde esta á aquella, se dispone el deseo, pero solo no basta sin continuas fatigas³³.

La similitud con el *Diccionario de Autoridades* releva de todo comentario. **Precisándose** que la doctrina venía a ocupar un espacio en el mundo judicial que liberaba de la ignorancia. Sin embargo, el exceso de teoría complejizaba también la experiencia de la justicia. Es **así**, como la opinión de los diversos autores podía llevar también a un problema, **definido** por el abuso de éstos. La tarea del autor de estas obras parecía **definida** por la recolección de múltiples saberes para simplificarlos. **Precisamente** este último punto sería tematizado por Villadiego en su obra aprobada en 1609, donde en su advertencia al Lector, decía que:

He procurado en esta Instrucción Política, y Práctica Judicial, aprovechándome de otros libros de mucha erudición, reduciendo aquí a compendio, y forma breve lo más substancial, que en ellos está muy estendido, acordándome de la sentencia de Séneca, que dice, que es *más útil saber pocos preceptos de doctrina, y sabiduría, y estar pronto en ellos, que muchos, no teniéndolos á la mano*³⁴.

Entre estas líneas se define el problema que la abundancia de textos, de dogmas y de doctrina traía al actuar judicial deseado. De allí que, sin concebir un hacer por fuera del zócalo de saber compuesto por la doctrina, la excesiva cantidad de saberes parecía nublar la mirada de la justicia. Con ello, la regla procesal

³³ GERÓNIMO FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLAROEL, *Practica criminal, instrucción (nueva útil) de substanciar las causas, con distinción de lo que particularmente parece se debe observar, assi en los Consejos, y Sala, como en otros Tribunales superiores, y en los inferiores de Juezes pesquisidores, y ordinarios, por los Escrivanos á quienes suelen cometerse, en que se notan muchas de las dificultades que se ofrecen en el todo, y en parte de ellas*, Madrid, Imprenta de Don Gabriel del Barrio, 1724, prólogo, 1º párr.

³⁴ ALONSO DE VILLADIEGO VALCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción Política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno. Utilissima para los Governadores, y Corregidores, y otros juezes ordinarios y de comisión, y para los Abogados, Escrivanos, Procuradores y Litigantes*, Madrid, Imprenta de Juan de Ariztia, 1720.

perfecta buscaba armonizar la teoría a fin de no desviar la práctica, como también evitar el desconocimiento de los saberes básicos de hacer justicia. Ambas dimensiones correlativas del gobierno político, se hacían comprensibles a partir de una comunidad inescindible de teoría y práctica que guiaba la prudencia jurídica, de un gobierno guiado políticamente. De allí, que su proximidad a las obras de Gobierno Político como la de Castillo de Bovadilla fuera manifiesta. Gobierno político y práctica judicial, como señalaba, sin gratuidad, el título de la obra de Villadiego, mostraban una lógica jurisdiccional³⁵.

Ahora bien, hacia finales del siglo XVIII, dicha tensión seguía inscrita en los mensajes de los escritores. Sin embargo, la mirada puesta en la cotidianeidad de los tribunales mostraba una tendencia a ver prácticas repetidas por la mera observación, las cuales debían ser corregidas por la guía de una justa doctrina (precisamente la doctrina que esos mismos autores promovían). Antonio de Elizondo decía, en el tomo IV de la edición de 1784 de la *Práctica universal forense*, que:

El bien, y la utilidad de la juventud estudiosa han sido los ob[je]tos, que nos hemos propuesto atender en esta obra, donde, sin necesidad de recurrir á inmensos comentarios, sea fácil descubrir una práctica nacional ajustada al patrocino frecuente de las causas, cortando la ocasión de consumir el tiempo en indagar los estilos, y excusando á los Jóvenes mendigar estas noticias de unas personas, cuya pasagera instrucción no puede darles mas apoyo, que el de la simple, y desnuda observación, de quanto vieron executar en sus días á otros Curiales³⁶.

Compartiendo esa mirada cultivadora de la juventud, y estando al tanto de la necesidad de evitar los errores que produce la mera “execución” sin guía adecuada, escribía Álvarez de Posadilla, en su *Practica Criminal* de mediados del siglo XVIII, que:

³⁵ Sobre esta perspectiva, ver PIETRO COSTA, *Iurisdictio*, Milán, Giuffré, 2002. Con vinculación a la historia de la Justicia en territorios indianos, ver: 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; CARLOS GARRIGA, “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (Siglos XVI-XVII)”, en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 34, 2006.

³⁶ FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica universal forense de los tribunales de España, y de las Indias*, Madrid, D. Joachin Ibarra Impresor de Cámara de S. M., 1784, p. VII. En este punto, puede verse que *estilo*, se asemejaba a práctica observable jurídicamente. Es decir, no era tan sólo una nota de particularidad o distinción sino como lo decía el Diccionario de Autoridades de 1732: “en lo legal es la fórmula de proceder jurídicamente, y el orden y método de actuar” (p. 635, l).

Para que mas bien puede aprovechar á los jóvenes ha parecido conveniente darla en forma de diálogos, como se escribió para el principal y primer discípulo de esta enseñanza, que *leídos por vía de entretenimiento, insensiblemente les instruya, y conozcan, al tiempo de ejercitarse en la práctica, los abusos que tenga la que ven observar á sus Maestros, y eviten recibir el error y abuso de doctrina*³⁷.

La instrucción para la práctica se plantea como remedio para los errores que se aprenden *observando* a los Maestros. Estas últimas obras definirían un *hacer* sin teoría pero que, por su calidad, son ampliamente criticados. Aparece aquí, también, el señalamiento acerca de que el problema no era tanto la ignorancia, al contrario, el perjuicio provenía del “error y abuso de doctrina”. No obstante, este último punto poco tenía que ver con lo señalado por Villadiego. Es decir, que si bien parecieran compartir un agobio doctrinal los contextos mostrarían distancias. En este marco, la crítica era a una doctrina formada de la práctica misma, de corte más empirista -si dicho vocablo sirve para calificar el pensamiento.

De allí, que en esta instancia pueda verse cómo entre las primeras prácticas escritas durante el siglo XVII y estas otras de mediados del siglo XVIII, se iría abriendo un hiato entre lo que jurídicamente se iba entendiendo por prácticas. Mientras que en las primeras la correlación saber-política-práctica era inescindible, en las últimas se hablaba de una observación del hacer en los Tribunales, lo cual abriría un surco entre saber y práctica, definiendo nuevos contenidos conceptuales, que no eran nada baladíes. Pero ello, sólo puede comprenderse dentro de una compleja historia política de la formación conceptual de la práctica escindida de la teoría.

2. De Políticas a Prácticas: Un orden de escritura

La contextualización y la diacronía permiten postular algunas premisas para comprender el proceso de aislamiento de la práctica con respecto de la teoría hacia dentro del campo jurídico.

En un primer nivel de análisis, y mediante una mirada de largo plazo, es dable entrever que tanto esta literatura como estos autores, se hallaban expuestos

³⁷ JUAN ÁLVAREZ DE POSADILLA, *Práctica criminal por principios o modo y forma de instruir los procesos criminales de las causas de oficio de justicia*, Madrid, Imprenta de la viuda de Ibarra, 1798, p. II.

a un proceso creciente de control hermenéutico que, a lo largo del siglo XVII y XVIII opondría la ley a la jurisdicción y fundaría el poder de la primera en la *potestas legislativa* del Monarca³⁸. En ese contexto, y a sabiendas de la exposición de las obras para su aprobación, la estructura literaria sería modificada por los autores, evidenciando que más allá de un proceso de “vulgarización” o de “avance” científico, sería la dinámica del poder político la que se incorporaría a la estructura discursiva en mutación. Como ejemplo, puede pensarse que al ocluir la referencia a la prudencia de los autores, destacando, en su lugar, los procedimientos que resultaban útiles para volver operativas las “Leyes del Reino”, se podría lograr una edición más rápida y, al mismo tiempo, una consagración como libro de referencia.

Las fuentes parecen demostrar dicho extremo. Mientras que durante el siglo XVII en las prácticas de Villadiego y Fernández de Herrera Villaroel pueden verse razonamientos cercanos al gobierno político reforzado por el saber del *ius commune*³⁹, en las prácticas del siglo XVIII se encontraba que el delito era lo que mandaba la Ley y que éstas -las leyes- estaban mandadas para la extinción de los mismos mediante su aplicación en una recta “administración de justicia”⁴⁰.

En un segundo nivel, puede verse dicho proceso de mutación dentro de la dinámica del campo literario jurídico, el cual sin desvincularse de lo político permite mayor pertinencia para analizar la generación de un concepto de práctica al interior de la disciplina. Para ello, hay que tener en cuenta que la composición de este género literario particular vendría dado por el reconocimiento y la

³⁸ Sobre este proceso ver el imprescindible estudio de HEINZ MOHNHAUPT, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, en HEINZ MOHNHAUPT, *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 2000, pp. 221-273. Ver, asimismo, ALEJANDRO GUZMÁN-BRITO, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes. Las normas sobre interpretación de las leyes en los principales Códigos civiles europeo-occidentales y americanos emitidos hasta fines del siglo XIX*, Madrid, Ed. Iustel, 2011. Aquí podría verse una relación entre el decaimiento del poder de la costumbre, la tendencia al control hermenéutico pro ajuste a la ley, y una producción literaria que transitaría lo procesal para guiar en la praxis controlando la jurisdicción a través de las formas.

³⁹ Por ejemplo, decía Villadiego, cuya obra no casualmente poseía en su título las voces “política y práctica” que la misma constaba de “las leyes reales por donde se ha de juzgar y abrogar y sustanciar los pleitos y causas primero que *por las del derecho común*” (lo cual dejaba margen a la consideración de la literatura que vehiculaba este último). Por su parte, Fernández de Herrera Villaroel decía que debía protegerse la jurisdicción contra aquellos que alteraban la justicia, donde la prudencia y el sosiego eran los pilares del buen juez. Clara cultura jurisdiccional, de la cual los indicios a reconocer requieren de un ejercicio heurístico de traducción mediante modelos. Tomar por ejemplo el gran trabajo de síntesis de ALEJANDRO AGÜERO, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en MARTA LORENTE SARIÑENA, *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, POSADILLA, *Práctica...*, cit., p. 9 y JOSEPH BERNÍ, *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agravan y disminuyen; y ritual para Juzgar, acriminar*, Valencia, 1741, p. 2.

intertextualidad entre las obras⁴¹. De ese modo, los reenvíos del siglo XVIII a textos anteriores, brindan pistas para comprender, por un lado, como se iría construyendo la tradición literaria; y, por otro, cómo operaría un proceso de diferenciación que, no obstante compartir núcleos comunes, tendría impacto sobre la conceptualidad tratada en cada obra. Un ejemplo puede aclarar esta dimensión.

En el año de 1754 escribía Berní en la introducción de su práctica, la cual tuvo amplia difusión:

Todas las leyes del Reyno tiran a la extinción de abusos, y delitos; y todas juntas establecen recta administración de justicia. Sus glosadores adaptaron infinitas doctrinas; y para mayor claridad, en asuntos de delitos, escribieron Farinacio, seis tomos de Práctica Criminal; Antonio Gómez, el tercero de sus varias. El señor Matheu, el de re criminali, Leotardo, el de usuris, & contractibus; y *para poner en práctica las penas* escribieron Peguera, Gutierrez, Salcedo y Herrera⁴².

Fernández de Herrera Villaroel se volvía **así**, un antecedente por reenvío intertextual, sin embargo, para un autor de mediados del siglo XVIII el trabajo de aquel no era suficiente. **Así**, decía Berní, más adelante, que: “he leído estas obras, y formo concepto, que no será despreciable la presente Práctica; pues a más de reducirle a método fácil y claro el asunto de crímenes, penas, presunciones legales, y defensas, con los más sólidos fundamentos, se añade la práctica que hoy se observa en los Tribunales Reales de España”.

Berní, al mismo tiempo que instituye como antecedente a Fernández de Herrera Villaroel, lo desacredita llamándolo nada gratuitamente glosador y colocándolo del lado de la doctrina, la cual se vería desprestigiada frente a la emergencia de un saber-poder más importante: la práctica *observada* de los Tribunales. Pero esto no debe sorprender. Elizondo en el tomo primero de su *Práctica Universal Forense*, escribía que:

Hallarás un plan, que consagro al sabio, y al curioso, para delinear en él el pincel e lo Jurídico, sin poder desvanecer la novedad de mi Obra los escritos del Paz, y Villadiego; pues si me haces justicia, conocerás la concisión de estos en la variedad de recursos, que produce la diversidad de los Tribunales de nuestra Monarquía, su

⁴¹ ANTÓNIO MANUEL HESPAÑHA, “Una historia de textos”, en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Sexo Barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Ed. Alianza, 1990.

⁴² BERNÍ, *Práctica...*, cit., p. 2.

exposición Jurídica, y otras cosas singulares, que procuro demostrarte con las Reales disposiciones, posteriores a la Obra de aquellos, de Monarcas tan excelsos con que se ha gloriado la España⁴³.

Esta vez la obra precedente de Villadiego sufría el embate de Elizondo. Aparece aquí también una doble explicación de por qué habría de hacerse justicia al trabajo de este último. En primer lugar, en contraste con el saber jurisprudencial aparecería el conocimiento recursivo y cotidiano de los Tribunales, **los cuales** irían cerrando el camino del gobierno político y abriendo paso a la tarea judicial. **De los cuales**, se tendría conocimiento sólo mediante la observación. Por otra parte, la fuerza de la potestad legislativa aparece para marcar que las obras anteriores no habían contemplado “las Reales disposiciones” dictadas con posterioridad a su publicación. Este embate muestra que el conocimiento “actualizado” de la práctica y la ley hacían a la calidad de la obra. Este estatuto rompía la lógica de siglos donde el saber era antiguo porque era bueno, mientras que aquí más allá de la bondad era la actualidad lo que importaba⁴⁴.

Resulta interesante, entonces, ver cómo la misma lógica de constitución de un campo disciplinar -en este caso, el práctico-, en el mismo momento **de reconocer** (que reconoce) antecedentes para asentarse y fundar la tradición realiza una torsión que descalifica ese pasado para justificar el presente de la escritura. Consecuentemente, la ingenuidad política cifrada, en parte, en el desmalezamiento de una abundancia de opiniones que abría el espacio para la aplicación de la ley, permite pensar en su mediación y funcionalidad en un proceso de autonomización de la práctica judicial con respecto a una *teórica* de *iuris opinio*.

Esta historia que, con el correr del tiempo, separaría la dogmática de la práctica de los Tribunales, tenía que ver con la constitución de un campo de saber que, habiendo partido de una tradición que no separaba teoría y praxis, descartaría a la primera volviendo la cotidianeidad del quehacer judicial como un conjunto de usos y prácticas. De esta manera, desprendiéndose paulatinamente de voces que iban volviéndose cada día más peligrosas, el hacer -sometido a descripción- perdería el saber que lo justificaba, convirtiendo el proceso en una forma sin tradición, una pura forma, una práctica.

Hasta aquí se evaluaron las relaciones entre formaciones políticas y literarias culturales que permitieron, en su acción acompasada, la producción de un sentido práctico descentrado de la teoría. Ahora bien, ello tendría un impacto

⁴³ ELIZONDO, *Práctica...*, cit.

⁴⁴ “Il buon diritto antico non era buono perché antico, ma antico perché buono”, DUSO, *La lógica...*, cit., p. 57.

en la formación discursiva que vehiculaba ese nuevo saber, sin desconocer que esas reglas de escritura y de producción de un saber sobre las prácticas poseían, también, influencia en el campo político y cultural.

3. La escritura de las prácticas

Al abrir este acápite se remarcó como finalidad de estos textos la *utilidad* que estaba referida a consejos para la judicatura cotidiana. Ello implicaba, en primer término, llegar a esos usuarios que podrían sacar provecho de un libro práctico, lo que sería reflejo de las condiciones de producción de estas obras. La consideración del lector, que actuaba como un horizonte de expectativa de los autores prácticos reverberaría sobre la forma de escritura⁴⁵. Ambos elementos, no pueden ser escindidos de una condición material. Desde el siglo XVII existían razones tecnológico-económicas que explicaban la tendencia acelerada del pasaje del idioma de los libros del latín a la lengua vulgar. Ello no significaba necesariamente que los primeros textos perdieran su valor -económico y simbólico- en el espacio lingüístico castellano⁴⁶, pero se vincularían más a lugares de status que a tecnologías de saber rápidamente extensibles.

Dentro de esta particular literatura, Villadiego encontraba una relación estrecha entre el lenguaje y la influencia sobre la práctica forense diciendo:

Y el ir en romance este libro, tiene en sí particular gracia, y utilidad, para que los que no saben latín, no sean privados de estas materias, y cosas tan comunes, que les conviene saber; sin que por esto parezca que se apoca, ni profana esta ciencia, pues que en todas las lenguas vulgares esta es la mas abundante, viril, y sonora, y mas común a diversas Naciones del Mundo⁴⁷.

⁴⁵ ROGER CHARTIER, *The order of Books. Readers, Authors, and Libraries in Europe between the Fourteenth and Eighteenth Centuries*, California, Stanford University Press, 1992, p. 27. Para una clara explicación de esta corriente ver: "An interview with Hans Robert Jauss", in *New literary history*, 1979, pp. 83-95.

⁴⁶ ROGER CHARTIER, *El presente del pasado. Escritura de la Historia, Historia de lo Escrito*, México, Ed. Universidad Iberoamericana, 2005.

⁴⁷ VILLADIEGO, *Política...*, cit.; Una noticia similar de esta práctica de escritura y el principal modelo que marca el umbral de producción en castellano es el clásico libro de Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores*. Un bello comentario sobre este autor y la producción de su obra en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, "Castillo de Bobadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen", en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza, 1982.

Con una vocación más pragmática fundada en la observación decía Fernández de Herrera Villaroel:

Que generalmente no son Latinos los Escribanos de estos Reynos [...] Creo que ya no sirven para los mas Escribanos algunas prácticas que ay en aquella lengua, ni otras que en Latin, y Romance fastidian al que mirando la Glossa, no entiende el texto, ó al contrario, y que aunque unas y otras dicen lo que se debe hazer, les falta el quando, y el por qué, y las formas de autos, y en ellas no se tocan muchas dificultades, que los modernos experimentados han reconocido⁴⁸.

La escritura en castellano era un elemento de llegada a un público que necesitaba conocer, mediante esta traducción, la teoría que había detrás del hacer cotidiano. Esa traslación no era menor, puesto que si bien en varias obras aparecen algunas citas en latín, su contenido, sus formulaciones, los reenvíos buscaban reducir “la multitud de alegaciones, decisiones, y consultas dispersas en tantos libros”. Con ello, se haría “grato a los jóvenes un estudio, sobre el que enseñándose sin reglas á disputarlo todo desde los principio, se rendirían después pocas veces con sumisión a los usos justos, e inocentes del foro”⁴⁹.

La composición de la página en la sencillez del español también operaría como reflejo del tamaño de las obras, las cuales buscaban ser objetos culturales de fácil circulación. Se estaba así, ante una literatura que, como decía la autorización a la práctica de Joseph Berní, alcanzaba: “perfección, que también recabó á las nuestras el Autor de este sucinto Escrito, haciendo con su pequeñez, y modo acomodado á todos, que puede ir en manos de todos, aún de aquellos que no las alcanzaran en sus originales, o por costosos o por voluminosos”⁵⁰. Lo mismo advertía Elizondo al decir que: “ni nos sirve de impulso á escribir la vana ambicion de la fama, ó otro algun espíritu ménos patriótico, *que el de reducir muchos volúmenes á pocos, distrayéndoles por un preciso órden*, y dictándoles sin afectación, sutileza, ó obscuridad en alivio de la Juventud”⁵¹.

Sin embargo, esta apertura romance dentro de la tradición literaria jurídica -escrita en latín- merecería de parte de los autores un pedido de disculpas. Esa situación comprometida, frente a la posible reprobación de los letrados, resaltaría

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLAROEEL, *Práctica...*, cit.

⁴⁹ ELIZONDO, *Práctica...*, cit., p. VIII.

⁵⁰ BERNÍ, *Práctica...*, cit., Autorización del 22 de septiembre de 1749.

⁵¹ ELIZONDO, *Práctica...*, cit.

el interés de llegar a los legos, rescatando el sentido “útil por práctico” del libro⁵². En la obra de Villadiego, dichos elementos aparecían sintetizados en un párrafo florido:

Y no es de menor estima este libro, por ser sacado de otros Autores, para que se dé mas crédito á lo que aquí se escribe, y quiero se entienda, que el averme atrevido á escribir, y sacar á luz esta obra. [...] *Para gusto del Lector, se ha procurado entremeter á las cosas de utilidad que aquí se resuelven, algunas de gusto, porque se cumpla lo que dixo Horacio, que la obra perfecta ha de tener utilidad y gusto*⁵³.

También acontecía lo mismo en el libro de Fernández de Herrera Villaroel, quien luego de relatar el temor a publicar su obra, y la insistencia de un amigo para hacerlo, decía:

A lo que me rendí, fue á dezir, que no escribía para sabios, á quien estos principios no aprovechan, sino es, ó para los que ignoran (ó los que están olvidados) por ser como es cierto, que no se ha juntado hasta ahora tanto de este género en nuestro idioma Castellano. Que aviendo tantos libros, que dán documentos para no pecar, tantos para el castigo (que corresponde al delito después de cometido) no avía ninguno con la práctica, y theórica junta, que fuesse medio, y conduxese á aquel fin⁵⁴.

Una doble mediación aparecía aquí. La primera entre práctica y *theórica*, la segunda entre sabios y legos. Resulta por demás interesante el vacío que su trabajo venía a conculcar y, sobre todo, la sencilla pero poderosa expresión que quería que su obra *fuesse medio*, lo cual advierte que el hiato era tanto humano como literario. Una distancia entre práctica y teoría que se inscribía en los cuerpos de los lectores soñados.

⁵² Pueden verse rastros de esos prólogos en una práctica escrituraria proveniente de tiempos de Covarrubias que separaba entre el “lector discreto” y el “vulgo”. Ver CHARTIER, *El presente...*, cit., pp. 110-114.

⁵³ VILLADIEGO, *Política...*, cit.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLAROEL, *Práctica...*, cit.

Hacia mediados del siglo XVIII, Elizondo también se debatía entre ambos públicos, pero con un tono más fuerte, dado las condiciones contextuales antes reseñadas, sentenciaba:

Nosotros, léjos de quedar resentidos á qualesquiera observación, adición, ó corrección, que subscriban los Sabios, protestamos sinceramente abrazarlas con humildad, y gratitud, conociendo, que su espíritu no es desacreditar nuestras obras, y sí auxiliarlas hasta su perfeccion, para hacerlas mas interesantes a la República de los literatos; [...] la cual desmentiría *la buena intención, que nos anima, y propusimos desde luego de aspirar a la utilidad común tan solamente de los jóvenes*⁵⁵.

En el mismo sentido, dando cuenta de su ignorancia previa, Álvarez de Posadilla señalaba que su obra estaba dirigida a “los que ejercen oficio de Escribano, á los Alcaldes Ordinarios, y aun Letrados Jueces nuevos, he creído conveniente darla á la prensa, para que su utilidad no se circunscriba al discípulo á quien se ha dado”⁵⁶; por su parte, en cuanto a su persona “confiesa, además de las ideas y conocimientos adquiridos de muchas cosas que ignoraba, haber salido de gran número de errores que como legales prácticas había aprendido de su Maestro”⁵⁷.

La combinación entre lengua, tamaño de las obras y lectores como estilo en la constitución del género literario⁵⁸, también impactaría en la lógica conceptual de las prácticas procesales, las cuales serían devaluadas por su falta de correlación con profundos saberes. Esta devaluación, sin embargo, era, como se presentó anteriormente, consecuencia de un cambio político cultural que lejos de implicar una mirada teleológica, evidenciaría una nueva forma de producción de saberes prácticos.

Ahora bien, llegado a este punto pareciera que esta historia de libros no tuviera un correlato con los *cuerpos* y las justicias. Para atender, precisamente, a dicho punto clave que puede volverse reparo, y conectar la experiencia con el campo cultural que la cifraba, se recurrirá aquí al observatorio que devuelve la experiencia Rioplatense de fines del siglo XVIII, para observar allí la forma en que estas *ideas* prácticas se materializaban en territorios indianos. Así, en el próximo

⁵⁵ ELIZONDO, *Práctica...*, cit. p. VIII.

⁵⁶ ÁLVAREZ DE POSADILLA, *Práctica...*, cit., p. II.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Sobre esta categoría ver: BAJTIN, *Estética...*, cit.

apartado se hará una referencia a las instituciones *políticas* que *actuaban* estas *prácticas*.

VI. TRANSMISIBILIDAD DE LAS PRÁCTICAS: EL SABER-HACER Y LAS INSTITUCIONES

El cambio político inscripto en los dos modos diversos de concebir las prácticas cobrarían carnadura en los modos de organización de los espacios de poder jurisdiccional que armarían políticamente el territorio indiano⁵⁹. Allí, el hacer político de la justicia se enfrentaría a un proceso de cambio que alcanzaría a los diversos territorios en función de las distancias con respecto a los núcleos de poder⁶⁰. Ello, implica una vinculación estrecha de la cultura jurídica en el desenvolvimiento de los dispositivos de gobierno y poder, que no serían idénticos en todo el territorio sino que más bien encontrarían una diversidad sustancial, incluso en la sincronía.

En honor a la brevedad, aquí se darán algunas pistas para el territorio que conformaría el Virreinato del Río de la Plata, especialmente durante el siglo XVIII. Al estar frente a un siglo de profundos cambios culturales, cuyos efectos serían sentidos de manera disímil en el espacio, se presentará como clave heurística el modelo de Mario Sbriccoli, que permite pensar una justicia negociada frente a una justicia hegemónica⁶¹. Este marco servirá para ver la operatividad de las prácticas criminales, atendiendo a los saberes transmitidos por aquellas, a sabiendas de la distancia conceptual existente entre las escritas durante el siglo XVII -ampliamente circuladas y utilizadas durante el siglo XVIII- con respecto a las propiamente dieciochescas que, como novedad, impactarían en la retina de los reformadores borbónicos.

⁵⁹ DARÍO BARRIERA, *Abrir puertas a la tierra. Microanálisis de la construcción de un espacio político. Santa Fe, 1573-1640*, Ed. Ministerio de Innovación y Cultura de la Provincia de Santa Fe y Museo Histórico Provincial “Brigadier Estanislao López”, Santa Fe, 2013. Ver, asimismo, el ensayo sobre el espacio político de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *La Gracia del Derecho: Economía de la Cultura en la Edad Moderna*, Madrid, CEC, 1993.

⁶⁰ DARÍO BARRIERA, “Justicia de proximidad: pasado y presente, entre la historia y el derecho”, en *PolHis*, núm. 10, 2012.

⁶¹ MARIO SBRICCOLI, “Justicia Criminal”, en M. FIORAVANTI, *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2004; MASSIMO MECCARELLI, “La dimensión doctrinal del proceso desde una perspectiva de historia de la justicia criminal, a la luz de la lección historiográfica de Mario Sbriccoli”, en M. MADERO Y E. CONTE, *Procesos, inquisiciones, pruebas: homenaje a Mario Sbriccoli*, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2009.

Dentro del gran marco propuesto, la judicatura de los siglos XVII y XVIII, en zonas periféricas, presenta notas típicas de una justicia negociada. Una justicia de vecinos que suponía unas técnicas de gobierno, que no obstante su cotidianeidad cargaban con siglos de tradición política. El rol negocial, árbitro de los problemas de un cuerpo colocaba al saber del magistrado por fuera de un orden legal. Así, no sólo componía problemas de la comunidad sino que también solucionaba dualismos propios del universo jurídico entre el poder de la ley y el arbitrio, entre vías ordinarias y extraordinarias, en la mixtura de la acusación y la inquisición, entre castigar y perdonar⁶².

Ese rol preeminente del juez y la *harmonización* consecuente, arrastraban a una semántica del poder donde justicia, equidad y razonabilidad se destacaban⁶³. Si a ello se le sumaba el carácter fundamentalmente lego de la magistratura, pareciera que lo decible y lo practicable en dicho contexto dependiera del juez. Sin embargo, esto no implicaba que los magistrados actuaran sin una guía, y sobre todo, a la hora de escribir, formular el relato de lo acontecido y reenviarse los documentos de una sede de justicia a otra, principalmente para su control o revisión, de lo que podían provenir sanciones para el juez. En ese contexto, las prácticas funcionarían como regulador textual, lo cual se evidencia en la similitud que devuelven los archivos⁶⁴.

Precisamente, Alejandro Agüero muestra que, en el contexto dieciochesco, había tres elementos claves de influencia en el quehacer de los legos⁶⁵. El primero, era el de los escribanos. La ausencia de abogados desde esta perspectiva estaba salvada por la necesidad de revisión por parte de un asesor letrado, que en su acción instruía y transmitía conocimientos, los cuales como formalidades eran reproducidos por las justicias legas. En defecto de escribanos, la dominante presencia eclesiástica establecía mecanismos de control de lo actuable en este marco de prácticas, con un saber jurisdiccional que modulaba la escritura de las causas instruidas⁶⁶. Finalmente, señala el autor que había “un factor constante y

⁶² MASSIMO MECCARELLI, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, en G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI, *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, D. & Humbolt, 2012, pp. 62 y ss.; Ver, asimismo, AGÜERO, *Castigar...*, cit.

⁶³ MECCARELLI, *Dimensions...*, cit.

⁶⁴ Esto lo constata Barrera en cita a investigaciones de Faberman. Ver BARRERA, *Voces...*, cit.

⁶⁵ ALEJANDRO AGÜERO, “El testimonio procesal y la administración de justicia penal en la periferia de la Monarquía Católica, Siglos XVII y XVIII”, en *Fontes*, núm. 1, 2014, pp. 6 y 7.

⁶⁶ Ver, como ejemplo, MARÍA BARRAL, *De sotanas por la Pampa. Religión y sociedad en el Buenos Aires rural tardocolonial*, Buenos Aires, Ed. Prometeo, 2007; BARRERA, *Voces...*, cit., pp. 352-353.

silencioso: *la circulación de libros jurídicos y manuales de prácticas procesales y notariales entre los miembros principales del vecindario*⁶⁷.

Estos libros prácticos poseerían un gran impacto, aunque su contenido escapara al entendimiento cabal de la alta literatura. Es que, precisamente, auxiliaban a *semantizar* las acciones de la comunidad en una determinada cultura del orden. Ello, principalmente, se hace visible en el cuerpo de los textos donde no sólo se *ordenaban* los delitos, las penas, los modos de prueba, los auxiliares involucrados en la sustanciación del proceso, etc., sino que se daban las fórmulas sintácticas de redacción de cada uno de los pasos del proceso: *las formas de autos*. De allí, que la cotidianeidad se llenara de conceptos que excediendo a los lectores transmitían sentidos fundamentales. Sin embargo, esta porción del saber jurídico perviviría en la periferia de la Monarquía, encontrándose otras lógicas que buscaban imponerse en las plazas principales.

Al entrar al siglo XVIII se observa lo que De Certeau llama un síntoma de modernidad que caracterizaría el largo camino recorrido por la escritura de las prácticas criminales: es decir, el objetivo sería la “producción de un sistema, espacio de formalización, [que] tiene como ‘sentido’ remitir a la realidad de la cual se ha diferenciado con *vistas a cambiarla*. Pretende una eficacia social”⁶⁸. Esa producción textual, estaría vehiculada por nuevos fines institucionales. De allí, que a esos tres modos de expansión del saber procesal de carácter local, deba sumarse -a partir de la segunda mitad del siglo XVIII- un dispositivo de control creciente que no sólo estaba dado por la presencia de una oficialidad borbónica sino, también, por la Real Audiencia de Buenos Aires.

Como fue oportunamente analizado⁶⁹, la entrada de este Tribunal sumaría varios elementos de control, motivados en una serie de prejuicios contra los legos, los cuales, como señala Agüero, más que estar anclados en la falta de precisión jurisdiccional⁷⁰ activaban una lógica de la *distinction*, que funcionaría como discurso

⁶⁷ AGÜERO, *El testimonio...*, p. 7.

⁶⁸ DE CERTEAU, *La invención...*, cit., p. 148.

⁶⁹ AGUSTÍN CASAGRANDE, “Erradicando sus rústicos juzgamientos. La Real Audiencia y las justicias menores de Buenos Aires, 1785-1787”, en *Sudhistoria*, núm. 5, 2012. Cabe para este trabajo, la crítica sobre legos y letrados que se salva por el conducto de una cultura jurídica disciplinaria.

⁷⁰ Sobre este aspecto ver la interesante discusión que establece Agüero, con respecto a un trabajo clásico de Mariluz Urquijo sobre las relaciones entre legos y letrados. Ver JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “La Real Audiencia de Buenos Aires y la Administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato”, en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1952; ALEJANDRO AGÜERO, “Saber jurídico y técnica procesal en la justicia lega de la periferia. reflexiones a partir de documentos judiciales de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, en M. TORRES AGUILAR (coord.), *Actas del XV*

legitimador de una acción de poder de letrados europeos frente a una justicia de vecinos. Más allá de la veracidad o no de las razones expuestas, el fin de empoderamiento de la Audiencia puede mostrar la estrecha relación entre los textos de las prácticas y la dinámica institucional.

Si la utilidad había producido hacia mediados del siglo XVIII una separación de la práctica del armado teórico que componía su base y su esencia, la voluntad de uniformidad encontraría en unas maleables prácticas (por hallarse libradas de un sentido profundo) un dispositivo por demás efectivo de control. De esta manera, se irían preformando las prácticas como una materia más del quehacer legislativo, reglamentario. Un ejemplo de ello, está dado en un frustrado intento de 1788.

Dentro de la Real Audiencia de Buenos Aires, el Regente Mata Linares proyectaría una “Instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales”, que si bien nunca se sancionaría por el retraso del Fiscal Márquez de la Plata, buscaba unificar la práctica procesal de las justicias. Este documento pretendía normalizar las prácticas cotidianas a los fines de evitar que el máximo Tribunal perdiera su tiempo rectificando las actuaciones que se llevaban a su vista, y a su vez, para que evitar las disculpas de las justicias subalternas que, por su ignorancia o malicia, perjudicaban a la vindicta pública. Ahora bien, a la hora de presentar la memoria a su sucesor, Mata Linares, destacaba que la Instrucción había sido “sacada de lo que disponen las leyes y *de nuestros mejores prácticas*, clara, metódica y comprensiva de las formalidades que deben observarse”⁷¹.

Un ejemplo, que se remonta a las prácticas literarias, eran los formularios de actuación, que aparecían intercalados entre las disposiciones que debían ser seguidas por los jueces en la instrucción. Como ejemplo pueden verse los artículos 19 y 20 del citado proyecto:

19° El oficio del Juez servirá en las causas leves de acusador, y así hasta formal' auto de culpa y cargo al reo, y darle traslado para que se defienda en esta forma, u otra equivalente: 20° En tal Villa, o Partido, a tantos de tal mes de tal año D.

Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, a cura Córdoba, 2005, Tomo I, pp. 311-332.

⁷¹ JOSÉ MARÍA MARILUZ URQUIJO, “La instrucción circular para el mejor y más breve despacho de la formación de las causas criminales. 1788, proyectada por el Regente Benito de la Mata Linares”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, núm. 12, 1961, p. 177. Si bien se servía de una instrucción previa preparada para otras jurisdicciones, ello no negaba una voluntad de ordenamiento de lo decible en el contexto de actuación que componía el distrito de la Real Audiencia.

Fulano de tal, etc. Habiendo visto la sumaria información contra Fulano de tal, por este, o el otro delito dijo: Que de ella y de su confesión, resulta que dicho reo, cometió tal, y tal de los cuales delitos en la mejor forma que haya lugar en Derecho le hacía culpa, y cargo, y desde luego le da traslado para que dentro de nueve días siguientes se les cargue, con cuyo término recibía, y recibo la causa a prueba con todos cargos de conclusión, publicación y citación, para oír sentencia, y se ratifiquen los testigos de la sumaria. Y así lo proveyó, mandó y firmó, actuando por mí, y ante testigos a falta de Escribano⁷².

La materia procesal se ordenaba sin requerir de mayores conocimientos. Estaba destinada a “quienes no tenían aprecio por la lectura” y, sin embargo, hacían las veces de jueces. La reglamentación que, como poder nuevo, iba apareciendo en el territorio buscaba dar con tierra con las tradiciones del juez árbitro guiado exclusivamente por *su* prudencia. La constatación de los hechos, las formas de las declaraciones, etc. preparaban una cultura de la práctica procesal que cumpliera con los fines de una administración, que en el esquema de poderes iba quitando espacio a la mediación y abriendo el lugar a la aplicación.

Ese marco novedoso, dado por la positividad disciplinaria de la utilidad, la normalización y la celeridad en la sustanciación de las causas, sólo podía efectuarse una vez que la práctica fuera liberada de la teoría. La administración de justicia golpeaba las puertas de una cultura política. Sin embargo, lejos de subyugarla marcaría la pauta de una *tensión* que entrado el siglo XIX y a lo largo del siglo XX se debatiría entre la práctica local frente a un derecho que pretendería volverse “nacional”.

VII. CONCLUSIÓN: MÁS ALLÁ DE LAS PRÁCTICAS, LOS LENGUAJES

Mediante el análisis institucional puede verse cómo las prácticas criminales poseían una posibilidad de extensión hacia el quehacer cotidiano, incluso a falta de una circulación de las mismas en manos de los actores. La enunciación de estos elementos de coerción discursiva, de *normalización* hacia fines del siglo XVIII, dejan en claro que los niveles textuales no sólo se emparentan entre sí a la hora del análisis historiográfico sino que, más bien, establecen entre los documentos un conjunto de relaciones de preeminencia institucional que impactan sobre la reconstrucción histórica. Como decía Michel Pêcheux:

⁷² Ídem.

Ante un texto jurídico o científico, esta dificultad [la delimitación de lo que pertenece o no al corpus] no parece plantearse en la medida en que existe, en este caso, una institución (jurídica o científica, etcétera) a la cual se pueden referir los textos. Se debe, pues, señalar la diferencia entre el *análisis documental*, efectuado en el interior de una referencia institucional con fines que responden, en general, a las de las instituciones, y el análisis que llamaremos “no institucional”. [...] En efecto, el análisis documental supone fundamentalmente que las *clases de equivalencia* sean definidas *a priori* por la norma institucional misma⁷³.

Así, las relaciones entre textos -archivo, práctica criminal, legislaciones, etc.- muestran una estructura de análisis que requiere develar la lógica institucional que subyace a la intersección discursiva. Entre legos y letrados, entre sabios y rústicos, entre niveles de lenguajes, el poder institucional y los fines a que respondían -del gobierno político de la república a la búsqueda de la ordenación procedimental de la Audiencia- producían un orden de discurso que, sin aniquilar al actor, reducía su capacidad expresiva, al mismo tiempo que lo subjetivaba mediante la palabra autorizada. Pero, a su vez, eso no implica una dimensión estática sino que los cambios en las estructuras de poder y en los dispositivos desplegados para el sostenimiento del mismo -jurisdicción, legislación, etc.- impactan en las lógicas de las fuentes del derecho, y correlativamente en los valores que pueden darse a los documentos que en la actualidad de la traducción historiográfica se reúnen en el escritorio del estudioso.

Es así, que puede observarse que esta literatura y las hipótesis que acompañan a su reunión, son sólo un índice de problemas mucho mayores, que escapan a la materia jurídica procesal, y a la hora de trabajar entre la dogmática, la práctica y el archivo judicial, requieren de una doble vigilancia epistemológica. Por un lado, llaman la atención a un trabajo más profundo sobre el saber que revestía el decir judicial, ocluyendo una romantización de las prácticas en la cotidianeidad de los tribunales. Por otro lado, dada la diferencia entre las estructuras sintácticas reproducidas por los jueces en las causas que conforman hoy día los archivos, permiten relacionar lo escrito con modelos intermedios que vehiculaban distintas visiones del orden político. Esto equivale a decir, que la comparación de la textualidad del archivo con respecto a los procedimientos formularios de determinadas prácticas -Villadiego, Fernández de Herrera Villaroel-, remiten a saberes que el presente puede desconocer. Así, la práctica criminal es una

⁷³ Sobre el discurso y la institución, desde un análisis lingüístico, ver: MICHEL PÊCHEUX, *Hacia el análisis automático del discurso*, Madrid, Gredos, 1978, p. 29.

verdadera caja de resonancia de lenguajes y saberes, cuya lectura abre la puerta a una antropología política que permite reconocer el universo simbólico que componía la cultura del orden en distintos espacios de la Monarquía Española⁷⁴.

Claro está, que esto no imposibilita reencontrar la agencia de los actores y las relaciones sociales que se encarnaban en la misma. Es que precisamente, dicha capacidad se verá de manera más clara desbrozando la maleza tejida por un lenguaje altamente tecnificado como lo es el del derecho. El conocimiento de esa práctica escrituraria y de la conceptualidad que revestía sus enunciados, puede ser por demás fructífero para reencontrar estrategias novedosas, inteligencias, relaciones sociales, disrupciones, que muestran cómo los actores dentro de un marco de contención lingüística se movían con una plasticidad admirable.

Se quita, así, mediante una reconstrucción cultural la imagen de homogeneidad que un centro de poder alumbra sobre las periferias. De esta manera, la voz del actor en relación con el sistema se vuelve fundamental, e inteligible en un contexto que se incorpora al discurso de unos hombres atrapados en una semiosis que los interpelaba a practicar variadas formas de lenguaje. Ello incluso, cuando muchos de ellos aún hablaban lenguas de un mundo en disolución. Finalmente, cabe inquirir ¿Qué estructuras de lenguaje limitan estas páginas? Volver sobre esa cuestión implica un socio-análisis que no puede evitarse. Por ahora, a quién escribe le cabe saber que, tan sólo, ha pretendido con sinceridad aclarar unas nebulosas ideas.

⁷⁴ Ver BARTOLOMÉ CLAVERO, FERNANDO MARTÍNEZ, ALEJANDRO AGÜERO, “Ein Gespräch mit Bartolomé Clavero”, en *Forum Historiae Iuris*.