

LEY PENAL Y CULTURA JURISDICCIONAL

A propósito de una Real Cédula sobre armas cortas y su aplicación en Córdoba del Tucumán, segunda mitad del siglo XVIII*

por ALEJANDRO AGÜERO

RESUMEN:

Un caso criminal resuelto en 1771 en Córdoba del Tucumán (como testigo de una investigación mayor) y los argumentos desplegados una década antes en la tramitación de una real cédula que se aplicó en dicho caso, sirven de punto de partida para analizar algunos aspectos teóricos relativos a la concepción de la ley en el Antiguo Régimen. En particular, la documentación obrada ante el Consejo de Indias con motivo de aquella real cédula permite ilustrar de modo concluyente cómo operaba lo que un sector de la historiografía jurídica europea ha calificado como “gestión jurisdiccional del poder”.

PALABRAS CLAVE: Ley penal. Cultura jurisdiccional. Córdoba del Tucumán.

ABSTRACT

An analysis of theoretical aspects on the concept of law during the Old Regime, based on a criminal case resolved in Córdoba del Tucumán in 1771; that includes a prior debate of a Real Cédula applied by said tribunal, at the Consejo de Indias.

KEY WORDS: Penal law. Jurisdictional culture. Córdoba del Tucumán.

Sumario:

1. Introducción: la condena de Atanasio Cruz.
2. La Real Cédula de 1759, su origen y tramitación.
3. Legislar y juzgar, como ejercicios de jurisdicción.
4. Derecho Real, Derecho local y la noción sustancial de ley.
5. Ley, Derecho y Justicia.
6. Epílogo y conclusiones. APÉNDICE.

* Una primera versión de este texto fue presentado como ponencia en las I Jornadas Nacionales de Historia Social, La Falda, Córdoba 31 de mayo, 1 y 2 de junio de 2007. El autor es Investigador del CONICET y Participa en el equipo del proyecto HICOES III, SEJ2004-06696-c02-02 del Ministerio de Educación y Ciencia de España.

1. Introducción: la condena de Atanasio Cruz

El 15 de noviembre de 1771 el alcalde de segundo voto de Córdoba, don Joseph de Bejarano, condenó a muerte al esclavo Atanasio Cruz Garay por el asesinato con arma blanca del negro Cruz Pereyra. Antes de pronunciar el fallo el juez ordenó que se agregara a los autos el testimonio de una Real Cédula de 1759 por la cual se confirmaba una norma penal de extrema gravedad: según la real disposición, se debía imponer pena de muerte a toda persona de cualquier condición, que hiriese con armas cortas, aunque la herida no fuese de muerte¹. Al cabo de un proceso que duró casi un año, el alcalde dictó sentencia disponiendo, según la fórmula tradicional, que Atanasio Cruz...

...sea llevado por sus pies al suplicio donde fuese ajusticiado, publicándose la sentencia y la causa por que muere, y que padesca en la horca hasta que naturalmente muera... y que no se execute esta sentencia sin confirmacion de la Real Audiencia, a donde se remitiran los autos para que su Alteza en su vista determine lo que hallasse mas de justicia².

De todos los elementos que podrían ser objeto de análisis a partir de estos datos documentados en el Archivo, nos interesa detenernos en uno en particular: la ley. Mirado a la luz de la historiografía jurídica más difundida sobre el derecho penal hispano de antiguo régimen, el caso podría servir como un buen testimonio de lo que era entonces la aplicación de la ley penal. Según esta perspectiva, para los tiempos modernos, la ley penal es una expresión de la voluntad soberana en ejercicio del *ius puniendi*. Una red de oficiales pone en práctica, a lo largo del territorio, ese *derecho penal de la Monarquía Absoluta*³. Tampoco

¹ El testimonio de la Real Cédula y la sentencia en Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba [AHPC], Crimen, Legajo 31, expediente 11, año 1776, fs. 34v-36v. La real cédula fue publicada en RICHARD KONETZKE, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica 1493-1810*, v. III, tomo I, CSIC, Madrid, 1962, pp. 286-287 (núm. 176).

² AHPC, Crimen, Legajo 31, expediente 11, año 1776, fs. 36 r – v.

³ Cfr. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*, Salamanca, 1969, p. 24.

tendríamos dificultades teóricas si hubiésemos decidido apartarnos de la historiografía jurídica y hubiésemos echado mano de otros enfoques conceptuales, como el propuesto por Lenman y Parker, según los cuales estaríamos ante un caso típico de “state law”, contrapunto romanista y estatal de un más tradicional y difuso “community law” sustituido por aquél a lo largo de un cambio “revolucionario” desarrollado durante nueve siglos⁴. Desde uno y otro punto de vista, el derecho penal aparece como una herramienta de la “autoridad del Estado”, poniéndose de manifiesto su transformación moderna en el aumento de las disposiciones normativas, en una revisión de las definiciones de los delitos y en un incremento de la severidad de las penas⁵.

Sin pretender rebatir estos grandes consensos historiográficos, intentaremos aquí sugerir que tanto una como otra perspectiva teórica reducen notablemente la complejidad que encierra la noción de ley (de derecho en sentido objetivo) para los tiempos pre liberales, condicionando de este modo nuestra lectura del pasado. El déficit de estas perspectivas radica, desde nuestro punto de vista, en el fuerte componente voluntarista y uniformador que va asociado a la noción de “derecho estatal” con el que se caracteriza el orden jurídico de los tiempos modernos. Aunque, de uno y otro lado, se puedan reconocer diversas persistencias “pre estatales”, en ambos casos el derecho de la edad moderna tiende a caracterizarse como un producto legislativo de corte estatal y como tal, manifestación de un acto de poder soberano que pretende desplegarse de modo más o menos uniforme sobre el territorio. Trataremos de mostrar que esta perspectiva estatalista nos obliga

⁴“The gradual displacement of the former [community law] by the latter [state law], a process which began in the tenth century and lasted until the nineteenth century, was one of the central (yet most neglected) developments of European history, constituting a revolutionary change in legal methods and in the techniques of social control”. BRUCE LENMAN and GEOFFREY PARKER, “The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe” en V. A. C. GATRELL, BRUCE LENMAN and GEOFFREY PARKER (eds.), *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, London, 1980, pp. 11-48, p. 23.

⁵MICHAEL R. WEISSER, *Criminalità e repressione nell'Europa Moderna*, trad. italiana de D. Panzneri, Bologna, 1989, pp. 81, 90, 113; BRUCE LENMAN and GEOFFREY PARKER, “The State, the Community...”, cit. p. 15. Se destaca también el carácter utilitario de las nuevas penas, RUTH PIKE, *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison, 1983, pp. 3-5.

a leer las prácticas institucionales del pasado con una semántica que no le era propia y que responde, más bien, al modo en que hoy concebimos el fenómeno jurídico. Volvamos al caso e indagemos un poco más sobre la “ley” que se utilizó para “hacer justicia” en el proceso contra el esclavo Atanasio Cruz.

2. La Real Cédula de 1759, su origen y tramitación

Pese a su tipicidad aparente, el caso de Atanasio Cruz presenta, más allá de la cuestión de la “ley”, algunas características que no eran tan usuales en su época. Aunque suele tenerse la impresión contraria, la imposición de condenas capitales era un acto bastante poco frecuente en casi todos los distritos jurisdiccionales de antiguo régimen que han podido estudiarse a partir de fuentes judiciales⁶. Aunque era un recurso estipulado en numerosos textos normativos y para diversos delitos, en la praxis se utilizaba relativamente poco, reservándose para casos de una particular gravedad. Estaríamos pues ante uno de esos casos excepcionales, y lo sería no tanto por sus características intrínsecas –los conflictos entre esclavos no daban lugar a medidas particularmente graves⁷–, cuanto por el contexto social en el que tuvo lugar, como tendremos oportunidad de ver.

⁶ Véase, i. e., ABELARDO LEVAGGI, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (Primera parte)”, en *Revista de Historia del Derecho*, N° 3, Buenos Aires 1975, pp. 81-164, p. 89; WILLIAM B. TAYLOR, *Drinking, Homicide, and Rebellion in Colonial Mexican Villages*, Stanford, 1979, pp. 98-100; ANTONIO M. HESPANHA, “De Iustitia a Disciplina” en ÍDEM, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 203-273, p. 225; JOSÉ L. DE LAS HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austria en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1994, pp. 279 y 316 (aunque, como se ve por su título, no alcanza al siglo XVIII); TAMAR HERZOG, *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid 1995, pp. 212-213 y 242; CHARLES CUTTER, *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*, Albuquerque, 1995, p. 138. Para Córdoba, ANA I. PUNTA, “La aplicación de la justicia en Córdoba a fines del siglo XVIII. Cambios y permanencias durante el gobierno del Marqués de Sobremonte”, en *Actas del III Congreso de historiadores latinoamericanistas*, CD-ROM, Santiago de Compostela 2002, p. 12. Según nuestra propia base de datos, sobre una muestra aleatoria de 305 casos para los siglos XVII y XVIII, las penas capitales constituyen el 4%.

⁷ MARIO RUFER, “Violencia, resistencia y regulación social de las prácticas: una aproximación a la esclavitud desde el expediente judicial. Córdoba, fines del siglo XVIII” en *Cuadernos de Historia*, CIFYH-UNC, n. 4, 2001, pp. 195-228, p. 228.

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

El procedimiento que precedió a la emisión de la real cédula nos permitirá conocer en parte los razonamientos que podían justificar disposiciones penales de ese tipo. Además, nos proporcionará los argumentos para explicar por qué aquella real cédula no puede leerse simplemente como un acto normativo que vehiculiza una voluntad soberana desde el centro de la monarquía hacia la periferia. No hemos dicho hasta aquí que aquella real cédula no hacía otra cosa que confirmar una petición del cabildo de la ciudad de Córdoba que buscaba así,

⁸ Cfr. JOSÉ M. MARILUZ URQUIJO, “La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares” en *Revista de Historia del Derecho*, 4, Buenos Aires, 1976, pp. 141-159; ABELARDO LEVAGGI, “La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano” en *Revista de Historia del Derecho*, 6, Buenos Aires 1978, pp. 45-73; GIAN P. MASSETTO, “Sentenza (diritto intermedio)”, 1989, en *Enciclopedia del Diritto*, XLI, pp. 1200-1245; CARLOS GARRIGA y MARTA LORENTE, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), pp. 97-142.

por medios extraordinarios, afrontar una situación local que se consideraba igualmente extraordinaria. La génesis de la norma en cuestión nos obliga a retroceder casi dos décadas con respecto a la sentencia contra Cruz Garay. Veamos el *iter* institucional que dio como resultado aquella norma regia:

- 1) El 16 de octubre de 1755 el Cabildo de Córdoba hizo una petición dirigida al gobernador Juan Francisco Pestaña, en la que solicitaba que, “mediante no alcanzar la pena de azotes y vergüenza pública que cada día se ejecutaba por las justicias ordinarias para desterrar las armas cortas”, “ser muchas las muertes y heridas que con ellas hacían los indios, mestizos, negros y mulatos” (refiriendo muchos casos desde el año 1745) y “ser aquella gente tan depravada que se burlaba de tan afrentoso castigo”, se prohibiese el uso de las referidas armas y “el de las bolas (que en lo violento imitaban a las balas)” con pena capital y último suplicio, sin distinción de personas, así dentro de la ciudad, como en el campo, donde sólo se podrían permitir cuchillos romos, o despuntados para las labores en que fueren necesarios⁹.

No vamos a detenernos aquí a analizar esa percepción de alarma que tienen las clases principales hacia mediados del XVIII frente a lo que consideran un estado de permanente peligro por la desobediencia constante de las gentes de castas, en tiempos ya del “ocaso de la sociedad estamental”¹⁰. En cualquier caso, la solución que pretendía el Cabildo de Córdoba no resulta fácil de explicar a partir de la necesidad de mano de obra compulsiva que justificaba por entonces muchas otras medidas represivas dirigidas a ese sector de la comunidad. Real o fantasmática, la situación es percibida por los regidores cordobeses como extraordinaria y de ahí deriva la legitimidad de su pretensión, considerándola como un remedio también extraordinario.

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

¹⁰ ANÍBAL ARCONDO, *El ocaso de una sociedad estamental. Córdoba entre 1700 y 1760*, Córdoba, 1992, pp. 220-221. Los bandos de la época dan cuenta de ese temor a la desobediencia de la “gente dispersa y sin oficio”, véase, por ejemplo, ANA I. PUNTA, *Córdoba borbónica. Persistencias coloniales en tiempos de reformas (1750-1800)*, Córdoba, 1997, Apéndice, Documento III, pp. 268-269.

- 2) El 19 de octubre de 1755 el gobernador de Tucumán elevó por carta la representación del cabildo de Córdoba al Consejo de Indias.
- 3) El 9 de septiembre de 1756 el Consejo acordó pasar el expediente al fiscal para que se expida sobre el asunto.
- 4) El 22 de septiembre de 1756 el fiscal del Consejo evacuó la vista exponiendo las razones y fundamentos que concurrían para que en lugar de la pena de azotes y vergüenza, se aplicase la del último suplicio a los que se hallasen con dichas armas.
- 5) Ese mismo día, el Consejo, habiendo visto la respuesta del fiscal, resolvió que se despache Cédula a la Audiencia de Charcas (lo que se ejecutó el 8 de diciembre de 1756) para que informase su parecer sobre el contenido de la representación hecha por la ciudad de Córdoba y para que en el ínterin “estuviese a la mira de los excesos que en ella se referían tomando todas las severas providencias que considerase precisas para impedirlos, y castigarlos con el rigor que pedía su frecuencia, y gravedad”.
- 6) El 15 de octubre de 1758 la Audiencia de Charcas envió por carta al Consejo un testimonio de los informes solicitados y de las providencias tomadas para combatir los excesos referidos en la petición del cabildo de Córdoba. El tribunal dijo que ya se habían publicado bandos y providencias que imponían penas progresivamente agravadas para los que quebrantasen la prohibición de usar armas cortas, según la reincidencia y la calidad de las personas (a los nobles, doscientos pesos y un mes de cárcel por la primera vez, 300 por la segunda y dos años de presidio, y la de muerte por la tercera y a los plebeyos, doscientos azotes y dos meses de cárcel por la primera vez, por la segunda la misma de azotes y dos años de presidio y por la tercera la de último suplicio, disponiendo que, en todos los casos, se consultase al propio tribunal antes de ejecutar estas penas). Agregaba el informe de la Audiencia que siendo esto así, no había reparos para que el bando publicado en el Tucumán dispusiese que “la persona que hiriere con armas cortas, de cualquier condición que sea, incurra en pena de muerte, aunque el golpe no sea mortal y que seguida breve y sumariamente la causa se consulte con el gobernador la sentencia”.

- 7) El 6 de septiembre de 1759 el Consejo corrió vista de los informes de la Audiencia de Charcas al Fiscal para que se pronuncie nuevamente sobre la base de éstos.
- 8) El 19 de septiembre de 1759 el Fiscal respondió a la vista. Atendiendo a las razones de la Audiencia de Charcas, el Fiscal del Consejo opinó que no había motivos para denegar el pedido de la ciudad de Córdoba, y que se podía aprobar la norma referida por la Audiencia, pero que “semejantes determinaciones, como que son de tanta gravedad y de irreparable daño, se consulten primero con la Audiencia, como esta lo tiene dispuesto en los casos anteriores y no con el Gobernador, a cuyo fin se podrá librar la cédula correspondiente”.
- 9) Finalmente se expidió Real Cédula en este sentido, fechada en Buen Retiro el 17 de diciembre de 1759¹¹.

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

Quien conozca un mínimo de dispositivos jurídicos habrá rápidamente advertido que los pasos seguidos para la emisión de aquella real cédula tejen una trama que se asemeja, en sus elementos esenciales al menos, a un procedimiento judicial. Se parte de una alteración del orden que provoca un reclamo; hay una suerte de audiencia de parte, se “escucha” la petición de la ciudad; hay pedidos de informes y razonamientos que sirven para que la decisión resulte finalmente validada no tanto por el poder de la autoridad que la dicta, cuanto por la razón o la “justicia” que encierra la solución. Al igual que la sentencia de un juez,

¹¹ En el testimonio que consta en los autos judiciales en el Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba se ha puesto como fecha de la Real Cédula el “17 de septiembre de 1759”, mientras que en la Colección de Konetzke se ha fijado la fecha que citamos en el texto. Indudablemente ésta es más fiable porque resultaría además extraño que la real cédula tuviese una fecha anterior al de la vista fiscal.

cuyo valor normativo deriva de su adecuación material al derecho preexistente al conflicto que provocó su intervención, la norma pretendida por el Cabildo de Córdoba debía pasar también por un test deontológico de tipo sustancial. Una de las piezas documentales del expediente obrado ante el Consejo de Indias es particularmente ilustrativa acerca de este “modo judicial” de producir el derecho. El primer dictamen del fiscal del Consejo de Indias, evacuado el 22 de septiembre de 1756, nos ofrece un singular punto de observación para comprender cómo procede un letrado habituado a las tramitaciones de la corte y cómo su razonamiento se construye en función de un modelo argumental de exquisita factura jurisdiccional¹².

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

El segundo paso, es evaluar la prueba de los hechos: “antes de descender a la resolución de la gravísima materia de este expediente –dice el Fiscal– es necesario inquirir si son suficientes [...] los documentos de que se compone”; sólo así se podrá examinar –agrega– “la Justicia, o injusticia, que contiene la instancia que hizo el cabildo secular de aquella ciudad a su gobernador”. Atiéndase que para el fiscal del Consejo de Indias, “la representación del cabildo, como la carta del gobernador en que se incluye, son unos instrumentos simples, que no merecen fe alguna en lo contencioso...”. El fiscal no trata a las autoridades de la ciudad como instituciones “del Estado” sino como representantes de un sujeto (corporativo) que comparece, a través del gobernador, ante la corte a pedir una merced. Siguiendo con la valoración de la prueba, el fiscal hace una distinción: los documentos *no hacen fe para lo contencioso* pero tratándose de una providencia *gubernativa* bastará con la verosimilitud de lo dicho en las referidas cartas. El hecho de

¹² AGI, Charcas 210. Por el valor testimonial que ofrece este dictamen para nuestro argumento, lo transcribimos en forma completa como apéndice de este texto.

que estemos ante un modo judicial de legislar no quiere decir que no se concibieran diferencias operativas entre un proceso estrictamente judicial y un expediente destinado a producir una medida de gobierno, una providencia *gubernativa*¹³. El rigor formal en este caso era más laxo; no eran necesarias las rigurosas exigencias del sistema de pruebas legales¹⁴. Para la providencia *gubernativa*, sostiene el fiscal, basta con la *verosimilitud de los dichos*, sin importar la calidad del instrumento documental.

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

¹³ Sobre la oposición contencioso-gubernativo, CARLOS GARRIGA, voz “Gobierno”, en *Diccionario de términos sociales y políticos del siglo XIX*, Madrid, 2002, pp. 319-335.

¹⁴ Para el sistema de pruebas legales tardo medieval y moderno, GIORGIA ALESSI PALAZZOLO, *Prova Legale e Pena - La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

ordinarias del castigo¹⁵. Con estos argumentos, consideraba el fiscal que la extrema gravedad de la medida en cuestión se podía asumir “sin ofensa ni violación de la Justicia distributiva” y de un modo conforme con la “razón y la equidad”.

Fijados los hechos y reconocidos los principios con sus excepciones, el razonamiento vuelve sobre el caso para inferir una conclusión que enlaza los principios de “justicia”, “razón” y “equidad”—manifestación todos ellos de un orden objetivo trascendente—, con la solución pretendida. Así lo hace nuestro fiscal cuando sostiene que “no habiendo bastado en Córdoba del Tucumán la pena de azotes y vergüenza pública para que los indios, mestizos, mulatos y negros no llevasen armas cortas, con cuyo abuso han hecho y hacen tantas y tan alevosas muertes, sin respetar las personas que administran Justicia, es preciso que se aumente hasta la capital, para que horrorizados con el miedo de incurrir en ella se abstengan de estos excesos y logre aquel oprimido vecindario la quietud y sosiego interno que tanto necesita, siendo esta providencia tanto más justa, cuanto es mayor la dificultad de conducir los reos de semejante delito a los presidios que están distantes de aquella capital y de imponerles la pena de que sirvan en las minas por correr éstas de cuenta de particulares”¹⁶. Se aprecia en el final de la conclusión ese carácter “factual” del ordenamiento, es decir, esa sinergia entre los hechos y el derecho, entre las condiciones fácticas y las normas que permite derivar las segundas de las primeras¹⁷. La dificultad para conducir a los reos al presidio se convierte entonces en un nuevo argumento que se

¹⁵ Por ejemplo, la frecuencia de un delito en determinada jurisdicción podía ser argumento para proceder a ejecutar una sentencia “sin embargo de apelación” aun cuando el crimen no fuera “atroz”. Cfr. la opinión de CASTILLO DE BOVADILLA sobre la cuestión en FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, “Castillo de Bovadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen” en ÍDEM, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1999, pp. 179-252, p. 233.

¹⁶ Todas las citas en AGI, Charcas 210 s/f.

¹⁷ Sobre el carácter “factual” del orden jurídico, extendiendo el concepto por nuestra cuenta a tiempos modernos, PAOLO GROSSI, *El orden jurídico medieval*, trad. F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Madrid, 1996, pp. 76 y ss. Para comprender el valor justificativo de los enunciados fácticos en el discurso moral pre-ilustrado, haciendo posible y aun necesaria la conexión entre ser y deber ser, véase ALASDAIR MAC INTYRE, *Tras la Virtud*, trad. Amelia Valcárcel, Barcelona, 1989, cap. 5, pp. 74-86.

suma a los anteriores para reforzar la convicción de que se ha llegado a una conclusión necesaria y, como tal, válida, es decir, justa.

Por último, el fiscal hace una salvedad con respecto a la pretensión original de los regidores cordobeses: sostiene que no debe extenderse la norma a los que usen boleadoras “así por no constar que con ellas se han hecho muertes ni heridas, como por no saberse qué instrumento sea este”. Es decir que, además de no estar probado el hecho, tampoco se tiene conocimiento certero sobre el objeto en cuestión. El letrado de la corte no podía imaginar de qué clase de arma hablaban los capitulares de la más remota jurisdicción del imperio. Recordemos que según la doctrina jurídica, la ignorancia de los hechos podía dar lugar al vicio de la “obrepción” que, entre otras cosas, autorizaba a suplicar el cumplimiento de la norma, esto es, a “obedecer pero no cumplir” el mandato real¹⁸.

Hemos dicho ya que, luego de este dictamen, el expediente tramitado en el Consejo de Indias siguió su curso. Fue remitido a la Audiencia de Charcas y con la respuesta del tribunal se volvió a solicitar la opinión del fiscal, quien, de forma más escueta, aprobó la solución con las limitaciones señaladas –la obligatoria consulta de las sentencias ante la Audiencia del distrito–. Los términos de sendas vistas fiscales fueron los que finalmente materializaron el enunciado que se pregonó en Córdoba y sirvió para justificar la pena impuesta a Atanasio Cruz.

3. Legislar y juzgar, como ejercicios de jurisdicción

Una de las improntas más indelebles de nuestros esquemas actuales de organización institucional que se suele imponer sobre la lectura histórica, es aquella que nos exige tratar de modo sustancialmente distinto las funciones de legislar y juzgar. A partir de su formulación por el pensamiento ilustrado, los juristas de la época liberal han operado una suerte de hipóstasis con el dogma de la separación de poderes, convirtiendo dichas categorías, originadas en un preciso marco histórico político, en elementos cuasi naturales cuya presencia debe verificarse

¹⁸ Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La ley ‘se obedece pero no se cumple’. En torno a la suplicación de las leyes en el Derecho Indiano”, en ÍDEM, *La ley en América Hispánica. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, pp. 69-143.

en todo tiempo y lugar¹⁹. De este modo, cuando aquella separación no se da, se habla de “concentración” o de “confusión” como adjetivos que se predicán necesariamente de un modo autoritario o “irracional” de ejercer el poder. Para aquel esquema –hoy vigente–, mientras el poder de legislar remite esencialmente a un acto de voluntad que *crea* el derecho, el poder de juzgar se refiere, en cambio, a una capacidad de adjudicación que se limita a *declarar*, ante una situación determinada, el derecho preexistente. Nuestro caso nos ha puesto, sin embargo, ante una praxis institucional que difícilmente encaja en este marco de categorías. Más que frente a una “confusión” o “concentración” de poderes, la praxis descrita refleja una lógica distinta, una concepción cualitativamente ajena (con relación al presente) del ejercicio del poder público.

Desde la historiografía crítica del derecho se ha insistido en la necesidad de reconstruir el orden de categorías que daban sentido a los actos de poder de esa cultura ajena, proponiendo un mapa conceptual no tan vinculado al presente y, en consecuencia, más adecuado para nuestra lectura de textos producidos en el pasado. A través de una lectura densa de las fuentes doctrinarias del *Ius Commune* se ha buscado recomponer las piezas de una semántica que perduraría como sostén de la actividad institucional hasta los tiempos de las revoluciones liberales²⁰. En ese marco doctrinal, legislar y juzgar son concebidos como momentos de un mismo tipo de poder, definido por el concepto de Jurisdicción (*Iurisdictio*). El carácter nuclear de este concepto en la estructura semántica de aquel discurso ha llevado a dicha historiografía a acuñar la expresión “cultura jurisdiccional”, para identificar así este modo de estructurar y gestionar el poder. Según el lenguaje de entonces, quien tiene Jurisdicción tiene potestad para “declarar el derecho

¹⁹ Para este argumento, véase LUCA MANNORI, “Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime”, en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 39-65.

²⁰ Valga por todos, ANTONIO M. HESPANHA, “Una nueva historia política e institucional”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, XLI, (octubre-diciembre) 1996, pp. 9-45, o bien del mismo autor *Cultura jurídica europea, síntesis de un milenio*, Madrid 2002. En general sobre lo que sigue, CARLOS GARRIGA, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *Revista ISTOR*, Año IV, número 16, México, primavera de 2004, pp. 13-44.

y establecer la equidad” tal como lo afirmaba una perenne definición medieval. La definición valía tanto para la actividad de resolver conflictos entre partes –*declarando el derecho*– como para la de dictar preceptos generales –*estableciendo la equidad*–. La nota común de ambos modos de ejercer el poder, viene dada por el carácter esencialmente hermenéutico con el que son pensadas ambas operaciones, puesto que tanto juzgar como legislar se entienden como actos de interpretación de un orden normativo naturalmente preexistente. Dicho orden no es otro que un vasto conjunto de prescripciones fundamentales derivadas de una particular lectura de la naturaleza firmemente inculcada en la conciencia colectiva a través de la socialización religiosa (derecho divino, derecho natural teológico). Todo acto de jurisdicción, una sentencia o una norma general, para ser legítimo, ha de ser “justo”, “honesto”, conforme a la “razón” y a la “equidad”. La posibilidad de adjudicarle estos adjetivos es lo que constituye el principal fundamento de validez de los actos de poder. La retórica de legitimación era la misma, ya se tratara de una ley, o de una sentencia (*cuasi particularis lex*)²¹.

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

²¹ Cfr. PIETRO COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, 1969; JESÚS VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992; ANTONIO M. HESPANHA, “Representación dogmática y proyectos de poder”, en ÍDEM, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 61-84. Una síntesis sobre los rasgos esenciales de la “cultura jurisdiccional”, en ALEJANDRO AGÜERO, “Las categorías de la cultura jurisdiccional”, en LORENTE, M. (coord.) *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, pp. 20-58.

favorecía una adecuada “*interpretatio*”²² para que la decisión pudiera considerarse “justa”.

Estos principios operaban no sólo para lo que ya se podía distinguir como una “justicia judicial”, es decir, para el contencioso entre partes, sino que se imponían a cualquier actividad de las autoridades públicas, incluyendo el dictado de normas generales y aun aquellas actividades que hoy diríamos “administrativas”. La impronta procedimental, en mayor o menor medida, abarcaba así todo el espectro de decisiones que entraban dentro del amplio concepto de “justicia civil” o “Gobierno de la Justicia”²³.

Ciertamente que la disciplina de las formalidades necesarias para una decisión no era la misma en todos los casos. Como lo hemos señalado a la luz del razonamiento del fiscal del Consejo de Indias, la intensidad del rigor formal variaba de acuerdo con el objeto de la decisión, según se orientase la actividad a resolver un contencioso, a conceder una petición particular o a dictar una norma de carácter general. Si se trataba, por ejemplo, de una decisión tan soberana como la de modificar el distrito de una jurisdicción regia, se procedía previamente a escuchar a quienes podían resultar perjudicados, ya fueran los propios oficiales ejercientes del antiguo distrito, ya los súbditos que podían verse afectados en su acceso a la justicia del rey. La inobservancia de este tipo de deliberación daba lugar a una buena razón para impugnar la decisión por la vía contenciosa, cuando no para intentar una “legítima” resistencia a su cumplimiento. Al igual que la decisión judicial, una norma general podía ser impugnada por quienes se viesan afectados por la medida²⁴ y tuviesen, ciertamente, la capacidad social suficiente para mover el aparato de justicia.

²² Sobre el concepto de “*interpretatio*” en la doctrina bajomedieval, GROSSI, *El orden jurídico...* cit., pp. 168-179.

²³ Sobre este concepto, JERÓNIMO CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra...* [1597], Amberes 1704, ed. facsimilar Madrid, 1978, II, II, t. 1, p. 225. Para el argumento, LUCA MANNORI, “Giustizia e amministrazione...” cit.

²⁴ Los dispositivos existían: VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La ley ‘se obedece pero no se cumple’...” cit.; para la posibilidad de impugnar por vía contenciosa los bandos de gobierno, véase la doctrina de la Audiencia de Buenos Aires en VÍCTOR TAU AN-

4. Derecho Real, Derecho local y la noción sustancial de ley

El caso que nos ha traído hasta aquí también nos pone ante otra dificultad teórica derivada de nuestras representaciones actuales. ¿Era este derecho penal un campo normativo de factura “estatal”, es decir, era referible sin más al poder soberano de la Monarquía absoluta? Los esquemas clasificatorios que solemos usar para distinguir entre “poder central y local”, también producen distorsiones cuando los aplicamos al mundo preliberal. No poco ha contribuido en esto la exagerada dimensión y consecuencias que se han adjudicado al supuesto proceso histórico de “centralización” del poder operado en los albores de los siglos modernos. Una vez que se ha puesto en crisis la propia imagen de la Monarquía moderna como “estado absoluto” y “centralizado”, la cuestión puede considerarse desde claves diferentes²⁵.

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

Aunque el Pueblo Romano transfirió en el Príncipe la jurisdicción de hacer leyes, potestad del cuchillo, y elección de Magistrados, todavía reservó en sí la administración de otras cosas concernientes a otros menores gobiernos de la República, en los cuales el Pueblo tiene mano,

ZOÁTEGUI, *Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica)*, Buenos Aires, p. 57.

²⁵ Véase por todos, ANTONIO M. HESPANHA, *Visperas del Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Madrid, 1989.

y poder, aunque subordinado, y expuesto à la censura del Príncipe y sus Tribunales, y Justicia²⁶.

Esta potestad se calificaba como “gobierno político y económico”, es decir, como potestad cuasi “doméstica”, según la cual el gobierno de la ciudad (la política) se asemejaba al gobierno de una casa (a esto remite el adjetivo “económico” en su más puro sentido etimológico). Esta distinción permitía a los juristas reconocer un cúmulo de cuestiones en las que las ciudades podían actuar con plena autonomía, lo que naturalmente implicaba la capacidad de hacer ordenanzas vinculantes para su población. Una amplia variedad de cuestiones podían quedar incluidas en dichas ordenanzas: elecciones de oficios, provisiones de abastos, limpieza de calles, y en general, “cuantas conduzcan al bien común de los pueblos dentro de los límites de una pura economía”²⁷.

La imposición de normas con penas capitales se consideraba fuera de ese límite autónomo y por ello, para estos casos, no era suficiente el poder de “gobierno político y económico”. Tal capacidad punitiva correspondía, en principio, sólo a la *jurisdicción alta*, es decir, al *mero imperio*, atributo exclusivo de la *persona real*. Los juristas discutían si acaso los magistrados territoriales (como era en nuestro caso el gobernador), actuando en representación de la jurisdicción real, tenían competencia para imponer preceptos de esta índole y ante la duda optaban por reservar, salvo excepciones, esta facultad a la corona²⁸. Estos lugares comunes de la cultura jurídica llevaron quizás al gobernador Pestaña a remitir la representación de la ciudad de Córdoba al soberano. Sin embargo, las posibilidades para la producción de normas penales dentro del ámbito municipal no quedaban en absoluto cerradas. Aquí también podía operar un principio atributivo de poder tan abierto como

²⁶ JUAN DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, [1603], Madrid, 1771, P. I, §1, n. 7, p. 3.

²⁷ LORENZO DE SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos*, [1742], Estudio Preliminar de Francisco Tomás y Valiente, Madrid 1979, Cap. IV, § 2, p. 37.

²⁸ Cfr. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* Lib. III, Cap. VIII, n. 157, t. 2, p. 156. Me he referido a esta cuestión en ALEJANDRO AGÜERO, “Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana”, en *Cuadernos de Historia* Núm. 15, Academia Nacional de Derecho, Córdoba, pp. 237-310.

el de la *costumbre antigua*, o bien, considerarse subsanada la falta de jurisdicción por medio de la *confirmación regia*. La práctica castellana demuestra que no es posible delimitar la potestad estatutaria municipal por vía de un criterio material definitivo²⁹. Ya fuera el propio cabildo en forma autónoma ya con la intervención de la jurisdicción real (por medio del gobernador o el justicia mayor) las ciudades americanas produjeron un cúmulo de normatividad punitiva, con o sin confirmación real³⁰.

Los capitulares cordobeses, en tanto que su petición se tramitaba en el Consejo de Indias, habían recibido de la Audiencia de Charcas aquellas provisiones que el tribunal anunciaba en su informe a la Corte. En marzo de 1758, sobre la base de dichas provisiones, organizaron un grupo de 23 comisionados para aplicar las medidas contra la posesión de armas prohibidas. Las penalidades estipuladas por el cabildo no llegaban a la severidad pretendida en el expediente que pendía ante el Consejo, pero constituían auténtica normatividad penal, autorizada en este caso por el máximo tribunal del distrito. En consonancia con la Audiencia, el cabildo disponía que “ninguna persona de cualquiera estado calidad o condición que sea les permitan que carguen puñales cuchillos navajas con puntas, dagas, bolas, macanas ni armas de fuego a excepción de la correspondiente de las cavallerias en personas de distinción so la pena a los negros, mulatos, indios y mestizos, de doscientos azotes públicamente en un jumento y a los libres mas dos años

²⁹ Un panorama sobre la cuestión en Castilla, sin abrir juicio aquí sobre sus enfoques teóricos, en MIGUEL A. LADERO QUESADA, y M. ISABEL GALÁN PARRA, “Las ordenanzas locales en la Corona de Castilla como fuente histórica y tema de investigación (siglos XIII al XVIII)”, en *Revista de estudios de la vida local*, XLII (1983) pp. 85-108; ESTEBAN CORRAL GARCÍA, *Ordenanzas de los concejos castellanos. Formación, contenidos y manifestaciones (siglos XIII-XVIII)*, Burgos 1988; MIGUEL A. LADERO QUESADA, “Las ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII”, en *La España Medieval*, 21 (1998), pp. 293-337. Sobre autoridad que lo produce y los múltiples contenidos materiales del “derecho local”, TAU ANZOÁTEGUI, *Los bandos de buen gobierno...* cit., pp. 49-98.

³⁰ Cfr. ALAMIRO ÁVILA MARTEL, *Esquema de Derecho Penal Indiano*, Santiago de Chile, 1941, p. 23; CONSTANTINO BAYLE, *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid 1952, pp. 397-398; JOSÉ REIG SATORRES, “Normas penales en las ordenanzas de Quito y Guayaquil (siglo XVI)”, en *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, México 1995, pp. 1345-1368; TAU ANZOÁTEGUI, *Los bandos de buen gobierno...* cit., pp. 54, 96.

de destierro a los presidios de las fronteras de esta jurisdicción y a los españoles cien pesos de multa aplicados por mitad real cámara de su Magestad y gastos de justicia y de dos años así mismo de destierro unos y otros a los dichos presidios de estas fronteras que cumplirán invariablemente so cargo de que se les duplicara la suso dicha pena a los que quebrantaren dicho destierro...”. Los comisionados estaban facultados para imponer la medida a quienes sorprendiesen en flagrante delito³¹.

Entre provisiones de la Audiencia, bandos del gobernador, ordenanzas capitulares y cédulas reales se acumulaba una normatividad positiva, un derecho penal, que no era propiamente “estatal” ni “comunitario”; que no reflejaba necesariamente una estrategia “centralizante” en el ejercicio del *ius puniendi* de la monarquía y que, por otro lado, aunque no fuera fruto de prácticas comunitarias ancestrales, proporcionaba a la dirigencia local unos instrumentos adecuados para responder a las necesidades propias de sus intereses y de su contexto.

Aún así, no terminaba aquí el horizonte normativo que estaba a disposición de los hombres de la justicia y que bien podría incluirse, como de hecho resultaba incluido, bajo el campo conceptual de la “ley”³². No se puede olvidar, en primer lugar, que seguían operando en la cultura jurídica de entonces los argumentos que consagraban el carácter privilegiado del derecho consuetudinario, asimilado en cierto modo al derecho natural. Dichos argumentos, a contrario de lo que se suele creer, formaban parte del núcleo constitucional de la cultura jurídica del *Ius Commune*³³ y no fueron puestos en duda hasta los tiempos de la codificación³⁴. Recordemos el conocido pasaje de uno de los más ilustres manuales jurídicos de la modernidad castellana:

³¹ AHPC, Gobierno, Caja 4, carpeta 3, legajo 25.

³² Sobre la extensión de este concepto en el mundo indiano, aunque, como se podrá apreciar, en un sentido más restringido del que pretendemos asignarle aquí, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La noción de ley en América hispana durante los siglos XVI a XVIII”, en ÍDEM, *La ley en América Hispana...cit.*, pp. 27-65

³³ Véase el Proemio al Título II, Partida I, de ese monumento de *Ius Commune* en castellano que son las Siete Partidas.

³⁴ Interesa para su persistencia, BARTOLOMÉ CLAVERO, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pp. 59-60. Sobre la experiencia colonial, VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, 2001.

...la costumbre tiene autoridad, y potestad de Principe y fuerça de ley.... la costumbre da y concede jurisdicion, aun al que no la tiene.... la costumbre municipal, y de la patria, se reputa por ley y haze callar las leyes, y rescriptos de los principes... siendo la costumbre inmemorial fundada en razon, aunque sea contra ley, es visto ser aprobada por el Rey, y se ha de observar assi, sin que sea necessaria mas noticia suya...³⁵.

No era cultura que quedara encerrada en las bibliotecas. Los litigantes cordobeses del siglo XVIII, amparados por esta doctrina, podían sostener en pleito aquellas “verdades”, afirmando, por ejemplo, que “la práctica según todos deroga leyes y haze ley y en la ley ultima de testamentis dize Bartolo que el jues que obra contra la practica, es, inicuo, y Jaso, con Silba dizen que quando la practica es notoria, la sentencia dada en contra es nulla...”³⁶. Era sentido común de una “cultura preceptiva” que se transmitía por vía de la enseñanza religiosa y de aquellos textos jurídicos tan difundidos por entonces³⁷. El valor de la ley general se podía enfrentar abiertamente en el foro y afirmarse, como lo hacía otro litigante, que por “derecho antiguo y nuevo de estos Reynos, [el rey] aprueba y declara la costumbre de las ciudades y lugares por ley especial y que esta es mas lexitima quando [mas se?] opone al derecho positivo, a quien con fuerza de privilegio lo deroga, según derecho y común sentir de los doctores”³⁸.

Atiéndase a esta referencia al común *sentir de los doctores* o aquella a la “ley última” de un pasaje de Bartolo de Sassoferrato. “Ley” remite aquí a las palabras de los juristas. He aquí un nuevo factor de alteridad entre aquel mundo y el nuestro. Junto con las múltiples valencias normativas que la palabra “ley” podía tener, esta última era

³⁵ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores...*, III, VIII, n. 194-196.

³⁶ AHPC, Crimen, Legajo 5, expte. 5, año 1746, fs. 142r-v.

³⁷ Cfr. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano”, en *Revista de Historia del Derecho*, n. 17, Buenos Aires, pp. 351-408. Para el alcance de la expresión “cultura preceptiva”, los trabajos de Bartolomé CLAVERO, especialmente, “<Beati dictum>: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* [en adelante, *AHDE*] LXIII-LXIV, Madrid 1993-1994, pp. 7-148.

³⁸ AHPC, Crimen, Legajo 17, expediente 3, 1762, s/f.

una de las más prestigiosas. La tradición doctrinal tenía una capacidad normativa inimaginable en nuestros sistemas jurídicos y ello era así porque el derecho seguía siendo pensado, en última instancia, como un campo ontológico a indagar, antes que como un producto de la voluntad soberana. Porque esto era así, porque primaba una noción de validez que surgía de la adecuación de cualquier norma a los principios del orden trascendente, la ley enunciaba también un modo de “verdad”. Lo decía uno de los pleiteantes mencionados, que defendía su derecho a citar “leyes y autores” para que su caso se resolviera con la “luz y claridad con que nuestros católicos monarcas en sus leyes procuran descubrir la verdad”³⁹.

La ley real, como derecho impuesto por la Monarquía, tenía que hacerse un lugar en este amplio contexto de normatividad que no era posible ordenar por un criterio de jerarquía formal. La cultura jurídica seguía en esto la huella de sus patrones fundacionales de origen medieval⁴⁰. La norma que hacía justicia al caso se definía por criterios exquisitamente sustanciales, con independencia de que se tratase de una real cédula, de una ley recopilada, de un bando del gobernador, de una ordenanza del cabildo, de una costumbre inmemorial, de la *común opinión* de los doctores, de un precepto de la biblia o de las palabras de un santo⁴¹. Ante un panorama semejante, difícilmente podremos nosotros ahora clasificar el mundo de normatividad y los múltiples efectos vinculantes de aquella cultura, en esa estricta dicotomía conceptual basada en el alcance territorial de las autoridades políticas.

³⁹ AHPC, Crimen, Legajo 5, expediente 5, 1746, f. 216 r.

⁴⁰ Cfr. Jesús VALLEJO, “El Cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos (siglos XII-XV)”, (versión dactilográfica castellana de su contribución publicada en CARLOS PETIT y JESÚS VALLEJO, “La categoría giuridica nella Europa del Medioevo”, en GHERARDO ORTALLI (ed.) *Storia d’Europa, 3: Il Medioevo (secoli V-XV)*, Turín 1994, pp. 737-741.

⁴¹ Para el argumento, cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, “<Beati dictum>:...” cit. Sobre la utilización de la biblia como fuente normativa en los pleitos de la justicia secular cordobesa, ALEJANDRO AGÜERO, “‘Las armas de la Iglesia’. Saber religioso y auxilio espiritual, en la justicia secular de Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)”, en *Revista de la Junta Provincial de Historia, Córdoba*, 2007 (en prensa).

5. Ley, Derecho y Justicia

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

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

Bien conocido es el papel del *arbitrio* judicial, como modulador constante de la tarea de los magistrados. Por vía de *arbitrio*, los magistrados introducían innovaciones que, en los altos niveles jurisdiccionales, conformaban un modo más de normatividad conocido como *estilo* judicial. Visto desde las razones internas de aquella cultura, era

un elemento imprescindible para el funcionamiento institucional de la autoridad. Era una consecuencia directa del rechazo a la codificación del campo normativo. Los delitos no eran definiciones legislativas, sino más bien, como lo decía un práctico manual para escribanos, todo hecho “que contra Leyes Divinas, o humanas, y en perjuicio de tercero se hizo”⁴². No estando codificado el campo normativo, no existiendo obligación de fundamentar las sentencias, los magistrados no estaban más vinculados a un texto normativo que todo aquel campo difuso de prescripciones trascendentes que controlaban también, como hemos sugerido, la actividad de legislar. Por ello el arbitrio no se entendía como una delegación abierta a la voluntad del juez, sino como un desplazamiento del momento decisorio disciplinado igualmente por la “justicia, la razón y la equidad”⁴³.

En función de este marco de posibilidades, los manuales jurídicos transmitían una serie de mensajes a los magistrados en los que el respeto a un orden de virtudes resultaba prioritario frente a la observancia ciega de la ley⁴⁴. Recordemos una vez más a Castillo de Bovadilla:

...las leyes no se hazen para quitar a los hombres las vidas, sino para extirpar los vicios de las Republicas: ...las leyes rigurosas no son mas que para espantar, y las piadosas para executar. Y la razon es, porque el Legislador consideró las condiciones del culpado, y puso dureza en las palabras de las leyes, para espantar a los malos con el horror de las penas: y así el juez no ha de tener tanto respeto a las palabras dellas, como al sentido, el qual con piadoso entendimiento ha de traer á mansedumbre...⁴⁵.

⁴² GERÓNIMO FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica criminal, instrucción (nueva util) de substanciar las causas*, Madrid 1756 [1ª ed. 1672], Lib. I, Cap. V, § 17, p. 27.

⁴³ MASSIMO MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

⁴⁴ Ejemplos de esto en ALEJANDRO AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII”, *Revista de Historia del Derecho*, núm. 32, Buenos Aires, 2004, pp. 33-81.

⁴⁵ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores*, II, III, t. 1, p. 257.

Los juristas eran conscientes de que el rigor textual de las leyes tenía una funcionalidad *ad terrorem* que los jueces sólo en casos de extrema necesidad debían materializar en sus sentencias. Tal vez ésta fuera la razón que guió el destino de Atanasio. Por el contrario, los textos aconsejaban a los jueces actuar con moderación, templando el rigor de las leyes siempre que hubiese “justa causa” o proceder con “piedad” y “clemencia” porque era mejor, decían, “pecar en la misericordia, y dar cuenta de ello, que del rigor...”⁴⁶. Una infinidad de testimonios dan cuenta de la función de modulación que cumplían estas virtudes más sublimes que la justicia, como control del comportamiento de los magistrados⁴⁷.

Por mucho que en el XVIII la monarquía borbónica recurriera a doctrinas voluntaristas del derecho, la cultura jurídica se mostraba fuertemente adherida a aquellos esquemas que limitaban notablemente los márgenes de acción institucional, incluso en el campo soberano de la potestad legislativa regia⁴⁸. Obsérvese, por poner un ejemplo que nos permita trazar alguna analogía con la real cédula que ganó el cabildo de Córdoba en 1759, cómo se analiza en un texto para jueces, de mediados del XVIII, una pragmática de Felipe III por la que se imponía pena de muerte y confiscación de bienes “al que en pendencia o riña sacase pistolete o arcabuz pequeño, o tirare, aunque no mate ni hiera...”⁴⁹. Frente a esta “ley real”, decía el autor –Lorenzo de Santayana y Bustillo oidor regio en la Audiencia de Zaragoza– que dicha pragmática “no ha tenido observancia, y a la verdad es excesivo a aquel delito este castigo...”; y agregaba después: “Creería que, o aquella Ley se promulgó ad

⁴⁶ Ídem, p. 258.

⁴⁷ Para el argumento ANTONIO M. HESPANHA, “La Economía de la Gracia”, en ÍDEM, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 151-176. Para Córdoba del Tucumán, AGÜERO, “Clemencia, perdón y disimulo...” cit.

⁴⁸ A este respecto resulta muy ilustrativo el caso tratado en VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “La formación y promulgación de las leyes indianas. En torno a una consulta del Consejo de Indias de 1794”, en ÍDEM, *La ley en América Hispana...* cit., pp. 154-171, aunque podamos ahora matizar la adjudicación al discurso liberal que el autor hacía entonces a la presencia de estas limitaciones.

⁴⁹ SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político...*cit., P. II, III, p. 195. Véase N. R. [Nueva Recopilación de Castilla (1567), ed. facs. Madrid 1982] VIII. XXIII. 16. Pragmática de 2 de junio de 1618.

terrorem, que vulgarmente decimos, como otras, o que debe referirse a la Ley de Partida, por la que se impone pena de muerte al que en la Corte del Rey moviese pendencia o riña, si de ella se siguiese algún homicidio”⁵⁰.

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

Así como Dios nuestro señor es principio medio y fin de todas las cosas, así también es infinitamente bueno, sabio y justo, y en la Escritura santa se llama Fuente y Sol de Justicia. Por eso dice nuestro Código Español de las Partidas, que después que Dios hizo por su gran saber todas las cosas, mantuvo á cada uno en su estado, mostrando en esto su gran bondad y Justicia, y en qué manera la deben mantener aquellos que la han de facer en la tierra⁵¹.

La frase no pertenece a un manual de catequesis, sino a un manual de gobierno para los jueces “de los pueblos” y el texto aparece bajo un epígrafe que se titula: “Donde se define la justicia”. Por mucho que el discurso dieciochesco impusiese la expresión “Código Español”, el texto que se cita nada tiene de “código” en el sentido que había comenzado a adquirir esta expresión a finales del XVIII y que acabaría siendo el

⁵⁰ Ídem, P. II, III, p. 196. La referencia a las partidas es a *Partidas* II. XVI. 3.

⁵¹ LORENZO GUARDIOLA Y SÁEZ, *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos*, Madrid, 1785, pp. 1-2.

de hoy⁵². Junto con las Partidas, el autor cita además, a pie de página, a Castillo de Bovadilla, estableciendo así un punto de apoyo más cercano a su tiempo para dar solidez a una doctrina que no por medieval dejaba de ser operativa. De acuerdo con aquella doctrina medieval, “dar a cada uno lo suyo” podía significar mucho más de lo que nuestra perspectiva actual permite imaginar a simple vista. “Justicia” podía remitir a todas las relaciones que se ajustaban a la precomprensión armónica de la creación inculcada por la socialización católica. Por ello, nuestro práctico jurista dice un poco más adelante que Justicia es también,

maestra de la vida, estirpadora de los vicios, origen de la paz del estado, defensa de la Patria, inmunidad del vulgo, fortaleza de las gentes, medicina de los males, júbilo de los vasallos, templanza del ayre, serenidad del mar, fertilidad de la tierra, consuelo de los pobres, herencia de los hijos... [etc. etc]⁵³.

Lo que hoy puede sonar a poética metáfora entonces podía tener pleno sentido de “verdad moral” en un texto escrito “para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos”. A través de este discurso, las referencias últimas para decir sobre lo justo e injusto siempre podían buscarse más allá de la ley positiva y la determinación del derecho se desplazaba al momento de la interpretación. Se ha dicho por esto que estamos ante una justicia de “jueces y no de leyes”⁵⁴. Una justicia que, como se habrá advertido, era algo muy diferente a la aplicación de la ley.

6. Epílogo y conclusiones

Atanasio de la Cruz Garay fue ejecutado el 6 de febrero de 1777. Habían pasado poco más de cinco años desde que fuera condenado en primera instancia por el alcalde ordinario de Córdoba. Tal como lo dis-

⁵² Para el caso hispano, BARTOLOMÉ CLAVERO, “La idea de código en la ilustración jurídica”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 6, Sevilla, 1979, pp. 49-88.

⁵³ GUARDIOLA Y SÁEZ, *El Corregidor perfecto...cit.*, p. 19.

⁵⁴ MARTA LORENTE (Coord.), *De justicia de jueces... cit.*, especialmente, cap. 1 y 2.

puso la Real Cédula de 1759, respetando la cautelosa opinión del fiscal del Consejo, la sentencia fue consultada con la Audiencia de Charcas. La parsimonia jurisdiccional que había precedido a la aprobación de la norma, tuvo su correlato contencioso en los largos trámites que insumió la consulta ante el regio tribunal. Otra vez el procedimiento en el centro de la escena. Una justicia que no reconoce límites de legalidad positiva, apoya su legitimación en la virtud de los magistrados y en el rigor procesal⁵⁵.

El procurador de pobres de la Audiencia objetó precisamente el procedimiento seguido en Córdoba. Detectó numerosas nulidades e instó al tribunal a que los autos fuesen devueltos para que el reo tuviese oportunidad de demostrar sus excepciones. El 19 de febrero de 1772, la Audiencia devolvió la causa a la justicia de Córdoba, exigiendo que se instruyese nuevamente, respetando las formalidades del proceso. Casi dos años después, el 17 de diciembre de 1773, la causa regresó a Charcas. Esta vez el defensor intentó una estrategia sustantiva: alegó que no debía ejecutarse la pena capital y que sólo cabía una pena arbitraria, considerando la provocación de la víctima y el estado de embriaguez del reo, apoyando sus argumentos en la *opinión común de los doctores*. El 25 de junio de 1774 la Audiencia confirmó la sentencia de muerte. No hubo moderación ni clemencia para Atanasio. Sin embargo, hubo oportunidad para un nuevo giro procesal. El defensor de pobres suplicó la decisión de la Audiencia e insistiendo en sus razones volvió a reclamar una conmutación de la pena. Tras una nueva instancia contradictoria con el fiscal de la causa, el tribunal mantuvo su decisión, confirmando en revista la sentencia, el 8 de abril de 1775.

Mientras su causa se discutía en Charcas, Atanasio había hecho fuga de la cárcel, huyendo hacia Cuyo, donde fue capturado y reconducido a su prisión por una comisión despachada desde Córdoba. El 4 de febrero de 1777 algún hombre culto accedió a escribir en nombre de María Rosa Garay, parda libre, madre de Atanasio, un escrito documentalmente fundamentado en el que se pedía al alcalde de Córdoba que minorase la pena atendiendo al estado de embriaguez que padecía el reo en el momento de los hechos. No fueron suficientes las citas a lo mejor

⁵⁵ CARLOS GARRIGA, “*Justicia Animada: Dispositivos de la justicia en la Monarquía Católica*”, en LORENTE (Coord.), *De justicia de jueces...* cit., pp. 59-104.

de la doctrina castellana (Antonio Gómez y Gregorio López), para convencer al magistrado de que aún después de la sentencia definitiva se podía probar la inocencia del reo. La cuestión ya se había ventilado en la Audiencia y por lo tanto, respondió el alcalde, no ha lugar a dicha excepción. Dos días después la sentencia fue ejecutada.

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

A nuestros ojos era aquélla una sociedad estructuralmente injusta. Pero poco avanzaremos en el conocimiento de sus prácticas si no intentamos comprender cómo funcionaban internamente sus claves de legitimación discursiva y las creencias fundamentales que le daban sentido. Ese modo jurisdiccional de ejercer el poder era una consecuencia de los condicionamientos culturales que subordinaban el discurso jurídico a las claves del imaginario cultural. El carácter trascendente del orden social y la concepción esencialmente corporativa de la sociedad eran postulados fundamentales de la cosmología católica que se imponían al derecho y que daban por resultado una configuración institucional esencialmente orientada hacia la conservación de aquel orden. Eso era en el fondo la justicia y de allí su carácter central en el cuadro de las categorías institucionales.

La ley, como acto de jurisdicción, también competía a la justicia y funcionaba como explicitación de aquellas “verdades” transcendentales. Sólo así, como reflejo de un orden normativo superior, era un factor de vinculación. Pero no lo era más que otros preceptos derivados de una tradición textual plurisecular. En el fondo, las normas operaban como fuente de legitimación de decisiones constantemente desplazadas –ar-

bitrium mediante— hacia el momento específico de la determinación de los conflictos. La complejidad del campo de normatividad sustantiva debía resolverse en cada caso. Para ello debían mediar instancias de reflexión y deliberación en donde los preceptos fundamentales fueran contrastados con los condicionamientos contextuales y las razones de oportunidad y conveniencia. De ahí la importancia de los procedimientos previos, de las informaciones —que servían para vincular las razones con los hechos— y de la audiencia de los interesados. Todas estas limitaciones operativas derivaban de una antigua concepción medieval que no admitía una diferencia esencial entre legislar y juzgar. Los esquemas conceptuales que proporciona la noción de cultura jurisdiccional nos permiten así comprender las múltiples limitaciones a las que se veía sometida la potestad legislativa del príncipe, generalmente descuidadas por la imposición historiográfica de una visión estatalista del absolutismo que, adelantando una transformación que todavía requeriría un largo tiempo, reduce la “ley” a una mera expresión de la voluntad soberana.

APÉNDICE

*Dictamen del Fiscal del Consejo de Indias sobre la consulta hecha por el Gobernador de Tucumán a instancia de una representación del cabildo de la ciudad de Córdoba.
Madrid, 22 de septiembre de 1756 [AGI, Charcas 210]*

El fiscal ha visto una representación del Cabildo secular de la Ciudad de Córdoba del Tucumán, hecha a su Gobernador Don Juan de Pestaña Chumacero, y remitida por éste al Consejo a fin de que sobre el asunto que contiene se digno tomar la seria providencia que sea más conveniente.

En esta representación le manifestaron aquellos capitulares (luego que acabó la visita de la Provincia en que estuvo ocupado de orden de S.M.) que durante su ausencia, había sido muy grande el lastimoso cúmulo de muertes y heridas que habían hecho los indios, mestizos, mulatos y negros, dimanadas del prohibido uso de las armas cortas; que la pena de azotes y vergüenza pública que cada día se ejecutaba en los que eran aprehendidos con ellas, no había sido bastante para que se abstuviesen de llevarlas, por ser ésta una gente tan descarada que se burlaba de este afrentoso castigo; y que finalmente, para libertar a aquella república de los insultos que a cada paso padecía, era preciso que se aumentase la pena hasta la capital y de último suplicio; por lo que, después de haberle hecho presente los capitulares de aquella ciudad que en el año de 45 mataron a un Alcalde Ordinario de segundo voto; que en el de 53 hicieron lo mismo no sólo con otro Alcalde, sino también con 18 vecinos que murieron a puñaladas, sin contar otros muchos heridos; y que se continuaban con más frecuencia estas desgracias, como ya lo había visto desde que se restituyó a aquella capital; le suplicaron publicar bando, en que sin distinción de personas se impusiese pena de muerte a los que usasen de armas cortas, y de las bolas, que imitan en lo violento a las balas; observándose esta prohibición, no sólo en el recinto de la ciudad, sino también en el campo, donde se podría permitir el uso de cuchillos romos, y despuntados, para ocurrir a los afanes campestres.

El fiscal, en inteligencia de lo que queda referido dice: que antes de descender a la resolución de la gravísima materia de este expediente es necesario

inquirir si son suficientes, o no para tomar la que convenga, los documentos de que se compone, por no ser razón que sin este previo examen se pase a fundar la Justicia, o injusticia, que contienen la instancia que hizo el cabildo secular de aquella ciudad a su gobernador sobre que en lugar de la pena de azotes y vergüenza pública que hasta entonces se había impuesto a los transgresores del bando prohibitivo de las armas cortas, se subrogase al capital y de último suplicio.

Considera ciertamente el Fiscal que, así la representación del cabildo, como la carta del gobernador en que se incluye, son unos instrumentos simples, que no merecen fe alguna en lo contencioso; pero contempla al mismo tiempo que, habiendo de ser gubernativa la providencia que ha de recaer sobre este asunto no se requiere otra solemnidad que la verdad del suceso, desnuda de toda jurídica y legal comprobación.

Este innegable principio sólo deja arbitrio para disputar si esta representación y carta en que se incluye son por sí solas bastantes para calificar sin otro extrínseco requisito la certeza de los hechos que se refieren; de modo que pueda recaer una providencia gubernativa.

Realmente está persuadido el Fiscal que con el acto de haber enviado el Cabildo a su Gobernador que se hallaba ya restituido a la ciudad la representación, y con el de haberla incluido éste en la carta que escribió al Consejo para que tomase sobre ella la seria resolución que le pareciese, está superabundantemente calificada la verdad de los sucesos que se mencionan, sin que se eche de menos otra extrínseca comprobación por no ser verosímil ni que el Cabildo si no fueran ciertos, hubiese tenido la osadía de representárselos a un Gobernador que tan fácilmente podía averiguarlos; ni creíble tampoco que, sin estar éste cerciorado plenamente de la realidad de ellos, hubiese incluido en su carta la representación, ni pedido que sobre el asunto que contenía tomase el Consejo la providencia que le pareciese: circunstancias que convencen la verdad de los sucesos que se expresan en ella.

Supuesta ya la capacidad que tiene el expediente para admitir cualquier resolución, debe hacer presente el Fiscal que el objeto a que primeramente se dirige la imposición de las penas es la seguridad y quietud de los ciudadanos y la felicidad de la República, para que horrorizados los malos con el miedo del castigo que les espera, se contengan dentro de los límites que prescriben la razón y las sagradas leyes.

De aquí proviene que la cantidad y calidad de las penas no siempre debe atemperarse a la malicia de los delitos, sino al fin de que quede salva e ileso la sociedad de los ciudadanos, sin que los unos opriman y agravien a los otros, de tal suerte que, aunque la acción, por ejemplo, merezca sólo atendida su intrínseca malicia, la pena de azotes y vergüenza pública puede y debe extenderse hasta la de último suplicio si ya la experiencia hubiese hecho ver que la establecida con respecto a la calidad del delito no ha bastado para retraer los malos de que se abstuviesen de cometerlo; sin que por esto se pueda decir que se infringe y vulnera la Justicia distributiva; porque aunque sea cierto que según ella debe proporcionarse la pena con la culpa; también lo es que esta graduación debe hacerse por el Príncipe en quien reside la potestad de exacerbar el castigo cuando viese que no basta el definido anteriormente con la debida proporción al exceso; porque siendo de su cargo conservar los vasallos en la paz y quietud interna, procurando que no se ofendan ni injurien los unos a los otros, es consiguiente que se le concedan los medios para lograr este necesario fin; y que no bastando los comunes y ordinarios para reprimir la audacia de los malos y libertar a la república de los perjuicios que la causan con la frecuencia de sus criminosas acciones, pueda justamente valerse de los irregulares sin ofensa ni violación de la Justicia distributiva, aumentando el castigo al paso que vaya creciendo la repetición de los excesos.

De este principio tan conforme a la equidad y a la conservación de la república nace sin duda el que aunque el traer armas no sea acto malo por su naturaleza, sino sólo indiferente, por servir no sólo para ofender, sino también para defenderse, se haya prohibido sin embargo en todos los Reinos y Provincias el uso de aquellas que por la malicia de los hombres pueden ser más dañosas y perjudiciales; siendo en unas partes más graves las penas que están impuestas a los que traen las prohibidas, según la mayor o menor frecuencia de la trasgresión, y el mayor o menor daño que su abuso irroga a la república, y a la quietud y sosiego de los ciudadanos.

Esto que dicta la razón se halla comprobado aun dentro de estos reinos, pues, no obstante la pena que se establece en la pragmática contra los que fueren aprehendidos con las armas que se vedan en ella, hay ciertos lugares donde ha sido preciso exacerbar el castigo y aumentarle hasta el capital, o de último suplicio por haberse observado que esto era necesario para que con el miedo de la muerte se retrajesen sus naturales de traerlas y de perturbar con ellas la paz y sosiego interno de los ciudadanos.

Lo expuesto hasta aquí manifiesta que no habiendo bastado en Córdoba del Tucumán la pena de azotes y vergüenza pública para que los indios, mestizos, mulatos y negros no llevasen armas cortas, con cuyo abuso han hecho y hacen tantas y tan alevosas muertes, sin respetar las personas que administran Justicia, es preciso que se aumente hasta la capital, para que horrorizados con el miedo de incurrir en ella se abstengan de estos excesos y logre aquel oprimido vecindario la quietud y sosiego interno que tanto necesita, siendo esta providencia tanto más justa, cuanto es mayor la dificultad de conducir los reos de semejante delito a los presidios que están distantes de aquella capital y de imponerles la pena de que sirvan en las minas por correr estas de cuenta de particulares. En cuyos términos le parece al fiscal que, por lo que mira a los que usaren de armas cortas en el Tucumán, se debe imponer en lugar del castigo de azotes y vergüenza pública, con que han sido punidos los trasgresores del bando prohibitivo de ellas, el de último suplicio, cuya pena no se debería extender a los que usan de las bolas que imitan en lo violento, según se expresa, a las balas, así por no constar que con ellas se han hecho muertes ni heridas, como por no saberse qué instrumento sea este. Todo lo cual podrá el Consejo, si fuere servido, poner en noticia de S. M. o resolver lo que tenga por más conveniente. Madrid, 22 de septiembre de 1756.