

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

## **CUADERNOS DE HISTORIA**

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

I N S T I T U T O D E H I S T O R I A  
D E L D E R E C H O  
Y D E L A S I D E A S P O L Í T I C A S  
R O B E R T O I . P E Ñ A

# CUADERNOS DE HISTORIA

15

Córdoba  
2005

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
**Cuaderno de Historia XV** - 1ª ed. -

Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2006.  
374 p.; 23x16 cm.  
ISBN 987-1123-32-9

1. Historia.  
**CDD 982**

Fecha de catalogación: 23/05/2006

*Las opiniones vertidas en los distintos artículos son  
de exclusiva responsabilidad de sus autores.*

© Copyright by  
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.  
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina).

*Queda hecho el depósito que marca la ley*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES  
(Período 2004 - 2007)*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Dr. OLSEN A. GHIRARDI  
*Presidente*

Dr. RICARDO HARO  
*Vicepresidente*

Dr. ERNESTO J. REY CARO  
*Secretario*

Dr. HUMBERTO VÁZQUEZ  
*Director de Publicaciones*

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA  
*Revisor de Cuentas*

Dr. EFRAÍN HUGO RICHARD  
*Tesorero*

Dr. ARMANDO S. ANDRUET  
*Director de Publicaciones adjunto*

Dr. HORACIO ROITMAN  
*Revisor de Cuentas suplente*

Dirección: Gral. Artigas 74 - 5000 - Córdoba

Tel. (0351) 4214929 - FAX 0351-4214929

E-mail: [acader@arnet.com.ar](mailto:acader@arnet.com.ar)

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar)

REPÚBLICA ARGENTINA

### **Presidentes Honorarios**

Dr. PEDRO J. FRÍAS

Dr. LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO Y  
DE LAS IDEAS POLÍTICAS  
ROBERTO I. PEÑA**

**Autoridades**

*Director*

Doctor RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA

*Secretaria*

Doctora MARCELA ASPELL

*Miembros Titulares del Instituto*

Doctor LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Doctor RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA  
Doctora MARCELA ASPELL  
Doctor MARIO CARLOS VIVAS  
Doctor GUSTAVO SARRÍA  
Doctor NELSON DELLAFERRERA  
Doctor SERGIO DUBROWSKI  
Abogado LUIS MAXIMILIANO ZARAZAGA  
Abogada HAYDEÉ BEATRIZ BERNHARDT CLAUDE DE BETTERLE  
Abogado CARLOS OCTAVIO BAQUERO LAZCANO  
Abogada LUISA ADELA OSSOLA

*Miembros Correspondientes del Instituto*

Doctor ALEJANDRO GUZMÁN BRITO (Chile)  
Doctor MANLIO BELLOMO (Italia)  
Doctor EDUARDO MARTIRÉ (Buenos Aires)  
Doctor CARLOS GARRIGA ACOSTA (España)  
Profesor LUIS OSCAR COLMENARES (Salta) (†)

CUADERNOS DE HISTORIA

AÑO 2005

XV

Publicación del Instituto de Historia del Derecho  
y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña de la Academia  
Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Director: Ramón Pedro Yanzi Ferreira

## SUMARIO

### ***INVESTIGACIONES***

**EL *COMMON LAW* DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA  
(GÉNESIS Y EVOLUCIÓN)**

*Por Olsen A. Ghirardi*

**LOS DELITOS DE ORDEN SEXUAL: VIOLENCIA, INCESTO Y ESTUPRO EN LA JURISDICCIÓN**

**DE CÓRDOBA DEL TUCUMÁN (SIGLO XVIII)**

*Por Ramón Pedro Yanzi Ferreira*

**LA ACTIVIDAD DEL PROVVISOR EN CÓRDOBA. UN EJEMPLO DE LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XIX (1881-1883)**

*Por Nelson C. Dellaferrera*

**LOS BANDOS Y AUTOS DE BUEN GOBIERNO EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN (SIGLO XVIII)**

*Por Marcela Aspell*

**LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS EN EL DERECHO COMÚN Y EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO**

*Por Mario Carlos Vivas*

**AMÉRICA ENTRE LA FIDELIDAD Y LA REVOLUCIÓN**

*Por Eduardo Martíre*

**APORTES DEL NACIONALISMO AL DISCURSO PERONISTA**

*Por Susana T. Ramella*

**CIUDAD Y PODER POLÍTICO EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. LA TRADICIÓN CASTELLANA**

*Por Alejandro Agüero*

**EL FUERO MILITAR EN EL EJÉRCITO BORBÓNICO HISPANO**

*Por István Szászdi León-Borja*

**NOTAS**

**RESURGIMIENTO DE UN ANTECEDENTE PRESTIGIOSO**

*Por Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle*

**EL FONDO BIBLIOGRÁFICO DEL INSTITUTO**

*Por Matilde Tagle*

**CRÓNICA DE LAS ACTIVIDADES CUMPLIDAS DURANTE EL AÑO 2004**

## INVESTIGACIONES

## EL COMMON LAW DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (Génesis y evolución)

Olsen A. GHIRARDI \*

**Sumario:** 1. Su adopción. 2. Oliver Wendell Holmes (1884-1935). 3. Benjamín Cardozo (1870-1938). El caso “MacPherson v. Buick Co.”. 4. Análisis del caso. 5. El voto disidente de Willard Bartlett. 6. El “principio” (contenido en el precedente) y la experiencia del caso concreto. 7. Roscoe Pound. (1870-1964). 8. El caso “Ciraolo v. City of. New York”. 9. Reflexiones acerca del sistema. 10. Desplazamientos semánticos.

1. Nadie ignora que los Estados Unidos de Norteamérica tienen su propia Constitución nacional y cada Estado de la Unión tiene la suya, así como nosotros tenemos una Constitución Nacional y cada provincia tiene también la suya propia. Al decir esto prescindimos de los matices particulares de cada país y de las vicisitudes por las que cada uno pasó para lograr su organización política y jurídica.

Los Estados Unidos, no obstante tener su Constitución y diferenciarse *en ello* de Inglaterra - a cuyos habitantes dejaron en la felicidad de la Carta Magna de 1215- adoptaron, respecto del derecho privado, el sistema del *common law*. Es decir, tienen también dos cuerpos de normas: un derecho escrito, las leyes ordinarias originadas en el Congreso, y un derecho común, denominado *common law*, surgido de la actividad judicial, en las causas que constituyen en los conflictos privados un *case law*.

James M. Walker en su obra (1852, *The theory of the common law*, The Lawbook Exchange, Ltda., Unión, Nueva Jersey, edición de 1998), asevera que, en el país del Norte “*el derecho es una colección de principios y la ciencia del derecho no trata de ellos en cuanto principios abstractos, sino en cuanto se refieren a las cosas concretas*”. Esto, naturalmente, implica una actitud como la que hemos denominado *actitud inglesa*”.

Recalca el autor citado, el aspecto empirista del espíritu anglosajón inglés, que sus primos americanos adoptaron, de tal manera que los investigadores y los juristas nunca descienden de lo general a lo particular; y tampoco ascienden de lo particular a lo general, que es el método adecuado para descubrir la verdad científica. Diríamos que, en el caso particular del *common law*, van de lo singular a lo singular, característica típica de su particular ciencia jurídica. Nadie puede negar, en verdad, que es innegable que las ciencias jurídicas no participan de los caracteres de las ciencias exactas.

El método geométrico o demostrativo, ha sido aplicado con gran suceso por las ciencias particulares, sin embargo, no puede considerarse que el rango de la ciencia jurídica sea de la misma clase que el de la geometría, se lamenta Walker. Los términos de la geometría no albergan ambigüedades, los temas de que trata son independientes de las cosas y su vocabulario es cuidadosamente definido. Se diría que sus propiedades y sus relaciones son inmutables.

Con la ciencia jurídica no ocurre lo mismo. Más todavía, en una concepción realmente empírica, en la que los jueces parten siempre de lo singular y concreto y se esmeran por encontrar un precedente que se adecue al caso, también singular y concreto, el método no puede ser el mismo que el de la geometría. La realidad histórica, cuya materia nutre a la ciencia jurídica y a las ciencias sociales en general, es mutable, variable, cambiante, según los lugares y los tiempos.

Por cierto, una constitución, de alguna manera cristaliza una concepción política y jurídica. Así, los Estados Unidos se dieron una Constitución definitiva en 1787, con lo que se logró una unión más perfecta entre los Estados que formaron la Nación.

Con una figura muy simpática, James Walker, asegura que en ese régimen, la Constitución es la ley suprema pero no la fundamental. De esa manera, el *common law* fue reconocido como la *ley de la tierra*. Adoptaron viejos principios ingleses, tradicionales costumbres, que fueron adaptadas en un nuevo medio natural y social y según las circunstancias vividas por el pueblo de las colonias americanas.

Además, muchos de los abogados coloniales habían estudiado en Inglaterra y tenían un perfecto conocimiento del sistema del *common law* inglés. Las causas judiciales, con la Constitución, recibieron -afirma Walker- una *new energy and impetus*. Por eso, el *common law norteamericano* contribuyó a preservar la unidad de la Nación, fortaleció la convivencia solidaria, controló y reforzó la tarea del Estado y mantuvo la integridad familiar. De igual forma, ese mismo sistema, al afianzar los principios fundamentales, se consolidó a sí mismo como sistema jurídico nacional, en forma coherente, pacífica y ordenada. No debe entenderse, con absoluta seguridad, que haya sido un amasijo de elementos dispersos, sin orden ni concierto. La unidad jurídica de la Nación, en sus principios y en sus formalidades, devino tan sólida, como la unidad política.

En esa tarea, insignes juristas y prestigiosos jueces tuvieron un papel fundamental. Es probable que ese fuera el elemento creador, que gravitó hondamente. Hombres inteligentes y prudentes, sumamente empíricos y pragmáticos, tuvieron el tino de advertir que el derecho está siempre “*adoptando nuevos principios de la vida, por un lado, y reteniendo otros viejos de la historia, por otro lado*”, según expresiones de Holmes, tal como las desliza en su libro ya citado al comienzo de esta obra. El mérito, pues, consistía en compatibilizar ambos aspectos y eso es lo que hicieron. El derecho consuetudinario recibido fue reformado e hicieron un molde propio y nacional, que el pueblo apreció y respetó.

Si leemos atentamente a Holmes advertiremos que se alegraba de no tener que lidiar con fórmulas silogísticas propias del *civil law* (derecho continental) y se aferró al sistema inglés, cuya flexibilidad inspiraba un derecho de avanzada en sus contenidos realistas y sociales, que la experiencia vívida les mostraba. De ahí su famosa frase: la vida del derecho está en la experiencia; no en la Lógica. Y creemos que escribió tal sentencia después de la lectura de Walker, para manifestar su desacuerdo con citas que añoraban fórmulas geométricas -demasiado cercanas al silogismo- para dotar a la aplicación del derecho de una seguridad largamente anhelada.

Pero, acerca de la adopción del sistema del *common law* no hubo duda ninguna. Diríamos que fue entusiastamente reconocido y aceptado como un *sistema completo*, por la comunidad de las colonias inglesas, a tal punto que la Constitución de Nueva York lo declaró como parte del derecho de su territorio, según se había en ella estatuido. Por lo demás, la equidad fue también parte esencial del derecho norteamericano, gracias a la influencia del juez James Kent, quien

pugna por ello en su reconocida obra *Commentaries on American Law*. Igualmente, Joseph Story compartió con Kent la tarea de introducir la equidad en el sistema jurídico norteamericano, al afirmar en forma sintética como conclusión que “la característica de la equidad consiste en suplir las deficiencias del derecho” (*Commentaries on Equity Jurisprudence*). Podríamos concluir, *brevitatis causa*, que fueron Kent y Story quienes le dieron a la equidad un sesgo especial y típico en su forma norteamericana.

Los juristas de los Estados Unidos, en verdad, reelaboraron el *common law* según su propia perspectiva y contribuyeron a definirlo como un campo de principios derivados originariamente de costumbres que estaban contenidos en los fallos de los tribunales supremos y también en leyes *ad hoc* promulgadas para corregir o ampliar las decisiones de los jueces. No obstante, en general, los norteamericanos no fueron nunca partidarios de una codificación general de las normas jurídicas. Esto equivale tanto como a no compartir la predilección por el derecho civil codificado (*civil law*).

El elemento clave de la perdurabilidad del *common law* es la existencia, en el sistema, de la doctrina del *precedente* obligatorio, que hicieron suyo. Todo condujo, por propia gravitación, a admitir que las decisiones de los tribunales superiores de la jerarquía judicial era obligatoria, de tal manera que el propio tribunal supremo del país quedaba vinculado por sus mismas sentencias. Por las causas expresadas, el pueblo pudo gozar de un sistema que, al mismo tiempo que otorgaba seguridad y estabilidad jurídicas, tenía siempre la puerta abierta y era flexible a las nuevas evoluciones sociales y a los cambios que la época de la tecnología aportaba al progreso de la Nación. Ello, unido a una serie de jueces sabios, prudentes, honestos y pragmáticos, hizo el resto.

2. Asimilado lo que va dicho, la mejor manera de adentrarse en las características propias del derecho norteamericano, que no fue una mera copia del derecho inglés, es hacer un breve esquema de las ideas de las personalidades que lo elaboraron.

Comenzaremos con Oliver Wendell Holmes (1841-1935). Se ha dicho con fundamento que su obra doctrinaria es el punto de partida de la ciencia jurídica norteamericana. Una de sus obras más importantes es, sin duda, la monumental *The common law*, escrita -como dijimos- en 1881, en la que estudia las formas tempranas de responsabilidad por daños resarcibles, según el método histórico, para mostrar su evolución e iluminar sus caracteres.

El perfil singular de Holmes quedó fijado con su pertenencia a la escuela intelectual, literaria y científica de Boston-Cambridge. De tal forma, su amplia visión del mundo científico y su notoria cultura acerca del pensamiento filosófico inglés quedó plasmada con la lectura de autores como Locke, Hobbes, Hume, Stuart Mill y Spencer. Conoció, además, las teorías de Darwin y Peirce.

En su patria formó parte del *Metaphysical Club*, en cuyo seno se comentaba y se leía también a Jeremías Bentham, a Darwin y otros intelectuales ingleses de la época. Así nacieron sus preferencias por las ideas jurídicas basadas en el evolucionismo social y en el pragmatismo. Llegó a ser profesor de Harvard y miembro de la Suprema Corte de Massachussets (1882-1902) y de la de los Estados Unidos (1902-1932).

Si bien es cierto que llegó a la fama elaborando su teoría del *common law*, con los fundamentos que hemos señalado, alcanzó el cenit intelectual con la obra *The path of the law* (1897), en la que elaboró cuidadosa y sólidamente la teoría de la *predicción*. De ahí que definiese el derecho como “la previsión (o profecía) de lo que harán los tribunales”. Un buen abogado, con todos los elementos del caso, hará el diagnóstico (y la profecía) de lo que juez fallará al sentenciar la causa. El jurista -según Holmes- debe tener la vista más fija en lo que hace y dice el juez que en el legislador.

En su pensamiento, el concepto de lo que es el derecho -en el sistema del *common law*- queda mejor precisado si enunciamos cuáles son sus caracteres. Así, diríamos que:

- a) el derecho debe definirse con relación al *futuro* y no con relación al pasado;

- b) el derecho no se encuentra: *se crea*;
- c) el derecho, no es preexistente, pero sí, *previsible*;
- d) se distingue de la *moral*;
- e) a su vez, la *Lógica*, por sí sola, no es suficiente para explicar el derecho;
- f) el juez debe ser prudente, pues no tiene licencia para resolver lo que se le ocurra;
- g) el juez no debe olvidar utilizar el *método* adecuado al objeto de su estudio;
- h) y, sobre todo, no debe olvidar que el derecho *emana* de los tribunales.

Imbuido del evolucionismo de Darwin y de Spencer, sostiene que el derecho evoluciona doblemente: a) mediante su *sustancia* (en su sentido dispositivo y en el logro de sus objetivos); b) en su *forma* (esto es, en sus conceptos, en las instituciones que lo fijan y en los razonamientos que lo justifican). Los cambios en su sustancia lo armonizan con la evolución social; y los cambios en la forma, que se dan más lentamente, surgen con las reglas emanadas de un cierto número de precedentes, que, poco a poco, toman un sentido diferente de su punto de partida.

En la teoría de Holmes se trata de demostrar que los precedentes sobre los cuales la regla se fundamenta, con el tiempo, no se tienen presentes, es decir, se pierden de vista, y el enunciado se transforma, bajo la presión de nuevos rumbos sociales, en otro precedente, que asume un nuevo sentido, en ocasiones extraño a la de la época originaria.

Machaconamente Holmes insiste en que el crecimiento y la evolución del derecho no dependen de meras cuestiones lógicas, sino de las vicisitudes que la experiencia atesora. Como ya lo hemos dicho, sin duda que esto es así porque la Lógica tiene solamente -un objetivo instrumental, si bien importante- pero el estímulo para el cambio sustancial es dado por la experiencia.

No debe creerse -sin embargo- que Holmes, según interpretamos, desdeña absolutamente el rol de la Lógica en el derecho. Hemos dicho que, posiblemente, en su empeño en asignar una gran preponderancia a la experiencia, no le dé la dimensión adecuada. Y es probable que haya procedido de esa manera, por cuanto treinta años antes, en la época de Walker, se exageraba la importancia de la Lógica y se incurría en el error de pretender el uso del método deductivo, que no era el método propio del *common law*, ya que en este sistema priva el método inductivo, acorde con la importancia que se le asigna a la experiencia.

El prestar atención a la experiencia y a los cambios sociales y económicos tuvo como consecuencia que se produjera una gran confianza en las ciencias sociales nacientes: las aspiraciones sociales fueron mejor atendidas desde entonces y sus fines cuidadosamente estudiados.

Se ha dicho que el estudio de la evolución social y del progreso fue un *dogma universal de la época*. Progreso, evolución y lucha, fueron tres palabras mágicas, que ocuparon la mente de los intelectuales y de los pragmáticos. Y, en ciertas esferas, era común aceptar la idea del sacrificio del individuo en aras de una sociedad mejor.

Hubo, pues, una tendencia en poner el acento en el estudio de la realidad social. Así, el estudio de las costumbres, de las creencias de la época, de sus necesidades y de los elementos inconscientes, trazaron el cuadro fundamental de las inquietudes intelectuales.

A partir de todo ello, se insinuaron dos corrientes fundamentales en la reflexión jurídica norteamericana: a) la escuela de la *sociological jurisprudence* (en la que el derecho se enlaza con la sociedad); y b) el movimiento *realista* americano (que profundiza la teoría de la predicción).

3. Otro hito innegable, en este proceso, fue Benjamín Cardozo (1870-1938), quien se propuso "*impregnar de espíritu filosófico a la moderna jurisprudencia norteamericana*". Logró gran prestigio como miembro de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York y, luego, accedió a la Suprema Corte de los Estados Unidos, designado por el presidente Hoover. Se

podría sintetizar su labor con un párrafo lapidario: “Adoptó la ley a las necesidades de los individuos que forman parte de una sociedad transformada por los progresos de la industrialización y la tecnología”.

En uno de los casos más famosos en que le tocó actuar y que orientó la jurisprudencia norteamericana dijo: “Las sentencias de la época en que se viajaba en diligencia no son aplicables a las condiciones de transporte actuales. El principio de que el peligro ha de ser inminente no cambia, pero las cosas objeto del principio cambian, según lo exigen las necesidades de la vida en una civilización en desarrollo”. Se trata de la causa que transcribiremos seguidamente en forma fragmentaria.

**“MacPherson v. Buick Motor Co.”, Court of Appeals of New York (1916).**

Cardozo, J., dijo: *“El demandado es un empresario que produce automotores. El ha vendido un automóvil a un revendedor, el cual a su vez lo ha vendido al actor. El actor iba manejando cuando el automóvil imprevistamente se rompió; él fue lanzado hacia fuera y se lesionó. Una de las ruedas se había fabricado con madera defectuosa y sus rayos se rompieron en pedazos. La rueda no fue fabricada por el demandado; había sido comprada a otro productor. Además se probó que sus defectos podrían haber sido encontrados mediante una inspección que fue omitida.*

*La cuestión que es necesario determinar, en consecuencia, es si el demandado (fabricante de automotores) tenía una obligación de diligencia y vigilancia en relación de otras personas, que no fuera el inmediato adquirente (o concesionario)*

*Los fundamentos de esta rama del derecho, al menos en este Estado habían sido expuestos en el caso Thomas v. Winchester. En ese caso una sustancia venenosa, erróneamente embotellada y etiquetada, se vendió a un farmacéutico que, a su vez, la vendió a un cliente. El cliente obtuvo el resarcimiento de los daños en relación al vendedor que había colocado la etiqueta al producto. Se dijo entonces: “La negligencia del demandado ha puesto en peligro inminente la vida humana”. Es presumible que un veneno erróneamente etiquetado causará daño a cualquiera que tome el contenido. Dado que ese peligro es previsible existe una obligación de evitar la producción del daño.*

*Thomas v. Winchester rápidamente deviene un hito fundamental en esta rama del derecho norteamericano.*

*En la aplicación concreta del principio afirmado en ese caso, alguna vez puede haber habido alguna incertidumbre o hasta algún error. Pero en este Estado el principio en sí no ha sido puesto en duda ni menos aún desconocido. Los casos con valor de precedentes son bien conocidos, y puede ser útil recordar algunos. El más antiguo es Loop v. Litchfield. El caso lo constituía un pequeño defecto en una rueda de balanceo usada en una sierra circular. El productor hizo notar el defecto al adquirente que buscaba un artículo barato y por lo tanto asumía el riesgo. Este riesgo difícilmente podría calificarse como inminente, desde el momento que la rueda duró cinco años antes de romperse. En el interin el adquirente había alquilado el objeto. Se sostuvo entonces que el productor no era responsable en relación al locador. Luego se dio el caso Loop v. Litchfield; sigue Losee v. Clute. Se trataba de la explosión de un calefón. Tal decisión fue criticada pues debíase limitarla a los particulares hechos de especie.*

*Estos casos más antiguos sugieren una lectura restrictiva del principio de derecho formulado en Thomas v. Winchester. No obstante, en casos posteriores se evidencia una aproximación más liberal del resarcimiento. El primero, en orden de importancia es Devlin v. Smith. El demandado era un locador de obra que construyó un andamio para una compañía que se dedicaba a pintar edificios, cuyos dependientes sufrieron daños, ya que el andamio se quebró. El locador de obra (fabricante del objeto) fue juzgado responsable. Se dijo que él sabía que el andamio se había construido de un modo inapropiado, en cuyo caso fue considerado un instrumento peligroso; se dijo que él sabía que iba a ser usado por los operarios. Lo habían*

*construido precisamente con esa finalidad de uso. Habiéndolo construido para que ellos trabajaran, tenía en relación a ellos la obligación de hacerlo con diligencia, prescindiendo del hecho que su contraparte contractual fuese el empleador.*

*De Devlin v. Smith pasamos a una serie de casos intermedios para llegar al último caso en el cual esta Corte -dice el juez Cardozo- ha seguido la solución dada en el caso: Thomas v. Winchester. El caso es Statler v. Ray Mfg. Co. El demandado había fabricado un gran recipiente de café que fue instalado en un restaurante. Una vez calentado, el recipiente explotó hiriendo al actor. Se sostuvo que el recipiente "al momento en el cual debía ser utilizado con la finalidad para la cual había sido proyectado, era por su misma naturaleza apto para convertirse en fuente de grave peligro para muchas personas, se había fabricado en modo negligente e inadecuado".*

*Puede ser -decía Cardozo- que en Devlin v. Smith y Statler V. Ray Mfg. Co. hayamos extendido la regla de derecho afirmada en Thomas v. Winchester. Si es así, esta Corte sigue tal extensión. El demandado sostiene que constituyen objetos inminentemente peligrosos para la vida, los venenos, los explosivos, las armas letales – todas cosas cuya función normal es hacer daño o destruir. Pero, prescindiendo de aquella que podía ser en un tiempo la regla afirmada en Thomas v. Winchester, advertimos que ya no tiene más aquel significado restringido. Un andamio (Devlin v. Smith, supra) no constituye inherentemente, por su naturaleza, un objeto lesivo. Se convierte en tal sólo si es fabricado de modo defectuoso. Un gran recipiente para el café (Statler v. Ray Mfg. Co., supra) puede constituir una fuente de peligro si es defectuosamente fabricado, pero nadie piensa que la función normal del recipiente es destruir.*

*Sostenemos, por lo tanto, que el principio afirmado en Thomas v. Winchester no se limita a sustancias venenosas, explosivas y otros productos de naturaleza similar, es decir a objetos cuya normal función implica una capacidad lesiva. Si la naturaleza de un objeto es tal que es razonablemente cierto que ponga en peligro la vida y la salud humana, por ser fabricado negligentemente, entonces estamos en frente de un objeto peligroso.*

*Su misma naturaleza da aviso sobre las consecuencias que es necesario esperar. Si al elemento del peligro se agrega la conciencia de que el producto será usado sin ulteriores controles de personas distintas del adquirente, entonces, independientemente de la existencia de un contrato, el productor tiene la obligación de producirlo con diligencia. Debe tener conciencia de un peligro no meramente posible sino probable. Es, en efecto, posible hacer uso casi de cualquier objeto en modo de hacerlo peligroso si el objeto es defectuoso. Debe, además, tener conciencia del hecho de que, en el curso ordinario de los acontecimientos, otros además del adquirente serán expuestos al peligro. Pero es posible que el conocimiento del peligro y del uso de parte de terceros no sea suficiente. La proximidad de la relación causal es un factor que debe ser tenido en consideración.*

*Del examen de los precedentes emerge, por lo tanto, una definición de la obligación que recae sobre el productor, definición que nos permite valorar la responsabilidad del demandado. Es de todos modos cierto que la naturaleza de un automóvil nos advierte del probable peligro que se deriva si es fabricado en modo defectuoso. El automóvil en cuestión ha sido proyectado para viajar a cincuenta millas por hora. La producción de un daño podía darse casi por cierto en el caso en el cual las ruedas no fuesen sólidas y fuertes. El automóvil constituía una fuente de peligro así como la constituye una locomotora defectuosa para una vía férrea. El demandado tenía conocimiento del peligro. Sabía también que el automóvil sería usado por otras personas distintas del adquirente. Esto resultaba claro de las dimensiones del automóvil en el cual tenía lugar para tres personas. Resultaba también claro que el adquirente era un comerciante de automóviles que adquiría para revender. El vehículo ha sido puesto en el mercado por el fabricante para el uso de los clientes del revendedor del mismo modo en el cual el andamio ha sido puesto en el mercado por el locador de obra en Devlin v. Smith para el uso de los dependientes del adquirente. En realidad se podía afirmar casi por cierto que el revendedor hubiera sido la única persona que no usaría el auto. Y, no obstante, sólo en relación con el revendedor el demandado querría reconocer una obligación jurídica de*

*diligencia. Pero el derecho no nos conduce a una conclusión así incongruente.*

*Precedentes tratados desde los tiempos en los cuales se viajaba en carruaje no se adaptan a las condiciones actuales de viaje. El principio que el peligro del daño debe ser inminente no cambia, pero sí los objetos a los cuales el principio debe referirse. Son las exigencias de la vida en sociedad en constante evolución que deciden cuáles deben ser estos objetos.*

*Al llegar a tal conclusión no descuidamos las decisiones de otras jurisdicciones en contraste con la nuestra. En Cadillac M.C. Co. v. Johnson, se afirmó que un automóvil no entraba en el ámbito del principio formulado en Thomas v. Winchester. No obstante, en aquel caso hubo un vigoroso disenso. A un resultado opuesto llega la Corte de Apelación de Kentucky. Las decisiones más antiguas concernientes al caso, son resumidas por el juez Sanborn en Huset v. J. I. Case Threshing Machina Co. Algunas de ellas, a primera vista incompatibles, se pueden en realidad conciliar con nuestra conclusión, sobre la base del hecho que el nexo causal era demasiado remoto o que había intervenido otra causa del daño. Pero también cuando no pueden ser conciliadas, la diferencia se encuentra en la aplicación del principio más bien que en el principio mismo. Por ejemplo, el juez Sanborn afirma que el locador que construye un puente, o el productor que fabrica autos, no pueden prever un daño en relación a sujetos distintos de la inmediata contraparte como consecuencia probable. Nosotros tenemos una opinión diversa. Sostenemos que el daño a terceros es previsible no sólo como evento posible sino también como consecuencia inevitable.*

*En Inglaterra los límites de la regla son todavía controvertidos. Winterbottom v. Wright, es a menudo citado. El demandado asumió el encargo de proveer un carro para transportar las bolsas del correo. El carro se rompió a causa de defectos latentes de fabricación. Pero el carro no había sido fabricado por el demandado y la Corte no lo juzga responsable por los daños sufridos por un pasajero. En Elliott v. Hall, el demandado había puesto en la calle un autocarro defectuoso cargado con mercaderías que él había vendido. Los adquirentes del primer adquirente se lesionaron mientras lo descargaban. En el juicio se afirmó que gravaba al demandado una obligación de “no comportarse negligentemente con respecto al estado y las condiciones del autocarro”. Parece haberse producido un retorno a la doctrina de Winterbottom v. Wright. Earl v. Lubbock, L.R. (1913) subraya ese aspecto. El administrador de un establo que había provisto un caballo afectado de vicios fue juzgado responsable no sólo en relación a su cliente sino también en relación de otro pasajero. Thomas v. Winchester fue citado y seguido.*

*Es difícil extraer un principio coherente de estos casos. Las cortes inglesas, no obstante, concuerdan con nosotros al sostener que aquel que invita a otros a hacer uso de un objeto tiene la obligación de ejercitar una razonable diligencia. Se trata en el fondo del principio sostenido en Devlin v. Smith. El locador que construye andamios invita a los obreros de aquel que se convierte en propietario a utilizarlos. El productor que vende automóviles al revendedor invita a los clientes de este último a utilizarlos. La invitación en el primer caso se dirige a una clase determinada de sujetos, pero está claro que del mismo modo ocurre en los dos casos y que sus consecuencias deben ser las mismas.*

*En esta visión de la responsabilidad del demandado no hay nada de incompatible con los principios de la responsabilidad, en base a los cuales el presente caso ha sido decidido en las instancias precedentes del juicio. Es verdad que la Corte ha instruido al jurado en el sentido que “un automóvil no es un vehículo, por su naturaleza, inherentemente peligroso”. El significado de eso, no obstante, surge claro del contexto; no se puede esperar algún peligro si el vehículo está bien construido. La Corte ha dejado decidir al jurado si el demandado hubiera debido prever que el automóvil, fabricado en modo negligente, habría sido “inminentemente peligroso”. El demandado formula distinciones sutiles entre cosas inherentemente peligrosas y cosas inminentemente peligrosas, pero la decisión del caso no depende de estas sutilezas verbales. Si se debía esperar el peligro como razonablemente cierto, existía la obligación de vigilancia y esto ya sea que se llame al peligro “inherente” o ya que se lo llama “inminente”.*

*Juzgamos que el demandado no estaba dispensado de una obligación de inspección por el*

*hecho que había adquirido las ruedas de un fabricante acreditado. El demandado, en efecto, no era un simple revendedor de automóviles. Era un productor de autos. Y era responsable del producto terminado. No podía permitirse poner en el mercado un producto terminado sin someter los componentes a los controles ordinarios. La obligación de inspección varía según la naturaleza del objeto a someter al control. Cuando más probable es el peligro del daño, tanto mayor es la necesidad de cautela”.*

Willard Bartlett, C.J., (discrepante), dijo: “*Juzgo que los principios de derecho afirmados por la Apellate Division (la Corte a quo) extienden la responsabilidad del productor vendedor más allá del hecho en cualquier caso decidido hoy en esta jurisdicción. En este Estado hasta ahora se ha sostenido que la responsabilidad del vendedor por los daños derivados de productos defectuosos puestos por él en el comercio, no se extiende a terceros dañados a causa de tales vicios; se limita en relación al inmediato adquirente. Las excepciones que han sido reconocidas a este principio en el Estado de Nueva York se refieren a casos en los cuales el artículo vendido era de naturaleza tal que su ordinario uso comportaba un peligro para la vida y la salud; en otras palabras, cuando el artículo vendido era por su naturaleza peligroso.*

*El precedente inglés en soporte de tal principio, al que hacen referencia todos los casos sucesivos concernientes al mismo objeto es Winterbottom v. Wrigt. El principio afirmado en ese caso ha sido reconocido como derecho de este Estado en el leading case del Estado de New York, Thomas v. Winchester, que, en cada caso, implicaba una excepción a la regla general.*

*El caso Devlin v. Smith es citado como precedente en conflicto con la doctrina según la cual la responsabilidad del fabricante o vendedor se extiende a terceros sólo cuando el bien es por su naturaleza peligroso. En aquel caso el fabricante de un andamio de altura de 90 pies, construido con la finalidad de permitir a los pintores trabajar sobre el mismo, fue juzgado responsable en relación al administrador de los bienes de un pintor que se cayó; se trata de un dependiente de la persona para la cual el andamio ha sido construido. Se dice que si el andamio hubiera sido construido en un modo apropiado, no era por su naturaleza peligroso y que no obstante esta decisión reconoce la existencia de una responsabilidad en el caso en el cual un artículo no sea peligroso en sí, si bien es tal a causa de una fabricación negligente. Cualquier lógica que sea aplicada en esta opinión, me parece claro en las palabras del juez Rapallo que se ha convertido en la opinión de la corte ( en ese caso) que el andamio, fue en cambio, juzgado una estructura por su naturaleza peligrosa, y que el caso fue decidido de aquel modo porque la corte sostiene tal opinión.*

*No veo cómo puede confirmarse la decisión de la sección de apelación en el caso pendiente sin disentir de lo que a menudo se ha afirmado por esta Corte y de otras de igual autoridad con referencia a la ausencia de responsabilidad por culpa del vendedor por una diligencia en relación a sujetos distintos del inmediato adquirente. La ausencia de tal responsabilidad era la cuestión determinada en el caso inglés Winterbottom v. Wrigt. En el caso delante de nosotros pendiente, la rueda defectuosa de un automóvil que viajaba a sólo 8 millas por hora, no constituye un peligro cierto para los pasajeros, un peligro mayor que de aquel representado por la rueda del carro tirado por caballos a la misma velocidad. A menos que las cortes hasta ahora hayan caído en error sobre tal cuestión, en el caso de la diligencia no sería reconocida ninguna responsabilidad en relación a terceros al contrato originario de compraventa.*

*Con mi advertencia, el principio de derecho del cual depende la decisión del caso, y las relativas excepciones, han sido discutidas por el juez de circuito Sanborn de la Corte federal de apelación del octavo circuito en el caso Huset v. J. I. case Theresshing Machina Co., en una opinión que recorre todas las decisiones principales americanas e inglesas, en el tema hasta el tiempo en el cual el caso fue decidido (1903). Que las cortes generales todavía se atienen al principio general en los términos por mí enunciados, aparece claro en la decisión de la Corte de Apelación del segundo circuito, hecha en marzo de 1915 en el caso Cadillac Motor Car Co. v. Johnson, En aquel caso como en éste, se refería a una acción por daños promovida por un*

*subadquiriente contra un fabricante de automóviles por no haber constatado que una de las ruedas era defectuosa; la Corte rechazó las pretensiones del actor. Es verdad que en aquel caso hubo una opinión disidente, pero se fundaba principalmente en la aserción de que las reglas aplicables a las diligencias resultan arcaicas cuando son aplicadas a los automóviles, y que si el derecho no contempla algún remedio para los sujetos extraños al contrato, debía ser cambiado. Pero también si eso fue verdad, el cambio debía ser introducido por el legislador, no por las cortes”.*

4. Analicemos, ahora, el caso resuelto por Benjamín Cardozo en “*MacPherson v. Buick Motor Company*”, que se tramitó por ante la Corte de Apelaciones de Nueva York y que resultó fallado en 1916.

La exposición del caso es harto simple: un fabricante de automóviles vende un vehículo a un revendedor, quien, a su vez, lo vende al actor. Este guiaba al automóvil cuando, imprevistamente, sufre la fractura de una rueda. El actor fue proyectado fuera del vehículo y esto le provocó serias heridas. En aquellos tiempos, las ruedas tenían rayos de madera; uno de estos rayos se quebró por ser la madera defectuosa. Cabe aclarar, para complicar el caso, que la rueda había sido fabricada por un autopartista, a pedido del fabricante de automóviles, pero no se advirtió el defecto, dado que se omitió la inspección debida antes de ser colocada en el vehículo vendido al actor. El problema consiste, para el juez, en determinar si el demandado tenía una obligación de diligencia y vigilancia respecto de otras personas, aparte del adquirente inmediato.

Se ha dicho que este caso y el similar inglés que se ha referido más arriba “*Donoghue v. Stevenson*”, constituyen piedras miliarenses en la evolución de los daños por negligencia cuando se trata de la fabricación de productos, cuyo destino final es la venta al público en general. Antes de esos casos, tanto la Corte de Apelaciones de Nueva York como la House of Lords inglesa, no reconocían la responsabilidad frente a terceros, ya que no existía una relación contractual directa entre el fabricante y el comprador final.

Veamos la forma en que razona Cardozo. Como no podía ser de otra manera, incursiona en la jurisprudencia para ver si encuentra un precedente del caso que tiene entre manos. En su excursión histórica se encuentra con el juicio de “*Thomas v. Winchester*”, que se había dado en 1852. Cardozo se detiene en ese estudio y refiere que la señora Thomas había adquirido un frasco de extracto de “dandelion” a un farmacéutico, quien lo había adquirido de otro farmacéutico, quien, a su vez, lo había adquirido de un fabricante, uno de cuyos empleados había rotulado por error un frasco que contenía “belladona”. A raíz de esa circunstancia, la señora Thomas sufrió una lesión. Demandó, entonces, al fabricante, pues la “belladona” es nociva si no se la ingiere en dosis mínimas, mientras que el “dandelion” es inofensivo. El tribunal había admitido la demanda y condenó al fabricante a reparar los daños y perjuicios sufridos por la actora. Se consideró que la “belladona”, es una sustancia venenosa, erróneamente etiquetada, y que debe ser considerada *sustancia inherentemente peligrosa*.

Este caso había recogido un precedente del derecho inglés “*Longmeid v. Holliday*” (1851). El tribunal inglés había sostenido que la responsabilidad del vendedor o fabricante frente a terceras personas sólo surge si el objeto que causa el daño es *inherentemente peligroso en sí mismo*, y capaz de provocar un peligro inminente a la vida de una persona. Para que nos entendamos mejor, una pistola cargada es un objeto inherentemente peligroso, pero un automóvil no es peligroso en sí mismo, es decir, no es inherentemente peligroso. El automóvil deviene peligroso sólo cuando tiene un defecto de construcción; en este caso, responde contractualmente el fabricante respecto de la persona a quien él vendió el producto que produjo el daño. Adviértase que se pone el acento en el *objeto fabricado* más que en la persona que lo fabricó.

El juez Cardozo, fiel a la técnica del genuino *common law*, se pregunta cuál es el principio que evidencian los precedentes mencionados. Y él mismo se responde que es probable que en ellos haya alguna inseguridad o incertidumbre.

Por esa causa, decide seguir de cerca la evolución de todos estos casos de juicios por daños basados en la responsabilidad extracontractual. Así, se encuentra con el caso “*Loop v. Litchfield*” (1870), en el que los sucesores de un accidentado demandan al fabricante de una sierra circular que tiene una rueda, la cual se rompe y causa la muerte de quien la utiliza. Este la había obtenido en préstamo del comprador a quien el fabricante le había señalado el defecto que tenía. El tribunal desestimó la demanda porque el objeto no era inherentemente peligroso y no había relación contractual entre la víctima y el fabricante. Había habido un riesgo asumido por el comprador que buscaba un artículo barato y de ocasión. Tampoco el peligro podía ser declarado inminente desde que la sierra había sido utilizada durante cinco años sin romperse.

En la serie de casos revisados, poco después se da el de “*Loose v. Clute*” (1873). Aquí se trataba de una caldera que hizo explosión en una fábrica, que ocasionó daños en una finca vecina. El vecino demandó al fabricante de la caldera. El tribunal había rechazado la demanda porque consideró que la caldera había sido probada por el comprador y no era un objeto inherentemente peligroso; además, se consideraba que el fabricante no era responsable ante terceros.

Observemos que los tribunales siempre están poniendo el acento en el objeto producido.

Pero, luego, Cardozo arriba al estudio del caso “*Devlin v. Smith*” (1882). En este juicio un obrero había caído desde lo alto de un andamio defectuosamente construido y de resultados del accidente fallece. La demanda había sido dirigida por los sucesores de la víctima en contra del patrón y del fabricante. Esta vez, la acción prosperó porque se consideró que el andamio, defectuosamente construido, era un objeto peligroso. Pero, en este caso, hay más: el fabricante sabía -o debía saber- que el andamio iba a ser utilizado por los obreros y no por el patrón comprador del objeto. El fabricante de andamios los construía para ser utilizados por los operarios. Tenía, pues, la obligación de actuar con diligencia y no con negligencia. Como se advierte, el tribunal va desplazando el acento desde el objeto producido, hacia quien lo fabrica, destacando que se debe actuar con diligencia y no con negligencia.

Cardozo hace notar que, en su investigación de casos similares, desde aquí en adelante se pasa a una serie de casos intermedios para llegar al último fallo, en el que la Corte ha seguido el precedente de “*Thomas v. Winchester*”. Pero en 1909 se produjo el fallo “*Statler v. Ray*”, en el que una persona que va a un restaurante es lesionada por una máquina para preparar café. La víctima del accidente demandó al fabricante, pues se comprobó que la máquina tenía un defecto de fabricación. Para Cardozo, el demandado era responsable porque el objeto, al momento de ser utilizado según el fin para el cual había sido utilizado, era por su misma naturaleza fuente de grave peligro, ya que había sido fabricado en un modo *negligente e inadecuado*.

Si comparamos los casos “*Devlin v. Smith*” y “*Statler v. Ray*”, nos encontramos con la misma regla de derecho afirmada en el caso “*Thomas v. Winchester*”. Es decir, se ha hecho una extensión de la regla de que se trata. De esa manera, el andamio no es un objeto inherentemente peligroso en sí mismo; deviene tal, sólo si es construido en forma defectuosa. De igual manera, la máquina de café constituye un peligro si es defectuosamente fabricada. Nadie piensa, pues, que tales objetos por sí mismos pueden ser normalmente ocasión de causar destrucciones o daños.

Se ha dicho por Cardozo que el caso “*Thomas v. Winchester*”, contiene un *principio* que no debe limitarse sólo a sustancias venenosas, explosivos y otros productos de naturaleza similar. La naturaleza de un objeto es tal que racionalmente pone en peligro la vida y la salud humana cuando fuere fabricado, no diligentemente, sino con negligencia, en cuyo caso, el objeto se torna peligroso.

Si al elemento de peligro, se añade el conocimiento de que el producto será usado sin ulteriores controles por personas distintas que el adquirente, entonces, independientemente de la existencia de un contrato, existe la *obligación de producirlo con diligencia*.

Debe, pues, existir el conocimiento, la previsión, de un peligro, no meramente posible, *sino probable*. De hecho, si un objeto es defectuoso, es probable que su uso normal sea peligroso. El

argumento de Cardozo es perfectamente claro: debe existir conocimiento consciente del hecho de que en situaciones ordinarias de su uso por parte del adquirente o respecto de otras personas, el objeto es peligroso.

Pero es posible que el *conocimiento* del peligro del uso de parte del adquirente o de terceros no sea suficiente. La *proximidad* o la relación causal de los hechos es también un factor que debe tenerse en cuenta.

Es notorio el rigor con que procede Cardozo en su razonamiento. Podemos decir que no tiene fracturas, además de valerse de un examen que bien podría calificarse con la expresión “*derivación razonada*”, sin perjuicio de las sutilezas de que se vale.

De todas estas reflexiones vertidas con motivo de los precedentes mencionados -dice Cardozo- *emerge una definición de la obligación que pesa sobre el fabricante (o productor)*, definición que valora su responsabilidad. Nadie puede dudar que la naturaleza de un automóvil fabricado defectuosamente es tal, que puede derivarse de ello un peligro. El automóvil -agrega Cardozo- en el caso contemplado ha sido proyectado para viajar a cincuenta millas por hora. La producción de un daño por accidente podía darse casi por seguro si las ruedas no eran sólidas y fuertes. El automóvil constituía una fuente de peligro como lo podía constituir una locomotora defectuosa en un ferrocarril.

El constructor o fabricante *debía saber forzosamente -y debía ser consciente de ello-* que el vehículo sería utilizado por otras personas distintas que el adquirente. Resultaba claro, además, que el automóvil era apto para llevar tres personas. Resultaba claro también el hecho de que el adquirente era un comerciante que compraba vehículos para revender. El automóvil había sido puesto en el mercado por el fabricante para uso de los clientes del revendedor, de igual manera que el andamio había sido puesto en el mercado por el constructor, en el caso “*Devlin v. Smith*”, para uso de los dependientes del comprador.

Y, como agregado algo irónico, Cardozo razona de esta manera: “*En verdad podía darse por cierto que el revendedor sería la única persona que no usaría el vehículo; y, si sólo respecto de éste se debe reconocer la existencia de una obligación de diligencia, la conclusión es incongruente*”.

Y, como si fuera la puntada final, concluye Cardozo: “*Precedentes dados en los tiempos en que se viajaba en carroza no se adaptan a las condiciones de los viajes actuales. El principio de que el peligro de daño debe ser inminente no cambia, pero los objetos a los cuales el principio se refiere, sí cambia. Y son las exigencias de la vida en sociedad en constante evolución las que deciden paso a paso cuáles deben ser estos objetos y a ellos ese principio debe adecuarse*”.

Pero Cardozo no se conforma con esa afirmación. Así, vuelve sobre el razonamiento y hace notar que en el caso “*Cadillac M.C. Co. v. Johnson*” (1915), se afirmó que un automóvil no entraba en el principio formulado en el caso “*Thomas v. Winchester*”. Debe hacerse notar que en aquel caso hubo un fuerte disenso. Y, de inmediato, nos expresa que se llegó a un resultado opuesto en la Corte de Apelación de Kentucky. Las decisiones más importantes fueron retomadas por el juez Sanborn en el caso “*Huset v. J.J.- Case Threshing Machine Co.*”. Algunas de ellas, a primera vista son incompatibles; se pueden conciliar con nuestra conclusión sobre la base del hecho de que el nexo causal era demasiado remoto o que se había dado otra causa productora del daño. Pero aun cuando no se puedan conciliar, la diferencia estaba dada más bien en la aplicación del principio que en el principio mismo. A diferencia del juez Sanborn, Cardozo opina que el daño a los terceros es previsible no sólo como evento posible sino como consecuencia casi inevitable.

No conforme con la jurisprudencia norteamericana, Cardozo cruza mentalmente el Atlántico y sostiene que los límites de la regla todavía se controvierten. El caso “*Winterbottom v. Wright*”, es, a menudo, citado. Y hace referencia a otros casos que, creemos, resulta inoficioso analizar.

Lo cierto es que el propio Cardozo tiene verdadera conciencia de la complejidad de la cuestión y la multitud de causas semejantes. Y confiesa que es difícil encontrar coherencia en

las citas que pueden hacerse. Las cortes inglesas concuerdan con las norteamericanas en el aspecto en que el que vende a revendedores y éste a terceros, tiene la *obligación de ejercer una razonable diligencia en la fabricación del producto*. En el fondo se trata del *principio* sostenido en el caso “Devlin v. Smith”. El fabricante de andamios debe tener presente que serán los operarios del adquirente quienes lo usarán. No es el comprador propietario sino sus dependientes. De igual manera, el fabricante que vende automóviles al revendedor, *sabe* que está invitando a los clientes a utilizarlos. En esos casos, el principio que inspira las resoluciones es idéntico.

Para coronar su razonamiento Cardozo insiste todavía. En su concepción de la responsabilidad del productor, nada hay incompatible con los principios de la responsabilidad en base a los cuales el presente caso ha estado fallado en las instancias precedentes. Es verdad que la Corte ha instruido la litis en el sentido de que “un automóvil no es un vehículo peligroso por su naturaleza y no es inherentemente peligroso”. No es peligroso en sí mismo, si ha sido bien construido. Pero si hubiera sido construido de manera negligente, sería “inminentemente peligroso”. Las distinciones entre lo inminentemente peligroso y lo inherentemente peligroso pueden ser sutiles, pero la decisión del caso “*no depende de estas sutilezas verbales*”, remata Cardozo. “Si se debe esperar el peligro como racionalmente cierto, es menester que haya una *obligación de vigilancia* y esto se da y es así, sea que se lo llame inherentemente peligroso o inminentemente peligroso”. El párrafo es lapidario.

Si el fabricante compró la parte (el repuesto, la rueda) tenía una *obligación de inspección por el hecho de que había adquirido la rueda a un autopartista acreditado*. Y el productor demandado no es simple revendedor, sino el verdadero *fabricante* del vehículo. *Es fabricante del producto terminado*. En manera alguna podía lanzar al mercado un producto sin haber sometido las partes a controles ordinarios de seguridad.

La obligación de inspección varía según la naturaleza del objeto que debe someterse a control. Cuando más probable es el peligro del daño, ***tanto mayor es la necesidad de cuidado***.

Así concluye Benjamín Cardozo su célebre voto.

Pero he aquí que la sentencia, cuya decisión debía prevalecer con la opinión de Cardozo, tuvo una importante disidencia, que, finalmente, no prevaleció en la jurisprudencia norteamericana.

5. Voto disidente de Willard Bartlett. Si bien el voto de Benjamín Cardozo impone su criterio, el criterio que impone la sentencia no lo fue por unanimidad. Dice así la disidencia: “Advierto que la Corte *a quo* sostiene los principios que extienden la responsabilidad del productor o fabricante-vendedor más allá de cuanto se ha decidido en similares casos en esta jurisdicción. En este Estado hasta ahora se ha sostenido que la responsabilidad del vendedor por daños derivados de productos defectuosamente construidos y puestos en el comercio, no se extiende a terceros dañados a causa de tales vicios, sino que se ha limitado respecto del *inmediato adquirente*. Las excepciones a este principio, que han sido reconocidas en el Estado de Nueva York, se refieren a artículos que eran de naturaleza peligrosa en el uso ordinario y presuponían un peligro para la vida y la salud; en otras palabras, se aplicaba el principio cuando el artículo vendido era “por su naturaleza peligroso”.

El precedente inglés que abonaba este principio, en todos los casos sucesivos, referidos todos ellos al mismo objeto, se había dado en el caso “*Winterbottom v. Wright*”. Ese principio, ahí afirmado, fue reconocido como derecho en este Estado de Nueva York, en el *leading case* “*Thomas v. Winchester*”, que, por otra parte, implicaba una excepción a la regla general admitida.

El caso (se refiere a la cita de Cardozo) de “*Devlin v. Smith*”, es citado como precedente en conflicto con la doctrina según la cual, la responsabilidad del fabricante y vendedor *se extiende a los terceros sólo cuando el objeto es por su naturaleza peligroso*. En aquel caso, el fabricante de un andamio de noventa pies de altura, construido a los fines de soportar a los pintores de

blanquear una pared, fue considerado como responsable respecto del administrador de los bienes de un pintor fallecido, caído del andamio, que era dependiente de la persona para la cual el andamio fue construido. Se dijo, en su virtud, que el andamio, si bien construido de una manera apropiada, no era por su naturaleza peligroso, y que aun esta decisión reconoce la existencia de una responsabilidad en el caso en el cual un artículo no es peligroso en sí mismo, aunque sea tal por causa de una fabricación negligente. Cualquiera sea el costado lógico de esta opinión -dice el juez W. Bartlett- me parece claro, según las palabras del juez Rapallo, que ha emitido la opinión de la Corte (en aquel caso) que el andamio fue considerado una estructura por su naturaleza peligrosa, y que el caso fue decidido de esa manera porque la Corte sostenía esa opinión.

Y continúa de esta forma: “No veo cómo pueda confirmarse la decisión de la sesión de apelación en el caso presente sin divergir de todo lo que se ha afirmado en esta Corte o de otras autoridades judiciales, acerca de la ausencia de responsabilidad por culpa del vendedor de un automóvil respecto de sujetos distintos del inmediato adquirente. La ausencia de tal responsabilidad era exactamente la cuestión litigiosa determinada en el caso inglés *“Winterbottom v. Wright”*. En el caso que tenemos a la vista vemos una rueda defectuosa de un vehículo que viajaba a sólo ocho millas por hora, lo cual no constituía para los pasajeros un peligro mayor del representado por un carro tirado por un caballo a la misma velocidad. Y, más todavía, a menos que las cortes hasta ahora no hayan caído en un error sobre tal cuestión, en el caso del carro no habría sido reconocida ninguna responsabilidad respecto de terceros con relación al contrato originario de compraventa”. “Según mi opinión, el principio de derecho del cual depende la decisión del caso, y las relativas excepciones, han sido discutidas por el juez del circuito Sanborn, de la Corte Federal de Apelación del octavo circuito, en el caso *“Huset v. J.I. Thershing Machine Co.”*, en una opinión que recorre todas las decisiones americanas e inglesas principales acerca del tema en cuestión, en el cual, el caso fue decidido (1903)”.

Insiste el mismo juez que “las Cortes federales todavía se atienen al principio general en los términos por mí enunciados, aparece claro de la decisión de la Corte de Apelación del segundo circuito dictada en marzo de 1915, en el caso *Cadillac Motor Co. V. Johnson*. En aquel caso como en éste, se trataba de una acción por daños promovida por un subaquirente contra un fabricante de automotores por no haber observado que una rueda era defectuosa; la corte rechazó la pretensión del actor. Y es verdad que en aquel caso hubo una opinión disidente, pero ella se fundaba principalmente, en la aserción que sostenía que las reglas aplicables a las carrozas resultaban arcaicas cuando eran aplicadas a los automóviles, y que si el derecho no contempla ningún remedio para los sujetos extraños al contrato, debería ser cambiado. Pero el cambio, en tal circunstancia, ***debería ser introducido por la Legislatura, y no por las Cortes***”.

6. Véase, entonces, después de este extenso debate cómo, en el *common law*, se puede dar una disparidad de opiniones divergentes no sólo entre diversos tribunales, sino también, dentro de un mismo tribunal, en el caso que nos ocupa; vemos, pues, que las resoluciones se dan aquí por mayoría y no por unanimidad. No se nos escapa que todo ello, tornaba grave -y de hecho así sucedió- una inseguridad jurídica, que no tenía salida, y ésta sólo se dio con la luminosa respuesta del juez Cardozo, como resultó en el futuro. Lo que parece más grave es la advertencia formulada por W. Bartlett, en el sentido de que el cambio de principio, debía generarse en una legislatura y no en los tribunales. La tesis contraria que hizo fortuna nos muestra hasta qué punto el *common law* fue, es y será el medio idóneo para generar cambios en el sentido de las decisiones judiciales, en los países de habla inglesa. Eso sólo fue posible con la autoridad de un juez con el prestigio de Benjamín Cardozo.

Cabe destacar también que los jueces, al estudiar los precedentes, siempre indagan cuál es el ***principio*** que se halla implícito en él. Es cierto, que el principio es muy diverso de la norma, pero no deja de ser una fórmula general. Así, los jueces nos hablan de un “principio de derecho” o de un “principio general”. Es, precisamente, el juez Cardozo, quien utiliza la expresión “principio general”, cuando nos habla del principio que se encuentra inserto en el caso *“Thomas*

v. *Winchester*". Una interpretación restrictiva, establecía que la responsabilidad por daños resarcibles, se daba únicamente en la relación entre las personas contratantes. Con una interpretación amplia no se aplica únicamente a los venenos, a los explosivos, a las armas letales, sino también a los automóviles que tienen deficiencias de fabricación en sus ruedas y que los tornan, en su función normal, peligrosos y capaces de producir daños o destrucciones. Y, de esa manera, el punto de atención se traslada del objeto a la obligación de fabricar los productos con *diligencia*, con lo cual, la responsabilidad alcanza a los casos en que el producto haya sido adquirido a un revendedor, en cuya situación no hay relación contractual entre el fabricante y la víctima del daño.

Dicho de otra forma, en el caso, el principio que está implicado en el núcleo conceptual "daño resarcible", se hace *lógicamente más extenso* por cuanto abarca cada vez más casos que en la primitiva interpretación restringida.

Para ser más explícito, la mutación en el caso de la responsabilidad por daños va progresando en función de una interpretación del "principio general" que se va dando, según los casos, y a medida que se extiende a otros no involucrados hasta el momento.

Se podría formular de esta forma un principio general en los casos analizados: "Hay responsabilidad cuando la negligencia del fabricante pone en peligro la vida humana". Esta responsabilidad se extiende y protege a todos los que de una u otra manera utilizan el objeto fabricado o producido.

Y, cuando Cardozo dice que el principio de que el peligro ha de ser inminente, se refiere a que no cambia su formulación, pero sí cambian las "cosas u objetos" a los que se aplica, según lo exigen las necesidades de la vida. Esto es, se aplica a más "cosas", con lo cual, el principio gana en extensión por aplicación a más "cosas" y, con ello, a más "casos".

Cardozo, con una gran generosidad explicativa, se pregunta a sí mismo: "¿Qué hago cuando resuelvo un caso?". Y, textualmente responde: "La fuerza directriz de un principio puede desplegarse mediante un proceso de interpretación lógica, que yo llamo norma analógica o método sistemático, o bien mediante la interpretación histórica o método evolutivo; o bien mediante la interpretación de los usos de la comunidad, que denomino método tradicional, o siguiendo los principios de la justicia, de la ética, y al bienestar social, es decir, las mores vigentes, al par que lo denomino método sociológico". Y remata con otra guía de interpretación: "El último fin del derecho es el bienestar de la sociedad".

Finalmente, nos da una pauta de cómo debe entenderse un *principio*, para diferenciarlo de una norma: "*Las leyes no deben considerarse aisladas o in vacuo*". Es decir, la ley o norma es algo abstracto (no se refiere a nada en concreto); mientras que el principio debe considerarse siempre *en relación a un caso concreto*. Esta comparación no nos parece correcta. Creemos que se puede escribir toda una obra o un tratado doctrinario con respecto a una norma, a una ley, a un sistema de leyes o a un código, pero -siempre, siempre-, tanto el juez como el abogado, la deben considerar con respecto al caso concreto que tienen bajo su atención.

Se sigue con Cardozo la orientación que ya había señalado Holmes en la obra que hemos citado (*Common law and other writings*). Cuando Holmes escribe que "*la vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia*", ha definido una concepción del derecho, porque a continuación afirma que "*el derecho abarca la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos y no se lo puede tratar como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas*".

En otros términos, el "derecho progresa tomando todos los elementos de la vida y considera lo que es conveniente para la comunidad". Cada caso es un paso más en esa dirección, ya que evoluciona según la vida social.

Como se ha visto, pues, tanto Holmes como Cardozo van apuntando hacia una consideración más profunda del contenido sociológico del derecho.

7. No es de extrañar, entonces, que apareciera en el horizonte jurídico norteamericano, en la

generación que sigue a Holmes, un jurista como Roscoe Pound (1870-1964), que ya se encuentra más cercano a los tiempos actuales.

Fue un intelectual, que conocía profundamente el derecho de su país, y ejerció durante veinte años el decanato de la Escuela de Derecho de Harvard, a partir de 1916.

Era consciente de la problemática que pesaba sobre los jueces para administrar justicia, lo que le indujo a escribir dos obras capitales, muy próximas una de otra. En 1907 publicó *The Need of a Sociological Jurisprudence* y *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, en 1911. Como es dable inferirlo por los títulos, estudió el derecho y su aplicación, desde el punto de vista de un enfoque sociológico. Su esquema no fue teórico, pues también cultivó ese sesgo en la enseñanza del derecho y más aún en cuanto estudió la magistratura judicial especialmente como una función. El derecho en cuanto derecho en sí tenía poco atractivo en la idiosincrasia de Pound; sí lo tenía cuando decía a estudiantes y a jueces que la “vida del derecho reside en su *aplicación y en su ejecución*”. Los preceptos legales y los principios de los precedentes, si bien importantes, cobraban su real sentido cuando ejercía sus efectos *en acción*.

En ningún momento dejó de tener presente que era menester tener siempre en la mente que el fin del derecho era el de resolver los intereses conflictivos de la vida en sociedad. De esa manera esbozó y estudió en profundidad su teoría de los *intereses sociales*, en los que distinguió diversas clases, todo extraído de la experiencia de la vida social y de las necesidades que surgían de ella. En definitiva, la justicia y la equidad, ésta altamente valorizada, debían ser contempladas como una adaptación práctica para lograr la sentencia justa. Seguía, naturalmente, la línea de pensamiento que ya Holmes había anunciado.

Y, para ser bien explícito, señalaba que la evolución del derecho en el siglo veinte no era sino “el paso de la actividad científica a la funcional”. Entendía a la sociedad como sociedad dinámica en la que el principio de derecho, no tenía una existencia meramente formal y abstracta, sino que debía ser contemplado a la luz de su valor social, justificado por la experiencia y las necesidades de la vida. Por eso, se complacía en subrayar que el derecho está comprometido en una *ingeniería social*. En síntesis, el derecho era para él una *herramienta* que debía ser adaptada al fin perseguido por una sociedad dada y concreta.

Saltó a la fama en virtud de una disertación pronunciada en 1906, en la que recogió el descontento popular por la administración de justicia y dijo que si bien es cierto que “es normal ese descontento”, pues es tan viejo como el derecho mismo, en los momentos que se vivían en aquel entonces ese descontento era “mayor que el normal”, y toda su prédica se dirigió a eliminar los defectos que la aplicación del derecho generaba.

Luchó por desterrar la simple aplicación mecánica de principios y reglas anticuados en diversas disciplinas jurídicas, tanto en lo que atañe al derecho de fondo -reglas constitucionales, por ejemplo- como al derecho adjetivo (normas de procedimiento).

Su visión del derecho como control social le indujo a considerar la situación de los contratos colectivos y desbrozó el camino de nuevas rutas, como es el caso de la indemnización de trabajadores. En este punto, las viejas concepciones del *common law* favorecían a los patrones, ya que se continuaba con la práctica de imputar la negligencia a los accidentados. Pound valoró la estricta responsabilidad por accidente de los trabajadores y logró soluciones equitativas.

En otro orden, se comenzaron a tener en cuenta los intereses públicos y sociales por sobre los simples intereses individuales. Tal es así que se consideró que el Estado debe estar subordinado a los intereses sociales, que privan sobre aquél.

En virtud de todo esto, se ha dicho que la teoría de Pound sepultó el individualismo del siglo XIX. La socialización del derecho hizo que se concibiera el derecho como uno de los medios de control social. Sostenía que en todos los casos dudosos se deben consultar siempre las necesidades y aspiraciones sociales.

En la mentalidad de los juristas norteamericanos, en general, se podría decir que “la ley se desleída en los principios”. Estos, en una sociedad, aun tienen cierta rigidez, que debe ser flexibilizada en los casos concretos.

Diríamos, como resumen, que la tarea de Pound significó un gran impulso en la tarea jurídica de la aplicación del derecho a lo largo de todo el siglo veinte -y quizá más- precisamente por ese aspecto sociológico que él había contribuido a valorar.

8. No es exagerado decir que la influencia del pensamiento de Pound se proyecta hasta el 2000, si se analiza el fallo en el caso “*Ciraolo v. City of New York*”, *Police Department of the City of York* (decisión de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito). En el mes de enero de 1997, Debra Ciralo tenía una disputa legal con su vecino y, a raíz de una denuncia, fue arrestada por acoso de segundo grado, un delito menor. Fue llevada a la seccional de policía y después a la Central de Booking, donde se la desnudó y se la sometió a una prolija inspección de sus cavidades corporales, por cierto, por dos empleadas del Departamento Correccional. Más aun: además de la desnudez, se le ordenó que se agachara y tosiera mientras que se la inspeccionaba visualmente. Por último, pasó la noche en prisión y luego se la liberó bajo fianza.

Cumplidos los trámites legales se desecharon los cargos contra ella. La señora Ciralo sufrió un trauma por todo lo ocurrido, tuvo un tratamiento terapéutico y se le recetaron antidepresivos.

Luego del juicio que la señora inició, que se realizó por jurados, se condenó a la demandada (la ciudad de Nueva York) a pagar a la actora la suma de 19.645 dólares, como indemnización por daños y perjuicios, y 5.000.000 de igual moneda por daños punitivos, entre otras razones, por haber sido desnudada ilegalmente al ser registrada.

La demandada, es decir, la ciudad de Nueva York apeló la causa, agraviándose por los daños punitivos.

El señor juez de jurisdicción, Calabresi, revocó la sentencia en lo referente a los *daños punitivos*.

Trataremos aquí, de mencionar sus argumentos fundamentales, para mostrar cómo razona en la actualidad un juez de los Estados Unidos.

Lo primero que hace notar el juez, es el hecho muy conocido en la ciudad de Nueva York, en el sentido de que la política policial fijada, había establecido que se debían desnudar todas las personas arrestadas para inspeccionarlas, aun en el caso de delitos menores, aun cuando no hubiese razones para suponer de que estas personas poseyeran mercaderías de contrabando.

La señora Ciralo había iniciado el juicio fundada su pretensión en el parágrafo 1983, contra la ciudad de Nueva York, el Departamento de Policía y cada uno de los oficiales de policía involucrados en su arresto e inspección, argumentando también que se la había arrestado falsamente, que la policía había empleado fuerza excesiva durante su arresto y que desnudarla violaba la Cuarta Enmienda. Por otra parte, alegó que se había cometido agresión contra ella, lo que violaba la ley estatal.

El tribunal del distrito había llegado a la conclusión de que la política de la ciudad de inspeccionar desnudas a todas las personas detenidas, sin importar la existencia de sospechas fundamentadas, violaba la Cuarta Enmienda. Por el hecho de que las partes habían estipulado la existencia de la política de la ciudad de inspeccionar a los detenidos desnudos, y debido a que no había evidencia de que Ciralo estuviera escondiendo material de contrabando, la Corte había informado al jurado que la ciudad era responsable por cualquier agravio que el jurado considerara que se hubiera producido durante la inspección.

La Corte había considerado que, en este caso, existían *daños punitivos contra la ciudad* porque al desnudar e inspeccionar a la persona detenida se hallaba conforme a una política oficial de la ciudad que era contraria a la ley establecida en la jurisdicción. Por consiguiente, sobre la objeción de la ciudad, la Corte hizo saber al jurado que se podían adjudicar daños punitivos contra la ciudad si se resolvía que la ciudad había actuado maliciosamente y sin motivo.

Al hacer esto, la Corte pidió al jurado que considerara si la indemnización sería adecuada para castigar a la ciudad y para impedir futuras conductas ilícitas.

El jurado falló en favor de los demandados en lo que respecta a los reclamos de Ciralo de

arresto ilícito, fuerza excesiva y agresión. Concluyó, sin embargo, que la ciudad había pasado por alto injustificadamente los derechos de Ciraolo cuando se la inspeccionó desnuda y le adjudicó U\$S 5.000.000 por *daños punitivos*, además de U\$S 19.645 por indemnización por *daños y perjuicios*.

La ciudad apeló la sentencia exclusivamente en lo que atañe a los *daños punitivos* y la consintió por el resto. El argumento de la ciudad sostiene que los *daños punitivos* habían sido rechazados en el caso contra *Facts Concerts, Inc*, pues no fueron concedidos por decisión de la Corte Suprema en la ciudad de Newport, en 1981, en cuya decisión se afirmó que las municipalidades son inmunes a los daños punitivos bajo el parágrafo 1983.

Ciraolo, a su turno, argumentó que en el caso “Newport”, en una nota a pie de página (número 29), se autorizaba la condena contra las municipalidades, cuando existía la responsabilidad de “perpetuar un abuso atroz de los derechos constitucionales”, cual era su caso.

El juez que resuelve la causa, Ciraolo no acepta su tesis. Y rebate su argumento. Así expresa: “*El hecho de que la nota 29 cree una excepción a la regla general de Newport contra daños punitivos no es una excepción para abusos particularmente excesivos como Ciraolo argumenta, sino que es una excepción a los abusos excesivos de los que los contribuyentes son directamente responsables*”.

En verdad, el juez hace una distinción entre la responsabilidad directa de los contribuyentes y la responsabilidad de los funcionarios municipales que “han adoptado una política inconstitucional sin una clara aprobación del electorado”. Y, a renglón seguido agrega: “*En estas circunstancias, mientras deploramos enfáticamente la conducta de la ciudad de adoptar una política que esta jurisdicción había antes considerado inconstitucional, no se puede considerar culpables de la política a los contribuyentes mismos bajo el razonamiento de Newport*”.

Como consecuencia, se revoca la condena de pagos por *daños punitivos* contra la ciudad y se devuelve el caso a la corte de distrito para que sea juzgado de acuerdo a esta opinión.

Pero el juez quiere ser más explícito aún. En sus aclaraciones, sostiene que el propósito del parágrafo 1983 es el de “no sólo proveer una compensación a las víctimas de abusos pasados, sino también servir como método de disuasión contra privaciones constitucionales futuras”.

La Corte de Newport, en verdad, había reconocido que los daños punitivos sirven al doble propósito de disuasión y retribución, pero observó que la razón de ser de la disuasión del parágrafo 1983 no justifica hacer pagar daños punitivos a las municipalidades, por las siguientes razones: a) no resulta claro que los funcionarios municipales queden disuadidos por la expectativa de daños pagados por los contribuyentes; b) los votantes pueden todavía eliminar por medio del voto a los funcionarios que han provocado un mal aun ante la ausencia de daños punitivos, tanto por haber provocado un mal como por la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios; c) los daños punitivos aplicados directamente sobre los funcionarios que obran mal constituirían un medio de disuasión más efectivo; y d) los daños punitivos podrían poner en serio riesgo a la integridad financiera de la Ciudad.

Estos argumentos, según el juzgador de la causa Ciraolo, descuidan un aspecto de la función disuasiva de los daños punitivos. Luego de extensas disquisiciones, se pronuncia por daños *socialmente compensatorios*, que están diseñados para hacer que la sociedad quede indemne al buscar que todos los costos de los actos dañinos se adjudiquen al actor responsable. Y concluye: “De hecho, para lograr el objetivo de la compensación social, además del objetivo de la disuasión óptima, sería preferible que tales daños se pagaran a un fondo que pudiera después aplicarse a remediar algún daño social no compensando que derive de la conducta del demandado.

9. Todo lo que va dicho y las consideraciones que se deslizan en los fallos citados más arriba, nos permiten formular algunas reflexiones.

Quizá antes habría que aclarar que a lo largo del siglo XX se ha producido, como fenómeno mundial, una más refinada y asidua significación del derecho por parte de la persona en la vida

en sociedad. La tendencia se inclina a invocar los derechos genuinamente humanos y, llegado el caso, a plantear ante los tribunales las peticiones que puedan corresponder.

Este fenómeno se ha dado, probablemente, en mayor escala en las naciones más civilizadas del planeta y, de más está decirlo, en el pueblo norteamericano.

El empirismo inglés no fue abandonado por los pobladores del territorio de los Estados Unidos y a ese empirismo se ha adosado una buena dosis de pragmatismo y flexibilidad jurídica para atender a los cambios cada vez más rápidos y profundos en la vida social. El método, primordialmente inductivo, en el sistema del *common law*, permitió que los jueces de dicho sistema estuvieran más atentos a los casos concretos y fueron realmente muy sensibles a las mutaciones sociales.

Ocioso resulta subrayar que en el sistema del *common law*, cuyos fallos fueron tenidos en cuenta por los propios ingleses, se adaptó flexiblemente a los cambios sociales permanentes, en los que la inducción permitió acoger las innovaciones. Se ha dicho que la innovación es una propiedad connatural del sistema, que, de tal manera, acompaña paralelamente los diversos modos de existencia social.

Como ejemplo de ese proceso, podemos citar el caso de los contratos, donde el sistema, libre de las fijezas legales, que, a veces, operan como trabas, se ha movido con soltura. De esa manera, como lo señala B. Audit, se han acogido tipos de contratos, en el orden jurídico, que fueron elaborados para atender a la recepción de nuevos bienes fabricados o servicios nuevos con fines sociales. Se trata de los llamados *contratos en "ing"*: *leasing*, *franchising*, *merchandising*, *factoring*, etc. Más aún: en el sistema del *common law*, los contratos son *interpretados* a la luz de principios y *no regidos por leyes*, cosa que los flexibiliza al máximo.

Por otra parte, el estilo de las decisiones judiciales del sistema, permite a los jueces *explayarse* hasta casi el infinito, como se ha podido vislumbrar en el caso *Ciraolo*. Planteadas las dificultades para resolver un caso, se acude a un precedente; pero si no lo ha adecuado, se formula otra solución lo más afín posible, explicando largamente las razones que conducen a ella, tratando de *justificar* la novedad de la decisión. Ahí nacerá una nueva regla, siempre estrecha y concreta, huyendo de fórmulas generales y abstractas, que ya habían sido cuestionadas desde los tiempos de Holmes.

En el estilo de las decisiones judiciales todo parece más laxo. Las decisiones se denominan "*opinión*" y, como se ha dicho, son muy extensas. Se analizan todas las situaciones que se hallan implicadas en toda la jurisprudencia que pueda relacionarse con el caso. La aplicación del derecho no es de ninguna manera mecánica y, por el contrario, toda cuestión se abre en un abanico de posibilidades, desde los fines que persigue el derecho hasta el porqué de cada decisión. Además, la sentencia generalmente es *consecuencial*, esto es, se anticipa, a los fines prácticos, a la o a las consecuencias que esa jurisprudencia podrá acarrear en el futuro.

Un jurista norteamericano, M. De S.O. L'Asser, profesor de la Universidad de UTA, analiza estos aspectos en un artículo publicado en los *Archives de Philosophie du droit* (t. 45, ps. 140/1, 2001) y centraliza su atención en una decisión de la Corte Suprema del Estado de Florida en la que pasa revista a diversos argumentos; así, por ejemplo, se estudia el problema desde el punto de vista del orden público, el sentido común o el buen sentido, la equidad, los riesgos económicos, las necesidades prácticas e institucionales, la moralidad, etc.. De esa manera, desfilan razones económicas, sociales, políticas, jurídicas, éticas, etc., a la luz de precedentes, principios, reglas e interpretaciones. Nos muestra los puntos de vista de la hermenéutica seguida, así como las perspectivas teleológicas de la decisión del caso concreto.

El estilo es coloquial y la primera persona utilizada por el juez produce un acercamiento entre él y las partes, que torna familiar e íntima la atmósfera que traduce. Por último, no vacila en plantearse hipótesis, analogías e incursiones jurisprudenciales que la historia del derecho pone de relieve.

En el mismo volumen citado anteriormente, el profesor de la Universidad de París II, Bernard Audit (ps. 7-11), señala que en el *common law*, cuando no se encuentra un precedente que cuadre de manera clara al caso que se juzga, se buscará "*otra solución explicando extensamente lo que justifica esta distinción y de esa forma se dará nacimiento a otra regla,*

*también muy estrecha*”, todo de tal forma que, aplicando la instrucción, según una fórmula célebre del juez americano Holmes, que reafirma un precepto implícito: “*las proposiciones generales no deciden casos concretos*”. El mismo autor subraya -lo que es evidente- que el sistema del *common law* se adapta mucho mejor a “un contexto de cambios sociales permanentes”, y ello se debe a la “aproximación inductiva evocada a cada instante”. Más todavía: añade que “*la innovación es cierta manera natural al common law y la adaptación permanente es su modo de existencia*”. Creemos que no se pueden encontrar palabras más expresivas que éstas para caracterizar al sistema de una manera general.

A su vez, el profesor John Anthony Jolowicz del Trinity College (Cambridge) señala en un trabajo publicado igualmente en los *Archives de Philosophie du droit* (t. 30, ps. 105-115, 1985), citando al jurista norteamericano Gray, que el “*derecho consiste, y consiste exclusivamente, en las reglas impuestas por los tribunales -no el legislador- para la determinación de los derechos y obligaciones de los ciudadanos*”.

Exagerado pareciera el juicio, que es precisado por René David en su *Les grands systèmes de droit contemporains*, cuando dice: “*Lo esencial es que la ley, en la concepción tradicional inglesa, no es contemplada como un modo de expresión normal del derecho. Ella es una pieza extranjera en el sistema del derecho inglés. Los jueces, ciertamente, la aplicarán, pero la regla que contiene la ley no será definitivamente admitida, no será plenamente incorporada al derecho inglés, más que cuando habrá sido aplicada e interpretada por las Cortes y en la forma y la medida en que será producida esta aplicación e interpretación*”.

Se ha hecho notar, asimismo, que hay una cuestión de lenguaje. Sabemos que, en los problemas filosóficos, el idioma inglés no es un lenguaje metafísico, sino empirista. Lo mismo ocurre con el derecho, fruto de esa actitud tradicional de los pueblos de habla inglesa. No existe en inglés sino el término *law*; nosotros, como los franceses, tenemos dos: “*derecho*” y “*ley*”. Cuando se habla de ley en inglés se entiende por referirse a una mezcla entre ley y jurisprudencia. Nuestro autor Jolowicz, por ello, concluye que “*el derecho inglés reconoce la existencia de dos fuentes formales de derecho -la ley y la jurisprudencia- dos fuentes que no operan sino en forma conjunta y combinada*”.

Como resumen final podemos concluir -reforzando lo ya dicho- que, en el sistema del *common law*, el derecho se encuentra más bien en las decisiones de los tribunales que en los cuerpos legislativos.

**10.** En los Estados Unidos existen decisiones fundamentales que no fueron obra del legislador -como se ha visto- sino de los jueces. Vayamos a otros casos concretos. Uno de ellos es el de “*Brown v. Junta de Educación*”, fallado el 17 de mayo de 1954 por la Suprema Corte, tribunal máximo del país, mencionado y comentado en la publicación de *Temas de la democracia* (p. 22 y ss.) de abril de 2005. El abogado -letrado de la actora- Jack Greenberg expresa que su meta era “persuadir al Tribunal Superior que anulara un fallo de 1896 (caso *Plessy*), que aprobaba la segregación racial siempre y cuando las instalaciones provistas a los negros fuesen iguales a las que se daba a los blancos, la llamada doctrina de “separados pero iguales”. Los temas para alegar, sigue narrando Greenberg, eran dos: a) Las “escuelas raramente o jamás, eran iguales”. Hasta tanto “las escuelas fueran iguales y se las mantuviera así, los negros y los blancos tendrían que asistir a las mismas escuelas”, pero “ningún tribunal había ordenado que las escuelas se integraran sobre esta base”. b) Por otra parte, el “segundo argumento fue que *la segregación de por sí era inconstitucional aun cuando las escuelas separadas fueran realmente iguales*”. Debe hacerse notar que “los tribunales de Delaware habían resuelto que las escuelas de los negros allí eran inferiores y ordenaron su *integración* inmediata. Sin embargo, en vista del fallo del caso *Plessy*, rehusaron dictaminar que el fallo era inconstitucional”. Los abogados insistieron en que el hecho de que los conceptos constitucionales se *desarrollan*, es decir, evolucionan y se producen *desplazamientos semánticos*, de tal forma que “algo que se juzgaba *igual en 1865, podría no ser considerado así en 1952*”.

El tribunal, por unanimidad, consideró que la segregación era inconstitucional. Recalcó que

los efectos de la segregación eran perniciosos y manifestó: “La separación de los niños blancos y de color de las escuelas públicas tiene un efecto perjudicial en los niños de color. El impacto es mayor cuando es sancionado por la ley, puesto que la política de separación de las razas es interpretada generalmente como que denota la inferioridad del grupo negro. El sentido de inferioridad afecta la motivación que un niño tiene que aprender. La segregación sancionada por la ley, por lo tanto, tiende a retardar el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarles de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”.

Pero hacía falta un paso más. El tribunal programó la forma de abolir la segregación en 1955, en una *opinión* llamada *Brown II*, con una frase que se hizo célebre y que, al reconocer las dificultades del procedimiento, dictaminó que la integración debía continuar con “toda rapidez premeditada”.

Y todo esto fue posible porque en el caso “Marbury v. Madison”, calificado como el caso más importante resuelto por el Tribunal Supremo, se “estableció el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de entender acerca de la *constitucionalidad de las medidas (leyes, normas, etc.) legislativas y ejecutivas*”. Sin este fallo de 1803, el caso “Brown” y otros semejantes que le siguieron no habrían sido posibles. Dice Ricardo Haro en su artículo “Marbury v. Madison: el sentido constituyente y fundacional de su sentencia” (<http://www.acader.unc.edu.ar/artmarbuyr.pdf>) que, con ello, se “confirma y corrobora el principio supuesto como esencial a todas las constituciones escritas, *de que una ley repugnante a la Constitución es inválida, y que los Tribunales, como los demás Departamentos, están obligados por aquel instrumento*”. En su virtud, desde entonces, se declaró “la potestad de los jueces y de la Suprema Corte de *declarar la inconstitucionalidad* no sólo de las leyes federales, sino que a partir de 1810, declaró inconstitucionales a leyes estatales (casos “*Fletcher v. Peck*”; “*Mac Culloch v. Maryland*”), sosteniendo los poderes implícitos del Gobierno Federal”.

\* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**LOS DELITOS DE ORDEN SEXUAL: VIOLENCIA,  
INCESTO Y ESTUPRO EN LA JURISDICCIÓN DE  
CÓRDOBA DEL TUCUMÁN (SIGLO XVIII)**

Ramón Pedro YANZI FERREIRA \*

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco doctrinario legal. III. Estudio de un caso testigo. IV. Análisis cronológico de las etapas del proceso. V. Colofón. VI. Conclusiones generales. Apéndice. Bibliografía.

## I. Introducción

La presente investigación es parte de un trabajo mayor sobre la pervivencia del derecho penal castellano indiano, en las postrimerías del siglo XVIII, en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán.

Esta fue realizada con fondos documentales extraídos del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba.

En el período que nos ocupa, se han compulsado 84 legajos que representan 953 causas con sentencias referidas a los procesos de homicidio, hurto y robos, abigeato, injurias, lesiones, amistad ilícita, amancebamiento, vagancia, ociosidad, y mal entretenimiento, desacato, amenaza, violación, rapto de mujeres, incesto, estupro, adulterio, fuga de presos, deserciones, juegos prohibidos, y falsificación de monedas.

Conforme con las actas judiciales examinadas, el porcentaje de los delitos más frecuentemente tramitado en la jurisdicción en estudio en el período 1776-1810 alcanzaría los siguientes valores: un 13,22% de homicidios, un 11,33% de injurias, un 27,59% de hurtos y robos, un 4,6% de lesiones, un 10,28% de robo de ganado, un 2,62% de amistad ilícita, un 2,93% de desacato, un 0,94% de juegos prohibidos, un 0,52% de desertores, un 5,56% de vagos, ociosos y mal entretenidos, un 0,52% de fuga de presos, un 0,52% de amenazas, un 0,31% de falsificación de monedas, un 16,05% de malos tratos, salteadores, contrabando, etc., y tan sólo de un 0,31% de violaciones, un 0,52% de adulterio, un 3,88% de amancebamientos, un 0,41% de estupro, un 0,73% de rapto de mujeres, y un 0,41% de incesto.

## II. Marco doctrinario legal

Las Partidas definían al estupro *como el concúbito con mujer virgen o viuda de buena fama mediante la utilización de ardidés tales como el engaño y el halago.*

El castigo tenía en cuenta la calidad del reo, por cuanto el hombre honrado sufría el perdimiento de la mitad de sus bienes para la cámara del rey, en tanto el hombre vil era azotado públicamente y condenado al destierro por cinco años <sup>1</sup>.

La pena se agravaba para el caso de un siervo o criado que abusare de la confianza de la casa, para seducir a las hijas, parientas o criadas del amo. En este caso, se disponía su quema en la hoguera.

Analizando la evolución de las penas, José Marcos Gutiérrez destacaba cómo la decisiva influencia del derecho canónico, templó la inicial severidad de las penas condenándose al estuprador a casarse con la ofendida, mediando su consentimiento, reconociendo la prole si la hubiere o dotándola en forma suficiente y aun desterrándolo y condenándolo a penas de presidio.

El rapto o violación de doncella viuda honesta, casada o religiosa se encontraba castigado con pena capital y confiscación total de bienes aplicados a la ofendida. En el caso de que la mujer violada aceptara contraer matrimonio con el violador, no se le imponía a éste la pena de muerte y sus bienes pasaban a los padres de la mujer forzada a menos que éstos consistieran el casamiento, en cuyo caso engrosarían las arcas del fisco.

Si la mujer violada revistiera el carácter de religiosa, los bienes del reo pasarían a la

comunidad.

Penas arbitrales estaban reservadas para cuando la mujer forzada no reuniera ninguna de las calidades indicadas.

En cuanto al incesto, configurado por el acceso carnal con parienta por consaguinidad o afinidad dentro del cuarto grado, con religiosa profesa, comadre o madrina o cuando una mujer se relacionaba con hombre de otra religión, determinaba para el hombre la pena capital y para la mujer azotes públicos y la confiscación de sus bienes para ambos.

El que contrajera matrimonio sin dispensa, dentro de los grados prohibidos determinaba la aplicación de la pena de confiscación general de sus bienes y destierro y siendo hombre vil debía, además, ser azotado públicamente <sup>2</sup>.

### **III. Estudio de un caso testigo <sup>3</sup>**

El 12 de marzo de 1787, María Fuentes, parda libre, vecina de la ciudad de Córdoba, envió a una hijita suya, María Teodora, a la sazón menor de doce años de edad, a buscar agua en el pozo existente en una finca vecina propiedad de don Francisco Huertas, donde realizaban trabajos diversos de albañilería los obreros Laureano Pedro Avendaño, Andrés Palacio y Fernando Dulze, este último negro, esclavo propiedad de doña Feliciana Córdoba, vecina también en la ciudad, viuda y sin socorros, cuyo sustento se procuraba con los jornales que el trabajo del obrero le significaban.

Demorábase la niña en retornar a la vivienda y ante esa circunstancia salió una y otra vez la preocupada madre al cerco de la casa hasta observar que la menor regresaba llorando y arrastrando una pierna.

Al ser interrogada María Teodora por su progenitora, ésta le respondió que había sido llevada por la fuerza a la obra en construcción por un individuo quien la arrastró por el suelo y luego de inmovilizarla poniéndole una rodilla en el estómago, abusó de ella según pudo comprobar la madre y otras mujeres que en ese momento se encontraban en la vivienda, ya que la menor se encontraba lastimada, y con sus extremidades inferiores bañadas en sangre.

La descripción que en medio de sollozos efectuó la niña a su madre comprometía la conducta de ese hombre de raza negra.

Los hechos aquí sintetizados originaron el trámite de una larga causa que se sustanció tanto en la ciudad de Córdoba, como en Buenos Aires, al remitirse los autos en consulta ante el máximo tribunal existente en el territorio del Virreinato del Río de la Plata, la Real Audiencia de Buenos Aires. A continuación se analizan cronológicamente las diversas partes que jalonaron las dos etapas del proceso en primera y segunda instancia, transcribiéndose en el Apéndice Documental respectivo, las dos piezas jurídicas de mayor valor que de algún modo caracterizaron y otorgaron contenido, respectivamente, a cada una de las etapas señaladas.

### **IV. Análisis cronológico de las etapas del proceso**

#### *Primera instancia*

#### *a. Actuaciones tramitadas en la ciudad de Córdoba*

##### *- La denuncia*

Intervinieron en esta primera parte del proceso:

El alcalde ordinario de primer voto don Juan López Cobo; el abogado de la Real Audiencia de La Plata, Dr. Victorino Rodríguez; el ministro de Justicia, don Pedro José Gómez; el alguacil mayor don Antonio Orrego y el escribano actuario, don Clemente Guerrero.

Efectuada la denuncia del hecho ante el alcalde ordinario de primer voto, éste dispuso que la niña fuera llevada por su madre a un facultativo, en tanto el ministro de Justicia procedía a la detención del delincuente y prestaban declaración los testigos Francisca Fuentes y Manuela Mercado; una vez cumplidos estos recaudos y tomada la declaración al reo, quien negó la autoría del hecho, la querellante desistió de la acción, dando perdón al delincuente y solicitando se le pusiera en libertad. Ante ello, el alcalde ordenó que se citara a la denunciante para su ratificación del perdón otorgado, lo que se efectivizó en audiencia pública. Ante la negativa del reo y el perdón otorgado, el alcalde dispuso la remisión de las actuaciones, en asesoría, al abogado de la Real Audiencia de La Plata, Dr. Victorino Rodríguez, fijando los honorarios del asesor en cuatro pesos, “el que determinará a quien corresponde satisfacerlos haciéndolo saber las partes”. El asesor expresó en su dictamen: *“Que no estando el reo confeso ni la causa sustanciada conforme a derecho, no se halla en estado de imponérsele pena alguna; pero tampoco de absolversele en virtud del desistimiento y perdón otorgado por la madre de la menor y que hallándose suficientemente justificado el cuerpo de un delito, en cuyo castigo tiene no muy poco interés la República, es de su parecer que, admitiéndose el desistimiento y el perdón la referida Fuentes, para los efectos que hubiere lugar en derecho, se nombre un fiscal a fin de que promueva acusación en forma o pida la que en derecho corresponda y sustanciada con él la causa se podrá dictar una resolución justa”*<sup>4</sup>.

En cuanto a los costos causados hasta ese momento opinó que: *“ambas partes deben satisfacerlos, ya que no estando el reo confeso ni convicto no corresponde que cargue íntegramente con ellas, ni tampoco la querellante que tuvo probable causa para su querrela e indicio que dio mérito a la prisión”*<sup>5</sup>.

Coincidiendo el alcalde ordinario interviniente con lo expresado por el asesor, designó fiscal a don Manuel Jacinto Nieto *“para que ponga el reo acusación en forma”*, quien previo juramento de aceptación del cargo ante el escribano actuario recibió los autos, ordenando además el alcalde que se notificara a la partes debiendo abonar cada una dos pesos, quienes así lo hicieron y tuvo por admitido el desistimiento y perdón de la madre de la agraviada, para los efectos que hubiere lugar en derecho. El señor fiscal designado expresó, además que siendo el delito cometido de aquellos condenados por las leyes divinas y humanas, se hacía un deber imponer al reo su merecido castigo, *“que servirá de ejemplo y escarmiento”*, detallando prolijamente los fundamentos de su pronunciamiento, surgiendo de ello la importancia que asignó a las manifestaciones del reo, que aunque inconfeso, dejó traslucir el convencimiento de la autoría del hecho; analizó luego los testimonios vertidos, las expresiones de la víctima y las constancias de lo actuado por el ministro ejecutor de la prisión y dictamen del médico cirujano don Miguel del Mármol, todo lo cual lo llevó al convencimiento de que Fernando Dulze, mulato esclavo de Feliciano Córdoba, era el agresor y se había hecho acreedor al más severo castigo, que según las leyes debía imponérsele, por ser justicia y así la pidió.

Promovida de oficio nuevamente la causa criminal, se corrió traslado a Feliciano Córdoba, quien pidió la excarcelación de su esclavo aduciendo que no existían en el proceso comprobantes del cuerpo del delito ni de la autoría del mismo, analizando y restando eficacia probatoria a las constancias de autos que sirvieron de base para la prosecución de oficio de la causa. De lo expresado por ésta, se corrió traslado al fiscal quien ratificándose de su postura, manifestó que existiendo suficientes elementos para sostener la existencia del delito y su autoría, tal como la sostuvo en el escrito anterior, luego de refutar todos los argumentos de Feliciano Córdoba, pidió al alcalde, que como lo tenía solicitado se aplicara la pena correspondiente, según las leyes.

De lo expresado por el fiscal se corrió nuevamente traslado a Feliciano Córdoba, quien lo contestó, reiterando su pedido de liberación del esclavo y pidiendo se condenara a la querellante en las costas del juicio y por los daños causados por la pérdida de jornales del esclavo durante el tiempo que duró su prisión, ofreciendo el testimonio de Lorenza Zaragoza.

En audiencia pública prestó declaración y manifestó que María Fuentes, el doce de marzo, después de sucedido el hecho se presentó en su casa atribuyéndole la culpabilidad del delito a un hijo de la declarante, acusándolo de haber llamado con engaños a la menor para facilitar los hechos, habiendo sido sometida por la fuerza, y que en dicha oportunidad María Fuentes iba acompañada por su hija, quien aseveraba que así habían sucedido las cosas.

Agregaba que la madre de la menor amenazó al hijo de la declarante, inocente en su opinión y que el niño asustado huyó por varios días; y que en la oportunidad relatada María Fuentes dijo que daría parte al “gobernador”. Diciendo además Lorenza Zaragoza que lo relatado y que las amenazas habían sido escuchadas por varias personas, dando sus nombres, entre ellos, el de Francisca Fuentes, tía de la menor, Juan Villagra y su mujer María Felisa.

Corrido traslado a Feliciano Córdoba solicitó que prestaran declaración los testigos mencionados por Lorenza Zaragoza. Y una vez que los testigos Juan Villagra y su esposa declararon ratificando los dichos de Lorenza Zaragoza y corrido traslado a Feliciano Córdoba, ésta solicitó nuevamente la libertad del esclavo y la condena en costas a la querellante más el reintegro de jornales perdidos por el esclavo, todo ello por cuanto los testimonios receptados ponían en evidencia, que la madre de la menor en forma calumniosa pretendió atribuir el mismo delito en el mismo día a dos personas diferentes. Pidió, puesto que por el proceso el esclavo, no se hacía acreedor a pena corporal ni a cualquier otra pena leve y arbitraria, se lo dejara en libertad, ofreciendo su fianza y solicitando que debido a que ha iniciado un juicio por calumnia contra María Fuentes y teniendo conocimiento que la misma pretende ausentarse, se la apereciba para que no abandone la ciudad por “*hacerse preciso su comparencia y personal arraigo*”, pidiendo se procediera a definir lo principal de la causa, conforme al mérito actual del proceso, sin ser preciso otras estaciones y diligencias.

Ante lo peticionado el alcalde resolvió correr traslado a María Fuentes no obstante haberse acogido el desistimiento de la querrela instaurada por la misma, y que se la notificaba para que no abandonase la ciudad hasta la conclusión de la causa, bajo aperecibimiento de seguir la causa en rebeldía en los estrados de la audiencia “reservándose en lo demás para resolverlo a su tiempo, y según corresponda, lo que se hará saber a las partes”. Corrido el traslado a María Fuentes ésta lo contestó diciendo que el hecho y la autoría del mismo han quedado probados con las constancias de la sumaria, como por las certificaciones del escribano actuario y la del médico cirujano don Miguel Mármol, siendo ello bastante para concluir la causa. Pidió que se tengan presente los escritos del fiscal en la acción promovida por Feliciano Córdoba quien la acusaba de calumnia. Luego se corrió traslado al fiscal, constando en el decreto que así lo resolvía, que “*con su respuesta se reserva providenciar lo que convenga en justicia*”.

El fiscal contestando el traslado expresó: “*Que con todas las circunstancias existentes en autos y no teniendo más pruebas que ofrecer ni quitar, corresponde que el alcalde resuelva conforme justicia. Y en cuanto al punto que se refiere a la acción de calumnia promovida por doña Feliciano Córdoba en contra de María Fuentes, habiéndose ésta acogido al asilo y reducirse a los escritos presentados por el fiscal para la determinación, corresponde al alcalde, en base a ellos expedirse determinando si existe no el delito que se le imputa*”<sup>6</sup>.

Contestado el traslado por el fiscal, el alcalde expresó: “*En atención a la gravedad de la causa y sin embargo de la renuncia a los términos que se tiene hecha por doña Feliciano Córdoba dueña del esclavo reo acusado, como de la probanza contemporánea, producida en su exculpación. Recíbese esta causa a prueba con el término ordinario de nueve días comunes, dentro del que se ratifiquen los testigos del sumario; en el que usará de su derecho la referida doña Feliciano, haciéndose saber esta providencia a todas las partes*”<sup>7</sup>.

#### *b. La prueba y los alegatos*

Intervinieron en esta segunda parte del proceso:

El alcalde ordinario de primer voto don Juan López Cobo; el alguacil mayor, don Antonio Orrego; el escribano actuario, don Clemente Guerrero y el fiscal, don Manuel Jacinto Nieto.

Abierta la casa a prueba, el alcalde mandó comparecer al ministro de Justicia, don Pedro José Gómez, a fin de que en cumplimiento de lo dispuesto, se ratifique de lo que depuso en la causa y se le advierte en esa oportunidad que puede añadir o quitar lo que considere necesario; oído lo cual se ratificó de lo declarado en el sumario. Luego el juez de la causa mandó comparecer a Francisca Fuentes, tía de la agraviada, quien se ratifica asimismo de sus anteriores declaraciones y agregó que el día del hecho, habiendo atribuido la culpabilidad del agravio, la menor Teodora, a un niño hijo de Lorenza Zaragoza, la confesante junto con la madre de la menor concurrieron a la casa de ésta. Al comprobar que sólo se trataba de un niño de corta edad, incapaz de cometer tal delito, interrogaron a la niña los motivos por los cuales había mentido, contestando la niña que lo hacía porque el verdadero culpable la había amenazado de muerte, tanto a ella como a su madre; agregando que por los datos suministrados por la menor, no había dudas que el autor del hecho era el esclavo Fernando Dulze. Manifestó también que lo agregado en esta declaración, no lo expresó en oportunidad del sumario por no creerlo importante. Agregó que no obstante comprenderle las generales de la ley, por ser tía de la menor, en ningún momento ha dejado de decir verdad de lo ocurrido.

Luego el alcalde interviniente, hizo comparecer a Manuela Mercado, hija política de la denunciante y cuñada de la ofendida, quien se ratifica de sus declaraciones en la causa. Seguidamente fue traído Fernando Dulze que se encontraba preso por esa causa, el que se ratificó de su declaración. En cumplimiento de lo ordenado en el decreto de apertura a prueba doña Feliciania Córdoba ofreció la que hacía al derecho de su parte y solicitó fueran llamados los testigos a fin de que se ratificaran de sus dichos y fueran interrogados a tenor del cuestionario de preguntas que presentó. Los nuevos testigos que ofreció, Laureano Pedro Avendaño y Andrés Palacios, al ser interrogados manifiestan en forma coincidente que tienen buen concepto del acusado *“tanto de su proceder y cumplimiento en su oficio por el mucho juicio, que le asiste”*, y que ellos como el acusado se encontraban trabajando juntos en la obra de don Francisco Huerta, dando fe de que Fernando Dulze estuvo toda la tarde en su lugar de trabajo y de que no habló con la menor Teodora. Los testigos Juan Villagra, Lorenza Zaragoza y Feliciania Ludueña se ratificaron asimismo de la declaración prestada en el sumario.

A continuación, doña Feliciania Córdoba compareció y solicitó la clausura del término de prueba al no haberse solicitado su prórroga y que se agregaran las producidas por ambas partes del proceso. De tal petición se corrió traslado al fiscal y a María Fuentes, quienes también pidieron la clausura del término a prueba, a mérito de que no tenían prueba alguna para producir y solicitaron se ordenara la publicación de probanzas y que se resolviera como lo tenían pedido. Ante ello, el alcalde dictó la siguiente resolución:

*“Visto declarase por concluso, prescripto el término de prueba, a que fue recibida ésta causa, y en consecuencia hágase publicación de probanzas; poniéndose en el proceso las que hubiesen producido; certificándose por el escribano actuario, no tenerse dadas otras algunas por las partes; y hecho corran a éstas traslado por su orden para alegar de bien probado dentro del término dispuesto por derecho; la que concluirán para definitiva si la obtuviesen por conveniente”*<sup>8</sup>;

Y, seguidamente, el escribano actuario certificó: *“Que las probanzas producidas por las partes, se hallan agregadas al proceso; sin que se hayan producido otras, que las que se demuestran, y para los efectos que convengan”*<sup>9</sup>.

En su alegato de bien probado, el fiscal solicitó la condena del reo y que se aplicara el más severo castigo a éste, por surgir de autos, la certeza de la comisión y autoría del delito conforme lo tenía dicho ya en sus anteriores escritos y agregó respecto de los nuevos testigos ofrecidos por doña Feliciania Córdoba, que de la declaración de los mismos surgía la pretensión de crear una coartada al reo ya que evidentemente ambos creyeron según sus declaraciones, que lo más importante era aseverar que Fernando Dulze no se había apartado de su lugar de trabajo, en cambio, uno expresó que la menor no apareció en ese lugar y el otro aseguró que la vio a las tres de la tarde llevando su cántaro de agua desde el pozo, todo lo cual resulta sospechoso, por no

existir coincidencia en las declaraciones respecto a ese punto, cuando en realidad ambos se encontraban en el mismo lugar: por todo ello pidió se dictara resolución, condenando al inculpado en la forma solicitada.

A su vez, María Fuentes, madre de la menor, en su alegato pidió también la condena del reo en base a las probanzas existentes y testimonios, y a las certificaciones del escribano actuario, médico cirujano y ministro Pedro José Grímez, porque de ellos surgía la verdad manifiesta de que el estuprador es Fernando Dulze. Agregando que la falta de coincidencias en las declaraciones de los nuevos testigos de doña Feliciania Córdoba no hacían más que demostrar la falsedad en la que incurrían para favorecer al acusado y, por lo tanto, no podía perjudicarla. Pidió se la condenara en costas a Feliciania Córdoba.

Por su parte, Feliciania Córdoba en su escrito de alegato, pidió: *“Que en mérito producido por las probanzas, y excepciones se ve precisada la integridad de Ud., declarar libre e inculpable a mi esclavo del delito atribuido y por bien probadas sus excepciones, y coartadas; mandato en su consecuencia excarcelarlo, con expresa condenación de las costas y perjuicios de jornales a María Fuentes, como a temerario e injusta querellante”*<sup>10</sup>.

Y luego analizó en forma minuciosa las pruebas de ambas partes, quitando mérito las obrantes en la etapa sumarial, en base a la cual tanto el fiscal como María Fuentes atribuyeron tanto la culpa del delito de estupro al esclavo Fernando Dulze. Pidió se diera por concluida la causa, con lo alegado y se resolviera en definitiva, *“no sólo por lo principal del juicio, sino también por lo relativo a la recriminación, que tengo promovida contra dicha Fuentes por la calumnia comprobada a su querella”*<sup>11</sup>.

Ante lo solicitado por Feliciania Córdoba, y no habiendo el fiscal, ni la parte que querelló, solicitado que se tuviera por concluida la causa y se resolviera en definitiva, excepto a la que promovió la defensa del reo; el alcalde proveyó el traslado al fiscal, de lo que dio fe el escribano público actuante Guerrero, y luego se hizo saber dicho decreto a Feliciania Córdoba. Corrido traslado al fiscal, éste respondió solicitando se concluyera la causa para su definitiva. Seguidamente, el teniente de alguacil Mayor corrió traslado a María Fuentes, quien contestó al evacuarlo: *“Que no sólo por haber quedado probado en autos que Fernando Dulze es el autor del delito sino por el caso de corte que le compete por sumamente pobre y por haber sido su hija forzada, según el texto de la Ley V: Título XIII, Libro IV, Título II, Libro III y la Ley VIII: Título III, Libro IV, Folio 228 de la recopilación, cuyo cumplimiento pide, se condene a Feliciania Córdoba, en todas las costas, costos y perjuicios que le ocasionó, lo que estima en doce pesos”*...<sup>12</sup>.

Pidió se tuviera por concluida la causa para sentencia.

De todo ello se dio traslado a Feliciania Córdoba, quien contestó que en mérito al proceso y a lo alegado se dictara, en definitiva sentencia, en la causa, con arreglo a lo que tenía pedido y que la sentencia debía pronunciarse tanto en lo principal de la causa, como en el incidente de acción de calumnia, concluyendo de este modo lo actuado sin permitir otras demoras que la priven de los jornales de su esclavo por ser lo único con lo que ella subsiste. Luego el alcalde dictó la siguiente resolución:

*“Para el mejor acierto de la terminación de esta causa, que se declara por concluida para definitiva: Remítanse los autos en Asesoría al doctor don Victorino Rodríguez con el honorario de diez pesos, por este último dictamen, que deberá exponer, quien los haya de satisfacer, como las demás costas del proceso, haciéndose saber a las parte”*.

Dicho Auto se hizo saber a doña Feliciania Córdoba, al fiscal y a María Fuentes.

El Dr. Victorino Rodríguez en su dictamen expresó: *“Que nada se había probado contra Fernando Dulze en tanto Feliciania Córdoba había probado de algún modo su coartada, por lo que opinó correspondía se le declarara libre del delito imputado y se decretara su excarcelación. Señaló asimismo que no se debía hacer lugar al cargo que Feliciania Córdoba le imputaba a la madre de la menor pues consideró que ésta “ tuvo razones suficientes para querellar y que no hubo malicia de su parte, que por ello y por haber desistido de la querella correspondería que se la libere de costas, pero debido a que se le dio voz en la causa hasta su finalización, y no resultando malicia del reo, ni de la querellante, es de su parecer que se*

*decrete la excarcelación, sin expresa condenación en costas y que cada parte satisfaga las por sí causadas”*<sup>13</sup>. Luego de lo cual el alcalde dicta el siguiente decreto:

*“Autos cítense las partes para oír sentencia”*. Procediéndose a notificar en consecuencia al fiscal, a María Fuentes y a doña Feliciania Córdoba.

### *c. La sentencia*

Intervinieron en esta tercera parte del proceso:

El alcalde ordinario de primer voto, don Juan López Cobo; el alguacil Mayor, don Antonio Orrego; el escribano actuario, don Clemente Guerrero; el fiscal, don Manuel Jacinto Nieto; el ministro de Justicia, don Pedro José Gómez; el abogado de la Real Audiencia de La Plata, Dr. Victorino Rodríguez.

Seguidamente, el juez de la causa alcalde don Juan López Cobo, procedió a dictar sentencia definitiva tomando como base las constancias de autos, las pruebas producidas, lo alegado por las partes, como también el parecer dado por el abogado consultor Dr. Victorino Rodríguez declarando *“que habiendo probado doña Feliciania Córdoba las excepciones que le correspondían, resuelve declarar libre del delito que se le imputa al esclavo Fernando Dulze y su excarcelación, previa comunicación y revisión de los autos a la Real Audiencia del Distrito. En cuanto las costas, cada parte deberá correr con las causadas las comunes por mitad, las que deberán satisfacer prontamente para la remisión de los autos”*<sup>14</sup>.

Dictada la sentencia y firmada por el juez de la causa, ante el escribano actuario Juan Manuel Pedriel, el que reemplazó al actuario interviniente Guerrero, por enfermedad grave del mismo y notificada que fue al fiscal y a las partes; doña Feliciania Córdoba solicitó que habiéndose declarado libre a su esclavo del delito que se le imputaba y en virtud de su encarcelamiento, a fin de evitar que el esclavo siguiera en la cárcel durante el trámite de remisión a la Audiencia y la confirmación de la sentencia, como así también para evitar el perjuicio que se le causaría al no disponer de los jornales y servicios de su esclavo, solicitó que se consultara al abogado interviniente sin más trámite, si la excarcelación debió anteceder a todas esas estaciones morosas. Ante lo solicitado por Feliciania Córdoba, el alcalde resolvió que se otorgara la excarcelación al esclavo, previa firma prestada por la suplicante u otra persona suficiente, y pago de las costas que a cada parte correspondiesen, designando a don Dionisio Romero como tasador.

Notificada del auto dictado, Feliciania Córdoba, ofreció como fiador a don Bernardo Oreste. La resolución fue notificada al fiscal y a María Fuentes. El fiador ofrecido otorgó la fianza, de lo que quedó constancia en el registro del escribano actuario. Y el tasador designado procedió a la tasación de costas, con arreglo al nuevo Real Arancel ascendiendo su monto a la suma de cincuenta y dos pesos en total, discriminando en detalle los que corresponden a cada uno de los funcionarios intervinientes, determinando específicamente las tareas cumplidas, el valor de cada una y el monto que cada parte debía abonar: fijando, en primer término, los del alcalde por la firma de autos, decretos ratificaciones, sentencia definitiva y aprobación de tasación; luego los del escribano que fue de la causa don Clemente Guerrero, y de quien le sucediera en el cargo don Juan Manuel Pedriel, por decreto, notificaciones, recepción de juramentos, autos, certificaciones y fojas escritas en las declaraciones arregladas a treinta renglones; a continuación los del asesor interviniente; los del teniente del alguacil, del portero del Cabildo, del tasador, del fiscal, y del facultativo don Miguel del Mármol.

Aprobada la tasación se hizo saber a doña Feliciania Córdoba, quien hizo exhibición de las costas que le correspondían. Luego se notificó el mismo decreto a María Fuentes, quien se excepcionó del pago de las costas que le correspondían “por pobre”, recibiendo los interesados las entregadas por doña Feliciania Córdoba todo lo cual se testimonió.

### *Segunda instancia*

*Actuaciones tramitadas ante la Real Audiencia de la ciudad de Buenos Aires*

Intervinieron en esta última parte del proceso:

Los funcionarios de la Real Audiencia de Buenos Aires (presidente, regente, oidores, fiscal y escribano de cámara), el tasador designado por la Real Audiencia, don Juan Antonio Seriba; el alcalde de primer voto, don José García Piedra; el escribano actuario del Cabildo, don Juan Manuel Pedriel; el tasador designado por el alcalde, don Dionisio Romero y Pontero; el teniente coronel de los Reales Ejércitos y comandante de Armas, don Félix Mestre.

Elevados los autos a la Real Audiencia de Buenos Aires, el alto tribunal resolvió revocar el auto consultado por el alcalde de primer voto de la ciudad de Córdoba y condenar a Fernando Dulze en la pena de cincuenta azotes, *“que se le darán en la cárcel de aquella ciudad”* y a dos años de presidio estableciendo también que concluido el término, *“su ama doña Feliciana Córdoba deberá vender el esclavo a cincuenta leguas de distancia, condenándola en todas las costas de lo actuado; disponiendo para su cumplimiento se librara Real Providencia al juez de la causa, el que la devolverá diligenciada. Proveyeron y firmaron el auto que así lo disponía los señores presidente, regente y oidores de la Real Audiencia. Todo ello, después de expuesto y resumido el fallo emitido por el alcalde y de los elementos y pruebas obrantes en la acusa de los que el mismo se valió para disponer la libertad del esclavo y de aquellos que dicho juez no consideró suficiente prueba de la culpabilidad del reo”*. Concluyó el fiscal de cámara diciendo: *“Es en cuya atención siente el fiscal que siendo Lustra Alteza justo podrá aprobar la referida sentencia y mandar a devolver la causa para su ejecución o resolver lo que sea mas de justicia”*. Y luego de tasadas las costas causadas por el tasador designado don Juan Antonio Leyva, quien fijó las que correspondían al Canciller del Sello, al relator Dr. don Julián de Leyva, las del escribano de cámara don Facundo de Prieto y Pulido y al propio tasador.

Cumplido este recaudo se provee a la Real Provisión y carta del alcalde de primer voto de la ciudad de Córdoba, a fin de que una vez recibida cumpliera y ejecutara el auto proveído por el presidente, regente y oidores de la Real Audiencia; y cumpliera, a su vez, las instrucciones que en la carta se le impartían, según la cual debería exigir el pago de cuarenta y seis reales de tasación de costas, los que luego se remitirían al escribano de cámara para su distribución entre los interesados, como el aporte del correo de ida y vuelta, y que dicha suma se exigiera a doña Feliciana Córdoba, se le instruyó también, que asimismo debería remitir carta y provisión real diligenciada a la Real Audiencia por mano del escribano de cámara, cerrada y sellada.

Recibida la Real Provisión y carta, el alcalde de primer voto don José García Piedra dictó auto ordenando el arresto y encarcelación de Fernando Dulze, del que da Fe el escribano actuario don Manuel Pedriel, y seguidamente se procedió a la detención del reo, el que fue conducido a presidio, dándose cumplimiento al castigo corporal impuesto por la Real Audiencia, en presencia del alcalde carcelero y del escribano actuario. Posteriormente, el condenado fue conducido al presidio de San Carlos del Tío, remitiéndose el pertinente oficio al comandante de Armas don Félix Mestre en el que se le impartían las instrucciones del caso, quien informó haber dado cumplimiento a lo ordenado. Luego se notificó a doña Feliciana Córdoba de lo dispuesto en la Real Provisión, en cuanto a su esclavo y al pago de las costas, según tasación remitida por la Real Audiencia y, además, el pago de la que no abonó María Fuentes cuya tasación se le hizo conocer. Intimada que fue al pago, doña Feliciana Córdoba expresó que estaba a lo dispuesto por la autoridad, pero que por no tener dinero debió solicitarlo en préstamo a un vecino de nombre Florencio García, quien abonó la suma requerida, la que fue repartida conforme la tasación obrante en la causa.

Los avatares de estas enjundiosas tramitaciones legales concluyeron finalmente cuando doña Feliciana Córdoba se sentó en una sentida petición a la Real Audiencia de Buenos Aires exponiendo su condición de viuda y su pobreza y las circunstancias de proveer a su sustento con el trabajo de su esclavo Fernando, como ya lo tenía expresado en folios anteriores de la acusa,

solicitando entonces el alivio de la pena de su esclavo atento la imperiosa necesidad de satisfacer su indigente situación. Oídas con benevolencia las razones expuestas, el alto tribunal americano resolvió conmutar la pena de presidio por la de dos años de destierro, facultando a la dueña del esclavo para venderlo en esas condiciones.

A sus efectos se ordenó, por último, se remitiera la correspondiente carta al alcalde interviniente, con lo que concluyeron por último, los actuados de esta causa.

## V. Colofón

Aunque en ninguna de las resoluciones dictadas en el caso sometido a análisis se hace mención expresa de la legislación, con base a la cual se resuelve la causa, es importante destacar que los cuerpos jurídicos de aplicación principal en esta época eran: la Nueva Recopilación de las leyes de Castilla del año 1567; La Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, fundamentalmente, las Siete Partidas de Don Alfonso X, el Sabio, en especial, la Partida VII, la legislación territorial posterior a los ordenamientos legales citados tanto indiana como Castellana (esta última, desde 1614, en cuanto fuese admitida por el Consejo de Indias, ya que no todas las disposiciones tomadas para la península resultaban aplicadas en América); y, con especial mención, las disposiciones de carácter local, autos acordados por la Audiencia y por el gobierno, promulgados por gobernadores y virreyes; también tenían especial relevancia las costumbres y jurisprudencia.

En el caso analizado, sólo María Fuentes, madre de la víctima, al evacuar el traslado que se le corre, hace mención a leyes, cuya aplicación solicita al decir:

*“Que no solamente por estar plenamente comprobado en los Autos, haver sido Fernando Dulze el estuprador, sino también por el Caso de Corte, que me compete por sumamente pobre, y por haver sido dicha mi hija forzada según el terminante contexto de la ley quinta , título trece , libro cuarto, título segundo, libro tercero y la ley octava, título tres libro cuarto, folio doscientos veinte ocho de la Recopilación; cuio cumplimiento pido se halla presisada su justificación a condenar a dicha señora en todas las costas, costos y perjuicios que me ha ocasionado, los que estimo en doce pesos”*<sup>15</sup>.

En la primera etapa del proceso que culmina con el fallo de don Juan López Cobo, alcalde ordinario de primer voto, declarando la libertad del esclavo acusado, adquiere fundamental y decisiva importancia el dictamen del inminente abogado consultado Dr. Victorino Rodríguez: existiendo total coincidencia entre el parecer del asesor y lo resuelto por el alcalde, a tal punto que, atento el mérito de los autos, conformándome con el expresado dictamen del abogado en todas y cada una de sus partes.

Pero, en la segunda etapa, que se inicia con la remisión de los autos a la Audiencia de Buenos Aires, en consulta, dando cuenta de la resolución dictada en la causa, y que concluye con el Auto dictado por la misma, revocando el fallo consultado, condenando a Fernando Dulze por el delito que se le imputa; se torna evidente y sin lugar a dudas, que se ha tenido muy en cuenta el sereno y fundamentado alegato de Manuel Jacinto Nieto, fiscal designado por el alcalde para que ponga al reo acusación en forma, como así también la opinión vertida por el fiscal de la Real Audiencia, al presentar el caso que se sometió a consulta ante la misma.

Estas dos piezas que se transcriben en el apéndice son a nuestro juicio las que otorgan contenido y color a todo el proceso por las siguientes razones: la resolución del juez de la causa, alcalde de primer voto don Juan López Cobo, que esencialmente se basa en el dictamen del abogado consultor Dr. Victorino Rodríguez y que resuelve, en definitiva, otorgar la libertad al reo; restó importancia a dos elementos de juicio, emergentes de las pruebas obrantes en el proceso, que son sumamente trascendentes, y a los cuales, el fiscal nombrado en la causa criminal sí les asignó un justo valor. Lo primero hace referencia a la respuesta indiferente dada por el reo, en oportunidad de haber sido señalado como autor del hecho por la menor, cuando responde: *“puede ser que salga lo contrario”*, de lo cual deduce el fiscal que ello demuestra

indicios vehementes de su delito, pues sabiéndose autor del hecho temía que los testigos, que tal vez presenciaron el acto, lo descubriesen y de allí su desconfianza para no negar categóricamente ser el ejecutor del delito.

Y segundo: la falta de coincidencia en la declaración de los testigos, con los que la defensora del reo pretendió probar su coartada; ya que mientras que por una parte afirman que el acusado no se movió de su lugar de trabajo y junto al cual se encontraban ambos testigos (Avendaño y Palacios), por la otra, uno niega que la menor haya aparecido por el lugar del hecho, y otro, afirma que la vio; de lo cual el fiscal infiere que los testigos, creyendo que no era de lo sustancial, no precavieron este punto para encubrir al reo declarando en forma coincidente. A mi juicio, la Audiencia, al revocar el fallo del juez de la causa, dictó una resolución acertada y justa.

La causa analizada se inicia el 12 de marzo de 1787 y concluye el 26 de febrero de 1789<sup>16</sup>.

## VI. Conclusiones generales

En la jurisdicción en estudio no abundan las actas judiciales que analizan casos como el *sub lite*. En la criminalidad de la época fue un delito poco destacado.

El estupro, la violación y el incesto se ubican numéricamente tras el robo, el homicidio y las agresiones físicas. Registra, aun, menos ejemplos que el rapto y el adulterio.

Pero como se ha estudiado en otras jurisdicciones se debe tener presente siempre el peso de los casos silenciados, es decir, los que no llegan a las instancias judiciales por arreglos privados entre las partes o porque la víctima calló la agresión sufrida por vergüenza propia, por presión de su círculo íntimo, puesto en juego el mismo honor familiar o por desconfianza hacia el sistema judicial y las adversas consecuencias sociales que importaba, para la agredida, el público conocimiento del delito que privaba a la mujer del tesoro de su virtud.

Los arreglos extrajudiciales bien pueden haber sido la causa más eficaz para impedir el trámite de la denuncia.

Es posible que las familias de la mujer forzada buscaran un arreglo matrimonial o aun económico que significara una compensación y que evitara la intervención de una justicia que bien podía ser vista con desconfianza o reticencia.

Las actas judiciales registran generalmente su mayor impacto de denuncia en áreas urbanas. Casi no hay testimonios del delito cometidos en áreas rurales.

La cabeza del proceso que inicia la sumaria, generalmente, se desen-cadena por denuncia de parte a través de los testimonios brindados por la misma víctima o sus familiares o las personas que provienen de su círculo íntimo y doméstico.

Estos mismos familiares y vecinos, son a su vez, los que auxilian eficazmente al juez comisionado o al alcalde de la Santa Hermandad a perseguir al reo y, por último, son asimismo ellos mismos quienes deponen como testigos en las sumarias.

Intervienen, también, el regidor defensor de pobres, el fiscal, el asesor letrado designado siempre por el magistrado de la causa o por las partes cuando lo solicitan al juez interviniente. No faltan asimismo las causas elevadas para el conocimiento de la Audiencia.

Los fallos se ajustan estrechamente al parecer del asesor letrado y generalmente lo hacen expresamente suyo<sup>17</sup>.

### *El rigor formulario y las instancias procesales*

En el entramado de los pleitos por delitos contra la honestidad se erige como fundamental la prueba confesional y la testimonial.

Es notable el elevado número de testigos que comparece en el labrado de cada sumaria.

Los testigos comparecen a prestar su testimonio porque realmente conocen los motivos de la detención del reo, en ocasiones porque la víctima o su familia se lo ha confiado o porque lo saben por la pública fama del reo.

El acusado confiesa su delito, puede negar alguna circunstancia que le imputan los testigos o le achaca el magistrado, pero en casi la totalidad de las causas examinadas su confesional admite la acusación formulada en la cabeza de la sumaria.

### *La aplicación de las sentencias*

Despojadas, generalmente, de citas legales y doctrinarias, las que en cambio se reproducían con exclusividad en los textos contruidos por los asesores letrados, fiscales y defensores de pobres, en ocasiones, con la sola invocación de escuetas referencias normativas, el elenco de las sentencias aplicadas por la justicia penal cordobesa en el período indicado, registran una fuerte impronta del ejercicio del arbitrio judicial que oscila en un amplio abanico de penas que comprende, a su vez: destierro, azotes, destino a las obras públicas por 2 años; presidio por 6 años a trabajar en obras públicas, con grillete y cadena, 200 azotes y 4 años más; cadena 200 azotes y destino como poblador a La Carlota.

En todo el período estudiado, las penas que más frecuentemente impuso la Justicia ordinaria a los condenados por agresión sexual a mujeres fueron:

Destierro, como ocurrió en el pronunciamiento dictado por el juez interviniente Juan Luis Aguirre y Tejeda en la causa criminal por violación de menor contra Pedro Berden. Al resolver el juez dispuso: "... *Se lo destina de poblador a la Villa de la Carolina*"<sup>18</sup>.

Apartamiento de la víctima, como aconteció en la causa criminal seguida a Bruno Martínez, juez pedáneo por haber sustraído una menor de ocho años llamada Magdalena León. El magistrado en su pronunciamiento, resolvió: "Se ponga a Magdalena en casa que sea de la satisfacción del que pide y de este gobierno; *Traslado a Narciso León, con reserva de su muger, librándose para su comparecencia la correspondiente orden*"<sup>19</sup>.

La pena corporal de azote fue la aplicada con mayor frecuencia.

Las sanciones más leves se le imponían a los cómplices de los delitos en estudio. Generalmente, las penas pecuniarias fueron impuestas con cierta frecuencia a los agresores de estos tipos de delitos, como sucedió en el expediente judicial contra Félix Calderón, juez pedáneo de Río Tercero del partido de Yucat. El marqués de Sobremonte en su pronunciamiento resolvió:

*"Fallo, atento a los autos y meritos del proceso... que dicha Da. Vicenta no probó bien y cumplidamente su acción, como probarle convino decláralo así; Y que Dn. Felix Calderón probó sus excepciones suficientemente sobre el imputado delito, lo que igualmente declaro: Y respecto a la culpa, que contra Dn. Félix Calderón resulta por la detención en su casa de Da. Vicenta Olivera contra su voluntad y resistencia de Matías Aredisia su cuñado, sin comprobación del llamado, que dice en su confesión haber hecho a su hermano Joaquín, demandante para el día, en que fueron a ella, con mas las presunciones de olvido en una Casa, que le merecía tanto celo le debo considerar y condeno a la satisfacción de veinte pesos aplicados a la dicha doña v Vicente en remuneración del vejamen que padeció en su injusta detención y las costas de esta litis quedando advertido el detenido Calderón que de no bastar esta demostración a la enmienda que se expresa sentirá las que bastan a su escarmiento sometiéndose a tasación de dichas costas a Dionisio Romero"*<sup>20</sup>.

De este modo se sustanciaron las causas por delitos contra la honestidad en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán, cuya escasa abundancia de testimonios en los repositorios documentales los consagra como los delitos denunciado con menor frecuencia en los tiempos indios.

Las citas legales y doctrinarias contenidas en los largos y elaborados párrafos que presentan los asesores letrados, el fiscal y el regidor defensor de pobres refieren generalmente a Gregorio

López, Hevia Bolaños, la Curia Philípica, Juan de Solórzano Pereyra, Juan Matienzo, Covarrubias, Lorenzo Matheu y Sanz, etc., aun cuando quienes suscriben estos textos, generalmente, no son letrados.

El generalizado carácter lego que tenían los auxiliares de la justicia y hasta los propios magistrados no excluía, sin embargo, un conocimiento visceral y profundo del derecho canónico, en virtud de la influyente presencia de la Universitas Cordubensis Tucumanae que desde 1613 venía formando en sus claustros a los graduados de Teología y Artes, como también a los bachilleres en Artes.

Es dable suponer, además, que la presencia de importantes bibliotecas jurídicas en la ciudad ponía a auxiliares de la justicia en directo contacto con los jurisperitos clásicos, cuyas admoniciones eran vastamente conocidas.

Las citas legales acuden, por su parte, fielmente a los ortodoxos textos del Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla de 1484, la Nueva Recopilación de 1567 y la Recopilación de Indias de 1680.

Las penas más frecuentemente aplicadas, de cuyo preciso cumplimiento dan prolija cuenta las notas asentadas en las mismas actas procesales, fueron las condenas a azotes, destierro y penas de presidio en poblaciones de frontera y trabajo en obras públicas de la ciudad.

## Apéndice

### **Dictámenes del asesor Dr. Victorino Rodríguez:**

*“El Asesor nombrado en el expediente formado contra Fernando Dulze esclavo de Doña Feliciano Córdoba por la fuerza que se dice hizo a María Teodora menor de 12 años hija de María Fuentes parda libre dice: Que estando inconfeso el reo, y sin convencimiento alguno ni substanciada la causa conforme a derecho, no se halla en estado de podersele imponer pena alguna; ni tampoco de absolverle en virtud del desistimiento, y perdón otorgado por la expresada María Fuentes; respecto a que debe el juez de ofizio seguir la causa; hallándose suficientemente el cuerpo de un delito; en cuio castigo tiene no poco interés en resolver la República; y así es de sentir el Asesor, que admitiéndose el desistimiento y perdón otorgado por la referida Fuente para los efectos que hubiere lugar en Derecho, se nombre un Fiscal, que ponga acusación en forma, o pida lo que fuese de justicia y substanciada con él la causa, se podrá acertar en la resolución. Por lo respectivo a las costas hasta aquí causadas siente igualmente el abogado, que ambas partes deben satisfacerlas; pues no estando el reo confeso ni convicto por ahora no se le debe cargar íntegramente, ni tampoco a la parte querellante, que tuvo probable causa, y razón para interponer su querrela, qual fue la semiplena probanza, presunción o indicio, que dio mérito a la prisión: Así lo podrá Ud. determinar, o resolver lo que fuere mas conforme a justicia. Córdoba, y marzo treinta de mil setecientos ochenta y siete. Doctor Rodríguez.*

*Para el mejor acierto de la determinación de esta causa, que se declaró por conclusa para definitiva: Remítanselos autos en Asesoría al Doctor Victorino Rodríguez con el honorario de diez pesos, por éste último dictamen, que deberá exponer quien los haya de satisfacer, como las demás del proceso; haciéndose saber a las partes.... El Abogado consultado en éstos autos dice, que efectivamente nada se ha probado en ellos contra Fernando Dulze y que su Señora Doña Feliciano Córdoba, que le defiende a demostrado de algún modo que la coartada; y assi sient , que declarándosele libre por el delito imputado, se debe decretar su excarcelación: pero tampoco se ha de adherir al cargo que dicha Señora hace contra María Fuentes parda libre, pues esta tuvo sobrado fundamento, y probable razón para querrellarse qual que efectivamente se ha perpetrado en la persona de su tierna e impúber hija, y la declaración de ésta; y aunque sea cierto , que primeramente culpó a otro; pudo surgir esta debilidad de la amenaza con que la conminó el indigno agresor y por consiguiente persistimiento, y rectificándose en la segunda*

*declaración, tuvo su madre motivo razonable para querellarse; y no se le debe atribuir a malicia, que por lo mismo y por haberse desistido de la querrela parece, que debía ser declarada libre de las costas; pero habiéndosele posteriormente dado voz en la causa, y habiéndose seguido, y finalizado esta con su audiencia, y no resultando de ella malicia, ni en el reo, ni en la querellante; es de parecer el Asesor, que se decrete la referida excarcelación, sin expresa condenación en costas, y que cada una de las partes satisfaga las por sí causadas. Sobre todo Usted determinará lo que regulase más de justicia. Córdoba, y julio treinta y uno de mil setecientos ochenta y siete años. Firmado Doctor Rodríguez”.*

**Pronunciamiento del fiscal designado por el alcalde de primer voto don Manuel Jacinto Nieto:**

*“El Fiscal nombrado en la causa criminal, que contra Fernando Dulze por el estupro que ejecutó en Theodora parda libre con lo demás en ellos obrado respondiendo el traslado, que se le ha comunicado para alegar de bien provado, reproduciéndose de nuevo sus anteriores escritos, y en la mas bastante forma , que haya lugar en derecho, dice: que se le hace preciso e indispensable a la recta justificación de Usted aplicarle el más severo castigo, según leyes que sirva de escarmiento a la vindicta pública por lo favorable y siguiente lo primero porque de los autos se convezne, ser cierto el delito y el delincuente, como ya lo tiene expuesto, y se demuestra todos los testigos de la sumaria asientan, ser cierto el hecho, el sirujano en su certificación lo afirma: Pedro Josef Gomez ministro ejecutor de la prisión en su declaración, que corre a fs. cinco confiesa haver visto la ropa, que le habían sacado, y con la que se cobijaba en la cama con abundancia de sangre, y manifestando al reo dijo la paciente ser el factor del hecho: a lo que respondió el reo puede ser, que salga lo contrario: cuia indiferencia demuestra unos indicios vehementes de su delito: porque éste conociendo su pecado temía que los testigos, que tal vez presenciaron el acto lo descubriesen, de ai es de donde dimanó la desconfianza para afirmativamente no asentar no ser el ejecutor. Y si con reflexión se registran los autos veremos, que las mismas provanzas producidas por la parte defensora hacen palpable esta verdad y manifiestan probablemente ser el delincuente el mismo Fernando: La defensora produce una información con Lorenza Zaragoza, Juan Villagra y su esposa Doña Feliciano Ludueña, en que todas contestes afirman haversele hechado la culpa del hecho, a su hijo de la primera, queriendo por este hecho salvar al echor: pues concedido todo a favor de la parte; pregunta el Fiscal qual dicho debe prevalecer; si el que a muchacha dijo en su primera instancia sobresaltada del suceso, y tal vez con la misma inocencia persuadida que echando la culpa a aquel niño incapaz de ejecutar por su tierna edad lo que ha ella le havia acaecido se libraría del castigo, o aquel , que con mas reelección. Y ya postrándose enferma declara ser Fernando. Se mantiene en ello ante el juez, ante el reo, y al Escribano se lo confiesa llanamente como consta de la certificación , que corre al folio dos: claro está que el segundo, que este hace fee en juicio y fuera de él, y que por este se debe pasar o juzgar y sentenciar, esto es ovio en todo derecho, y mas quando la misma razón lo convence: Echa la culpa al primero, no es cierto, desiste de su dicho su madre averigua y no siente assi calla, y no demanda a aquel lo deja por inocente con el mismo silencio: descubre el verdadero ejecutor, que es Fernando persiste en ello, averigua la madre la demanda, y se halla firme la muchacha ante el Juez, Escribano y Ministro: Con el primero ella nomás sin respeto alguno, desistióse; y en el segundo se mantiene firme; cuia diferencia entre uno y otro culpado, y subsistencia en ella, hace probablemente conocer ser el dicho Fernando. Lo segundo porque de los testigos con que pretende probar la coartada, o de ninguna interrupción de tiempo, recoge una cierta y maliciosa coalición con el reo, el primero en su declaración que corre a fs. veintiocho vuelta, asienta que la expresada tarde no apareció por allí la mulatilla, y el segundo que es el Indio Andrés Palacio, maestro albañil en su declaración a fs. veinte y nueve asienta que después de las tres de la tarde entró a su casa llevó su cántaro de agua, y volvió a salir y que no la vio más, el uno estando en su mismo paraje y el alto no la vio, y el otro si; de donde se infiere que*

*fueron coligados es decir que no se había apartado, ni hablado con la mulatilla por parecerles, ser los sustanciales y que si la vieron, o no o si entró no la precavieron en unánimes, por parecerles no ser esta circunstancia de lo sustancial en el concepto de ellos: En cuia virtud, y de lo expuesto se ha de servir la recta justificación de Usted y determinar, como lo pide el Fiscal en el exordio de este escrito por ser de justicia lo que imploro. Córdoba, junio catorce de mil setecientos ochenta y siete. Firmado Manuel Jacinto Nieto”.*

## **Bibliografía**

- ÁVILA MARTEL, A., *Esquema de derecho penal indiano*, Santiago de Chile, 1941.
- BERNAL, B., “El derecho castellano dentro del sistema jurídico indiano”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (en adelante A.M.H.D) X-1998.
- BERNI, J., *Práctica criminal con nota de los delitos, sus penas, presunciones, y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y Ritual para juzgar, acriminar y Defender en los Tribunales Reales de España, y en los particulares de Residencias*, Valencia, M.D.C.C XLIX.
- BORAH, W., *Justice by Insurance: the general Indian court of colonial México and the legal aides of half-real*, Bekerley, 1983.
- BUSTOS, Z., *Anales de la Universidad de Córdoba, Segundo Período (1778-1795)* Córdoba (Arg.) 1902.
- CASTILLO DE BOVADILLA J., *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, MDCCL, ts. I y II
- CLAVERO, B., “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones” en TOMÁS Y VALIENTE, F., CLAVERO, B. y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza, Madrid, 1990.
- CLEMENTE, José Luis, *Violación, estupro, abuso deshonesto*, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1995.
- CÓDIGOS ESPAÑOLES, CONCORDADOS Y ANOTADOS, Imp. de la Publicidad, Madrid, 1848.
- CÓRDOBA DE LA LLAVE, Ricardo, *El Instinto Diabólico. Agresiones sexuales en la Castilla medieval*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba (España), 1994.
- COVARRUBIAS Y LEYBA, *Practicarum Questionum Liber*, M. Fraga, Madrid, 1957.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la integridad sexual*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- ELIZONDO, F.A. de, *Práctica universal forense de los Tribunales Superiores de España y de las Indias*, 2ª reimp., Madrid, 1770, t. I.
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de la legislación civil, penal, comercial y forense...* por y con citas del derecho, notas y adicionales por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel, Lib. de Calleja e Hijos, Madrid, 1842.
- ESTRELLA, Oscar Alberto, *De los delitos sexuales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- FEBRERO, J., *Febrero o Librería de Jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos Civil, Criminal y Administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica con arreglo en un todo a la legislación vigente*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1852.
- FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLAROEEL, Gerónimo, *Práctica criminal instrucción de sustanciar las causas con distinción de lo particularmente parece se debe observar así en los consejos y sala como en otros Tribunales Superiores*, Imprenta de la Viuda de Juan Muñoz, Madrid, 1756.
- GACTO, E., “Aproximación a la historia del derecho penal español” en CLAVERO, B., GROSSI, P., y TOMÁS Y VALIENTE, F. (coords.), *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales*, Tai del incontro di Studio, Firenze-Lucca, 25, 26, 27 maggio, 1989, Milán,

- 1990, vol. I.
- GARCÍA GALLO, A., “Alcaldes mayores y corregidores en Indias” en GARCÍA GALLO, A., *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972.
- *Manual de historia del derecho español*, 2ª ed., Madrid, 1964, ts. I y II.
- GUTIÉRREZ, José M., *Práctica criminal de España*, Imprenta de Don Fermín Villalpando, Madrid, 1928.
- HESPANHA, A.M., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993.
- HEVIA BOLAÑO, Juan de, *La Curia Filípica*, Librería de Rosa y Bouret, París, Francia, 1853.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de derecho penal*, 4ª ed. actualizada, Losada, Buenos Aires, 1964.
- LEVAGGI, A., “Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Marqués de La Plata y Manuel Genaro Villota (1784-1810)” en H.I.D, 21, 1994.
- “Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense” en *IV Congreso Internacional de Historia del derecho Indiano*, México, 1976.
- “Las penas de muerte y aflicción en el derecho penal rioplatense (Primera Parte)”, *Revista de Historia del Derecho*, N° 3, Buenos Aires, 1975.
- “Las penas de muerte y aflicción en el derecho penal rioplatense (Segunda Parte)”, *Revista de Historia del Derecho*, N° 4, Buenos Aires, 1976.
- *Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (siglos XVI a XIX)*, Buenos Aires, 1974.
- *Historia del derecho penal argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1978.
- LEVENE, R., *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1946, t. II.
- MARTIRÉ, E., “La causa de Justicia”, VV.AA., *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1995.
- PIHLAJAMAKI, H., “La institución de la pena extraordinaria y el derecho de la prueba en el derecho común y el derecho indiano”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, Buenos Aires, 1997, t. IV.
- PLUGIESE, M.R., “La firma letrada en el proceso civil en el Virreinato del Río de la Plata”, en *ID, de la justicia lega a la justicia letrada*.
- *Abogados y asesores en el Río de la Plata 1776-1821*, Buenos Aires, 2000.
- “La imagen del juez en el Virreinato del Río de la Plata”, en *XIII Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano*, San Juan de Puerto Rico, 2003, t. I.
- “Los asesores letrados de los alcaldes y del Cabildo de Buenos Aires (1810-1821)” en *ID, de la justicia lega...*
- “Los asesores letrados de los alcaldes y del cabildo de Buenos Aires (1810-1821)” en *ID, de la justicia lega...*
- *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Majestad Católica del Rey Don Carlos II*, Madrid, 1841.
- REINALDI, Víctor F., *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino. Ley 25087*, ed. actualizada, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2005.
- RUIZ GUIÑAZÚ, E., *La magistratura indiana*, Buenos Aires, 1916.
- SALVAT, M., “El procedimiento criminal chileno según dos autos acordados del siglo XVIII”, en VV.AA., *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, 1996, vol. I, t. III.
- SÁNCHEZ BELLA, I., “Las audiencias y el gobierno de las indias (siglos XVI y XVII)”, en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos*, II (1977).
- TAU ANZOÁTEGUI, V., *¿Qué fue el derecho indiano?*, Buenos Aires, 1982.
- “La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano” en *Revista de Historia del Derecho*, N° 17, Buenos Aires, 1989.
- “La costumbre como fuente del derecho indiano en los siglos XVI y XVII: estudios a través de

- los cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán”, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, Madrid, 1972.
- “El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común” en CLAVERO B., GROSSI P., y TOMÁS Y VALIENTE, F. (coords), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Atti dell’ Incontro di Studio Firenze-Lucca, 25-26 de mayo 1989, Milán, 1990, t. I.
  - *La ley en América Hispana. Del descubrimiento a la emancipación*, Buenos Aires, 1992.
  - *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, 1992.
  - *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, 2001.
  - “Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Ricardo Levene, N° 13, Buenos Aires, 1962.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., “El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)”, en *A.H.D.E.*, XXXI, 1961.
- *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Madrid, 1969.
  - “Delinquentes y pecadores”, en TOMÁS Y VALIENTE, F.; CLAVERO, B. y otros, en *Sexo barroco... cit.*
  - *La tortura en España*, 2ª ed., Barcelona, 1994.
- YANZI FERREIRA, R.P., “El asesor letrado en Córdoba del Tucumán. Un estudio de la jurisprudencia del siglo XVIII”, *Actas del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto Internacional del Derecho Indiano, Veracruz, México, 1997.
- “Los delitos contra las personas en el derecho penal castellano indiano”, en *Libro homenaje In Memoriam al profesor Carlos Díaz Remetería*, Universidad de Huelva, España, 1998.
  - “Los delitos contra el honor en el derecho penal castellano indiano. La injuria en la jurisprudencia penal cordobesa en las postrimerías del régimen jurídico colonial. 1776-1810”, *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1997.
  - “La aplicación del derecho castellano indiano a través del análisis de un expediente judicial”, *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*, N° 28, Buenos Aires, 1991.
  - “La aplicación del derecho penal castellano indiano en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán 1776-1810”, en *Actas del decimoprimer Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina*, Academia Nacional de Historia, Buenos Aires, 2001.
  - “La jurisprudencia penal cordobesa en el período tardo colonial 1776-1810” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba, 2001.
  - “Horizonte de las sentencias en las causas penales tramitadas en jurisdicción de Córdoba del Tucumán en el período colonial” en *Cuadernos de Historia*, N° 14, Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas “Roberto I. Peña”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004.
- ZORRAQUÍN BECÚ, R., *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981.

\* Miembro de número de la Academia. Director del Instituto.

<sup>1</sup> ALFONSO, EL SABIO, *Las Siete Partidas*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555, P VII, Título XIX, Ley I.

<sup>2</sup> Idem P VII, Título XVIII, Ley I. y Ley III. Y Título XIV Let LI de la Partida V.

<sup>3</sup> Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba (en adelante, AHPC) Criminales 1787. Legajo 46 Expediente

11.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> El tema ha sido tratado por YANZI FERREIRA, Ramón Pedro, “La aplicación del derecho castellano indiano a través del análisis de un expediente judicial” en Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1991, t. XXVIII.

<sup>17</sup> El tema ha sido estudiado por Ramón Pedro YANZI FERREIRA en “La Asesoría Letrada en la jurisprudencia penal cordobesa del siglo XVIII”, Revista de la Facultad N° I, vol. I, Córdoba, 1993, Nueva Serie y en las Actas del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Veracruz, México, 1997.

<sup>18</sup> AHPC Criminales 1796, Legajo 75. Expediente 34.

<sup>19</sup> AHPC Criminales, Legajo 56. Expediente 9.

<sup>20</sup> AHPC Criminales 1790, Legajo 50. Expediente 15.

## LA ACTIVIDAD DEL PROVISOR EN CÓRDOBA Un ejemplo de las postrimerías del siglo XIX (1881-1883)

Nelson C. DELLAFERRERA \*

**Sumario:** I. Introducción. II. Fuentes de ingresos para los gastos de la curia. III. El provisor como limosnero en la ciudad episcopal. IV. El provisor, el viático y el coche del Santísimo Sacramento. V. La casa de la secretaría del provisor. VI. El Tribunal Eclesiástico entre 1881 y 1883: actividad y economía. VII. Conclusión.

### I. Introducción

Es oportuno señalar, de modo preliminar, que antes de la entrada en vigencia del Código de Derecho Canónico de 1917, en una única persona, se sustentaba el ejercicio del oficio eclesiástico, tanto de provisor como de vicario general. Después del obispo diocesano, sobre él recaía la máxima autoridad en la diócesis y, no raramente, por elección capitular, a él le cabía el deber de gobernar la Iglesia durante la sede vacante. De allí que en períodos como el antedicho, sea casi imposible separar, en la figura de aquel hombre, la actividad judicial de la puramente administrativa en el desempeño de sus funciones. Como es de suponer, las actas procesales ponen de manifiesto la actividad judicial, ejercida personalmente o a través de los jueces designados por el obispo, establemente o para cada caso. De la misma manera, la restante documentación de la curia permite apreciar su tarea administrativa.

En el breve lapso de su ejercicio del gobierno en esta sede cordobesa, que va del 16 de enero de 1881 en que el obispo franciscano Mamerto Esquiú toma posesión de la diócesis de Córdoba, hasta el 10 de enero de 1883 en que fallece en el paraje denominado Pozo del Suncho (hoy, Diócesis de Catamarca), el prelado había nombrado como su provisor y vicario general al licenciado Aquilino Ferreyra.

Había nacido éste en Villa del Rosario el 4 de enero de 1824, hijo de don Francisco Froilán Ferreyra y de doña Eulalia Álvarez. Alumno del Colegio Seminario “Nuestra Señora de Loreto” recibe los grados en teología por la Universidad de Córdoba. Designado cura párroco de Villa del Rosario, participa en el VIII Sínodo Diocesano de 1877; nombrado provisor y vicario general el 25 de abril de 1881. Entre 1889 y 1894 es rector del seminario. Promovido a obispo titular de Amiso y auxiliar de Córdoba, recibe la consagración el 19 de agosto de 1900 y fallece

en la ciudad episcopal el 23 de agosto de 1910.

## II. Fuentes de ingresos para los gastos de la curia

Salvo contadas excepciones, que no ofrecen mérito alguno para ser destacadas especialmente, las entradas constantes para afrontar los gastos de la curia, se concentraban en los dineros provenientes de los siguientes rubros: dispensas en general, “ingresos de Notaría”, “derechos de proclamas”, “dispensas de proclamas”, “componendas”<sup>1</sup>. Estos últimos ingresos se expresan siempre indicando el nombre de la persona favorecida y de la parroquia que remitía el arancel y, algunas veces, con el solo nombre del cura párroco. A pesar de los márgenes pequeños, la caja de la secretaría del provisor no arrojaba pérdidas.

De todo esto, puede concluirse que la mayoría de las entradas provenían de las tasas de la curia, que según expresión del obispo Toro, se habían regulado de acuerdo con la Inocenciana<sup>2</sup> y a las costumbres diocesanas. Recuérdese que el Papa Inocencio XI había aprobado en 1678 los aranceles que podían exigirse en las curias diocesanas. A pesar de que se discutió vivamente si la tasa Inocenciana debía observarse también fuera de Italia, de hecho se puso en práctica en todo el mundo católico. Los obispos debían informar durante la Visita ad Limina, acerca de su cumplimiento en sus respectivas diócesis. Sin embargo, hay que tener presente que la tasa Inocenciana regía únicamente para los asuntos meramente espirituales y nunca para los contenciosos, criminales o mixtos<sup>3</sup>.

Para la administración de estos dineros, ingresos y gastos de coches y trenes en los viajes pastorales, así como los pagos efectuados a la Cochería del Plata, encargada del vehículo para transportar el Santísimo Sacramento, la contabilidad de las limosnas que se hacían diariamente a los pobres, el flamante provisor mandó confeccionar un libro contable con el siguiente título:

*Libro en que se llevan las cuentas de entradas y salidas en esta curia provisoral de Córdoba, establecido por el actual Provisor y Vicario General, Lic. Aquilino Ferreyra, siendo Obispo Diocesano el Illmo. y Rvmo. Señor Doctor Dn. Fr. Mamerto Esquiú y Medina; dispuesto de modo que en la primera columna se encuentren las entradas bajo la palabra cargo, y al frente en la 2ª los gastos bajo la palabra dote. Córdoba, Mayo 4 de 1881. Las entradas comienzan el 27 de abril*<sup>4</sup>.

Los datos se inician en la página 2 y se continúan hasta el 10 de enero de 1883, fecha en que el obispo muere en Pozo del Suncho<sup>5</sup>.

Estas anotaciones contables, permiten apreciar que el provisor y su curia provisoral ejercían las obras de misericordia y del ministerio sacerdotal de una manera destacada y encomiable. Puede decirse que, acabadamente, exponen la figura del verdadero sacerdote juez. Llama la atención la sola autorización de citar asientos menudos hecha por el obispo Esquiú. En el rico patrimonio documental del Archivo de esta antigua sede episcopal, no he tenido la oportunidad de contemplar otro libro con semejantes características. De hecho se lleva a cabo durante el gobierno pastoral de los obispos franciscanos Mamerto Esquiú y Juan Capistrano Tissera, con sus respectivas sedevacancias y se interrumpe con el nombramiento del dominico fray Reginaldo Toro.

## III. El provisor como limosnero en la ciudad episcopal

Estas obras de misericordia corporales practicadas por el provisor aparecen contabilizadas de manera muy variada, indicando el monto en cada caso. Para una lectura más fácil las divido en: genéricas, particularizadas, personales, institucionales y las remitidas a Roma.

1. *Limosnas genéricas*. En esta tipificación suelen dejarse ver con términos como los que

siguen: “limosna para los pobres”, “varias limosnas”, “limosna para una señora pobre”, “limosna para un señor pobre”, “limosna a un pobre ciego”, “limosna a una señora enferma”, “limosna a varios enfermos”, “limosna a una familia pobre”, “limosna para pobres vergonzantes”, “limosna a un ciego con familia”, y más frecuentemente se dice solamente: “limosnas”, etc. <sup>6</sup>.

2. *Limosnas particularizadas*. Estas se anotan con expresiones como las que se dan a continuación: “limosna para los pobres del Jueves Santo”, “limosna a un extranjero necesitado”, “por cien rosarios para los presos”, “limosna para costear mujeres ejercitantes al campo”, “limosna a un soldado dado de baja para vestirse”, “a un pobre ciego para [comprar] un violín”, “limosna a una niña huérfana”, “limosna a ejercitantes”, “limosna a un colegial pobre”, “a Samuel por repartir la pastoral del Jubileo Extraordinario de León XIII”, etc. <sup>7</sup>.

3. *Limosnas personales*. Las obras de misericordia que se reúnen en este apartado, se asientan con estas indicaciones: “limosna al presbítero Linch enfermo”, “limosna al niño N. Ríos para libros”, “limosna al niño Ramón Ferreyra para libros”, “al presbítero Barroso”, “al clérigo Isaguirre mes de septiembre”, etc. <sup>8</sup>.

4. *Limosnas entregadas a las instituciones*. Éstas son consignadas con una indicación precisa: “limosna a las Hermanas franciscanas”, “limosna a la obra de la Merced”, “limosna a las Concepcionistas”, “limosna al Seminario”, “limosna a las Hermanas de Villanueva”, “limosna para un altar en la capilla del Seminario”, “para ayudar a la compostura del órgano de la Catedral”, “limosna a la Casa de Ejercicios”, “limosna a la capilla de Las Saladas”, etc. <sup>9</sup>.

5. *Pagos enviados a Roma*. Aquí, aparecen sólo dos veces y, en estos términos: “Enviados a Roma por veinticuatro dispensas”, “para abonar sólo parte de la deuda de los clérigos de Roma” <sup>10</sup>. Los alumnos cordobeses que residían en el Colegio Pío Latino Americano y frecuentaban las facultades de la Universidad Gregoriana de Roma, que vuelven al país durante los años del obispo Esquiú o que marchan a la Ciudad Eterna enviados por él, eran los siguientes: Rafael López Cabanillas, quien ingresa a la universidad el 2 de diciembre de 1876, recibe la ordenación sacerdotal y egresa el 6 de junio de 1882 con los títulos de licenciado en filosofía y teología; Ramón Gil Luque comienza sus estudios universitarios el 2 de diciembre de 1876, sacerdote, concluye el 22 de octubre de 1881 con los títulos de doctor en teología y licenciado en derecho canónico; Marcelino Romero inicia su universidad el 2 de diciembre de 1876, ordenado sacerdote, termina el 22 de octubre de 1882 con el título de licenciado en derecho canónico; Abel Bazán y Bustos, da comienzos a sus estudios universitarios el 28 de noviembre de 1882, recibe la ordenación sacerdotal y egresa el 21 de febrero de 1892 con los títulos de doctor en filosofía y teología; Romualdo Pizarro, entra el 28 de noviembre de 1882 y sale el 14 de julio de 1884, sin ser ordenado y sin haber obtenido título alguno en la universidad; Luis Álvarez, abre sus estudios el 30 de noviembre de 1883, obtiene el título de licenciado en filosofía, egresa el 23 de octubre de 1889 y recibe la ordenación sacerdotal; Jacinto Rodríguez, comienza el 30 de noviembre de 1883 y termina el 29 de agosto de 1884 sin obtener título alguno y no consta que haya sido ordenado sacerdote <sup>11</sup>.

#### **IV. El provisor, el viático y el coche del Santísimo Sacramento**

De los asientos contables se deduce que el provisor y los sacerdotes que ejercían su ministerio en la curia provisoral, asistían a numerosos enfermos. Si se quiere es explicable. La ciudad episcopal era pequeña, pero no tanto como para poder ser atendida pastoralmente por una única parroquia. Desde la segunda página de este libro de entradas y salidas [15 de junio de 1881] hasta la página 97 [28 de febrero de 1888] se suceden anotaciones del siguiente tenor. Me

límite a reseñar los datos existentes hasta la página que lleva el número 24, que son las que abarcan el período del obispo Esquiú:

“Un viaje en coche para llevar el viático”, “dos viajes de coche para el viático”, “carruaje extraordinario para llevar el Santísimo”, “un coche para llevar el Santísimo”, “servicio de un coche para el Santísimo”, “un coche extraordinario para el Santísimo Sacramento”, “cinco viajes de coche para el Santísimo Sacramento”, “dos coches para el Santísimo”, “diez viajes de coche para el Santísimo”, “nueve viajes de coche para el Santísimo”, “diecinueve viajes de coche para el Santísimo”, “cuenta del coche para el Sacramento por el mes de mayo”<sup>12</sup>.

A este propósito el Sínodo de 1877 mandaba: “que en este Curato Rectoral no se lleve a pie el Sagrado Viático, a menos que la casa del enfermo diste sólo cuatro cuerdas de la iglesia, o que haya de llevarse con pompa y solemnidad, como se hace cuando el enfermo es sacerdote. Y para que esta disposición se cumpla exactamente, se proveerá a este Curato Rectoral, cuando lo estime conveniente el Prelado, de un carruaje decente, con todos los útiles necesarios, de manera que esté dispuesto a todas horas, debiendo colocarse en el carruaje las luces necesarias siempre que no haya un cortejo conveniente para acompañar el Santísimo Sacramento”<sup>13</sup>. Parece ser que esta aspiración de los sinodales de 1877, sólo comenzó a ponerse en práctica a partir del 28 de febrero de 1888. En efecto, en la anotación contable de ese día se escribe: “Al Cura Rector para ayuda de los gastos del coche del Santísimo Sacramento”<sup>14</sup>, y de esa fecha en adelante ya no se hará mención del coche del Santísimo Sacramento.

## V. La casa de la secretaría del provisor

Los obispos de Córdoba no tuvieron casa propia hasta 1888. El obispo, junto a su archivo, se desplazaba constantemente. En 1797, por decisión del obispo Ángel Mariano Moscoso, el archivo encuentra su lugar estable en las construcciones levantadas en el costado de la torre norte de la Catedral, donde permaneció hasta 1905<sup>15</sup>. El provisor interrogaba a las partes y a los testigos y convocaba a los interesados para la publicación de la sentencia en su domicilio particular. Sin embargo, cuando se trataba de sentencias penales, referidas a la vida y costumbres de los clérigos, o a los sacramentos celebrados dolosamente la publicidad de la sentencia y de las penas impuestas podía ser mayor<sup>16</sup>.

Este libro contable que se analiza, deja entrever que las cosas siguieron así hasta la muerte del obispo fray Juan Capistrano Tissera (1883-1887), quien alquilaba una propiedad del monasterio “Santa Catalina de Siena”. En efecto, en el asiento de fecha 30 de noviembre de 1886 se lee: “para ayudar al síndico del monasterio de Catalinas al blanqueo y pintura de la casa que ocupó el Sr. Tissera, en la que sigue la secretaría del Obispado”<sup>17</sup>.

No cabe duda de que la secretaría del provisor y la oficina del juez de matrimonios estuvieron en esta casa hasta su traslado al nuevo palacio episcopal. La columna de los egresos permite ver que se abona a las monjas un alquiler: “pago a las Catalinas por cuentas atrasadas”; que se paga un impuesto: “pago del agua corriente de la casa de la secretaría por abril, mayo, junio y julio”; se hacen reparaciones al inmueble alquilado: “por compostura de puertas de la secretaría”, “otras reparaciones en la secretaría”; que se hace arreglar el mobiliario: “compostura de la mesa del juez de matrimonios”. Asimismo, se marca que la secretaría ha sido trasladada al nuevo palacio episcopal el 27 de diciembre de 1889 por la suma de quince pesos<sup>18</sup>.

Otro detalle que no resulta indiferente es que en este mismo libro se asientan los pagos a los provisores interinos, así como el dinero que éstos puedan haber tomado de la caja, para limosnas u otros gastos, y las retribuciones a los jueces de matrimonios que suplían al titular: “por 25 pesos que el Sr. Argañarás, estando de provisor interino, tomó para obras pías”; “al Sr. Rizo Patrón por haber servido de juez de matrimonios durante los Ejercicios 20 pesos”<sup>19</sup>.

## VI. El Tribunal Eclesiástico entre 1881 y 1883: actividad y economía

Para mejor comprender este apartado conviene traer a la memoria que, hasta el imperio de la ley 2393 de Matrimonio Civil (1888), la jurisdicción eclesiástica abarcaba todos los temas referidos al matrimonio sacramento; a su posible nulidad si se verificaban las causales establecidas por el derecho canónico vigente en aquella época y a los supuestos de divorcio. A partir del Código Civil (1871) quedaron fuera de la jurisdicción de la Iglesia los efectos civiles del divorcio con respecto a la persona de los cónyuges, la crianza y educación de los hijos, y de los bienes de la sociedad conyugal. Una vez que el juez eclesiástico admitía la demanda de divorcio, el juez civil, a instancia de parte, señalaba la cuota alimentaria que debía satisfacer el marido, así como las expensas del juicio de divorcio. Lentamente, ya a partir de 1823 y con diferentes interrupciones, los tribunales eclesiásticos fueron introduciendo la praxis de los juicios verbales de separación, que podía ser concedida temporalmente o por tiempo indeterminado.

Hecha esta advertencia, no ha de olvidarse que el obispo era y es, el único juez en la diócesis y puede despachar los asuntos judiciales por sí mismo y, más comúnmente por su provisor<sup>20</sup>. Toda la actividad del Tribunal Eclesiástico está profundamente marcada por las directivas del obispo y de los hombres encargados de la administración de la justicia. También en este aspecto es notable la obra desarrollada por el obispo Esquiú, que llega a tomar parte personalmente en algún caso para lograr el avenimiento de los esposos.

Este apartado debe ser dividido en dos secciones. La primera se refiere a las causas contenciosas: nulidades y divorcios, en las que a través de los tasadores y reguladores de honorarios se establecían los montos que debían abonarse al tribunal, debidamente atestiguados en cada uno de los juicios. Las referidas a divorcios contemplaban los aspectos de las separaciones autorizadas por el juez de matrimonios y concedidas a los esposos por un lapso determinado o por tiempo indefinido, ya que la única causal de divorcio perpetuo era el adulterio y éste se dirimía siempre en la vía contenciosa. Las tasas de estos “juicios verbales de divorcio” se fijaban por Notaría y sus importes pasaban a la secretaria del provisor.

En las causas contenciosas, no hay procesos de nulidad matrimonial en estos tres años. Los divorcios tramitados durante la gestión del obispo Esquiú son apenas tres. El primero, con un total de doscientas setenta y siete fojas escritas casi siempre por ambos lados, se inicia el 19 de agosto de 1881 por la causal de sevicia y malos tratos. El fallo es afirmativo en ambas instancias. La diferencia radica en que el tribunal de Córdoba concede el divorcio por dos años, entonces el Dr. Juan Biale Massé apela al tribunal metropolitano. Esta segunda instancia es llevada adelante por el abogado de la accionante, Dr. Filemón Posse y el 16 de noviembre de 1882 se dicta sentencia afirmativa reformando el fallo de Córdoba y concediendo el divorcio por tiempo indeterminado<sup>21</sup>.

El segundo proceso de divorcio, también por las causales de sevicia y malos tratos, consta de un total de veintiuna fojas escritas casi siempre por ambos lados. Se introduce la demanda el 7 de febrero de 1882, y se concluye con la conciliación entre los esposos el 12 de abril de 1882<sup>22</sup>.

La tercera y última causa de divorcio tratada en este período, consta de un total de sesenta fojas y la demanda es presentada con fecha del 7 de febrero de 1882, por los capítulos de sevicia, alcoholismo y adulterio, concluye el 30 de abril de 1886 con una conciliación entre partes. De la lectura de las actas se concluye que los esposos se han reconciliado dos veces en el transcurso de tres años<sup>23</sup>.

En razón de que los jueces que intervienen son el Lic. Aquilino Ferreyra, el Dr. José Gregorio Ardiles y el Dr. Uladislao Castellano, quienes sólo han obtenido sus grados en teología, deben ser asesorados por especialistas en derecho. Actúan como asesores en estos tres juicios el Dr. Pablo Julio Rodríguez, el Dr. Nicéforo Castellano y el Dr. Agustín Patiño.

Se observan modos de proceder de parte de los abogados que indican menos versación en temas de teología y de derecho canónico. Se advierte que el Dr. Juan Biale Massé, con escaso conocimiento del sacramento de la penitencia dice al juez eclesiástico: “*digo que mi*

*representada libra a su confesor, el Revdo. Padre Argüello, Comendador de la Orden de Ntra. Sra. de la Merced, del sigilo de la confesión, para que verbalmente informe a V.S. acompañado del Señor Asesor o solo...". A lo que el juez responderá: "Al tercer otrosí, por ser inviolablemente sagrado el sigilo sacramental, e inadmisibile este medio de prueba, no ha lugar"*<sup>24</sup>.

En la tercera causa de divorcio, el abogado de la demandada sostiene a contrapelo de la Const. Dei Miseratione<sup>25</sup> del Papa Benedicto XIV, que es necesaria la presencia del defensor de matrimonios. El procurador de la accionante afirma correctamente que el nombramiento y la participación del defensor del matrimonio sólo es necesaria en los juicios de nulidad.

La segunda sección puede denominarse "separaciones de matrimonios". En el Leg. 209 (1875-1876) t. XVI hay un cuaderno de tipo escolar y de papel común, de 22 cm. de alto por 17 cm. de ancho y tiene 40 páginas numeradas. Austeramente se lo designa Segundo Cuaderno y carece de número identificatorio. La portada lleva la siguiente inscripción: "Este cuaderno contiene las partidas de divorcios autorizados por el juez de matrimonios. Segundo cuaderno, cuyas partidas principian el 19 de abril de 1880". La última acta está fechada en 21 de julio de 1886. Contiene un total de 181 actas en las que se concede la separación temporal o por tiempo indeterminado. Asimismo, se consignan las reconciliaciones entre los esposos.

Se trata de actas sumamente escuetas que nunca exceden una página del cuaderno, donde el juez hace breves anotaciones. Salvo alguna inusual excepción, se consigna la causal de la separación y el número de veces en que los esposos se han separado temporalmente, así como el remedio que impone el magistrado eclesiástico. En las sesiones, el juez de matrimonios está sólo con las partes, sin asistencia de notario. Sólo excepcionalmente dejan de consignarse los dichos de los protagonistas.

Sobre veinticuatro casos de este tipo llevados a la curia entre 1881 y 1883, en veintiún oportunidades actúa como juez el Dr. David Luque. Más allá de la parquedad que exhiben estas pequeñas actas, se advierte la paciencia, prudencia y lucidez de este sacerdote de virtudes extraordinarias, que por su empeño e incondicional ayuda a la Sierva de Dios, Catalina Rodríguez de Zavalía, se considerase a su lado, cofundador de la Congregación de las Esclavas del Sagrado Corazón de Jesús (Argentinas).

Los capítulos invocados frecuentemente son: sevicia, alcoholismo, malos tratos, desavenencias, discordias, sospecha de adulterio. En todos los casos sólo se concede la separación temporal, es decir, que en estos tres años de juicios verbales de divorcio no se concede la separación por tiempo indefinido. En lo que hace a los remedios arbitrados por el juez, es menester destacar que sobre veinticuatro casos, en once oportunidades se prescribe a los esposos hacer los Ejercicios Espirituales. En las situaciones límite se consigna que los esposos se han separado varias veces, que han sido amonestados repetidamente por la autoridad eclesiástica y se les manda presentarse nuevamente ante el juez. En un único caso ordena a los esposos la confesión sacramental, y se preceptúa que el marido se inscriba en la "Sociedad de San José".

## VII. Conclusión

Este sucinto e incompleto capítulo sobre un aspecto menor de la administración diocesana, permite apreciar una contabilidad llevada adelante con particular delicadeza y solicitud. Tanto el obispo como su provisor eran conscientes de que los bienes de la Iglesia diocesana no podían considerarse propiedad de los prelados *pro tempore*, sino que en todos los casos, los clérigos sólo son administradores de los bienes destinados al sostenimiento del culto y del clero y para el servicio de los pobres y, en todos los casos, la administración debe conformarse con la justicia y las leyes de la Iglesia. Este principio fijado por la tradición cristiana y la normativa eclesiástica desde los primeros siglos, sirvió de guía segura a los responsables.

Hasta qué punto el obispo y su provisor se preocupaban por el bien de los fieles cristianos,

se deduce claramente de la incansable participación en las obras de caridad atestiguada en este libro de contabilidad rica en detalles. Una visión más completa podría obtenerse si se analizaran los demás libros contables del archivo diocesano. Teniendo en cuenta, además, que Córdoba, a fines del siglo pasado, no fue lo que podría caracterizarse precisamente como una “diócesis rica”.

En el informe que el obispo Toro eleva a la Santa Sede el 28 de febrero de 1892, se asienta con claridad que el obispo, los empleados de la curia y los miembros del cabildo catedralicio son sostenidos por el gobierno de la Nación. Lo mismo se relata acerca de los superiores y profesores del seminario, agregando veinte becas para alumnos pobres. El seminario posee una casa en la ciudad que produce una renta anual de seiscientos pesos. Añade que sólo se imponen contribuciones pecuniarias por las dispensas matrimoniales que el obispo concede con facultades apostólicas, dineros que se invierten en obras pías<sup>26</sup>.

No siempre resulta una labor sencilla, ni hay documentación suficiente, para reconstruir la vida y las actividades de quienes ejercieron determinadas funciones de la curia en la diócesis. Este esbozo de trazos apurados, intenta indicar cómo se administraron los bienes eclesiásticos y cómo eran invertidos en ayudar a los pobres; pretende tímidamente acercar un haz de luz sobre este tema no poco importante, e incentivar a otros en la búsqueda siempre apasionante de la historia.

\* Miembro de número de la Academia. Miembro del Instituto

<sup>1</sup> Estrictamente la “*componenda*” era un oficio de la Curia Romana donde se componía o arreglaba, entre otros asuntos, la tasa de las dispensas matrimoniales, uniones, supresiones, erecciones de beneficios, etc. Confr. PERUJO-PÉREZ ANGULO, *Diccionario de Ciencias Eclesiásticas*, Barcelona, 1885, t. III, p. 85.

<sup>2</sup> En la relación de la *Visita ad Limina Apostolorum* de 1892, el obispo Toro señala: “*Hemos establecido la tasa en nuestra Curia de conformidad a la Inocenciana y a las antiguas costumbres de la Diócesis*” en BARBERO, S.; ASTRADA, E.M.; CONSIGLI, J., *Relaciones ad Limina de los Obispos de la Diócesis del Tucumán (s. XVII al XIX)*, Córdoba, 1995, p. 217.

<sup>3</sup> Confr. CAPPELLO, F.M., *De Visitazione SS. Liminum et Dioeceseon*, Romae, 1912, vol. I, ps. 388-391.

<sup>4</sup> Este libro que se guarda en el Archivo del Arzobispado de Córdoba (en adelante, AAC), consta de 280 páginas escritas generalmente por ambos lados. En las citas me limito a las primeras 24 páginas que cubren la exigua duración del gobierno del obispo Esquiú. Para citar dicho libro, uso a continuación: LCCC, indicando inmediatamente la página correspondiente.

<sup>5</sup> Confr. LCCC 24.

<sup>6</sup> Confr. LCCC, 2,3,5,11,13-24.

<sup>7</sup> Confr. LCCC, 13-15, 16-20.

<sup>8</sup> Confr. LCCC, 7, 10, 11.

<sup>9</sup> Confr. LCCC, 2, 4-6, 9, 16, 18.

<sup>10</sup> LCCC, 3, 4.

<sup>11</sup> Confr. *Catalogus Pontificii Collegii Pii Latini Americani*, Romae 1917. 16, nn. 224, 225, 227; *Idem*, 20, nn. 295,296; *Idem*, 22, nn. 312,316.

<sup>12</sup> Confr. LCCC, 2, 4, 5, 8, 9, 11, 13, 15, 16, 18, 19, 21-24.

<sup>13</sup> *Sínodo Diocesano celebrado en la Santa Iglesia Catedral de Córdoba en la República Argentina desde el 1º de noviembre hasta el 9 de diciembre de 1877, por el Ilustrísimo Señor Obispo Dr. Manuel Eduardo Alvarez*, edición ordenada y aprobada por S.S.I., Imprenta del *Eco de Córdoba*, Córdoba, 1878, cap. III, const. IV.

<sup>14</sup> LCCC, 97.

<sup>15</sup> Confr. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, *Archivo del Instituto de Estudios Americanistas*, ms. 1172; AAC, *Papeles de Mons. Zenón Bustos*, s/f; confr. BRUNO, C., *Historia de la Iglesia en la Argentina*, Buenos Aires, 1975, t. VI, p. 477.

<sup>16</sup> En el proceso promovido por el indio José Vicente Salpituela contra José Nicolás Ortiz de Ocampo, cura y vicario de la Doctrina de Anguinán, la sentencia que declara la inocencia del cura es publicada y leída en todas las capillas del curato en AAC, Leg. 201 *Divorcios y nulidades matrimoniales 1811-1814*, t. VIII, Exp. N° 6. En los casos de matrimonios clandestinos (por sorpresa) el juez mandaba que la sentencia se leyera en la misa mayor de la parroquial en AAC, Leg. 202, *Divorcios ... 1815-1825*, t. IX, Exp. N°3; en otras circunstancias el notario deja constancia de que ha tomado las declaraciones de los testigos en la casa del provisor en AAC, Leg. 206, *Divorcios ... 1871-1872*, t. XIII, Exp. N° 5.

<sup>17</sup> LCCC, 62.

<sup>18</sup> Confr. LCCC, 80, 91, 106, 232, 256, 263, 274.

<sup>19</sup> LCCC, 167, 155.

<sup>20</sup> Confr. DELLAFERRERA, N.C., *Vicarios del obispo para la administración de la justicia en la Córdoba colonial*, en XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Buenos Aires, 4-9 de septiembre de 1995, *Actas y Estudios*, Buenos Aires, 1997, t. II, ps. 235-261.

<sup>21</sup> Confr. AAC, Leg. 210, *Divorcios y nulidades matrimoniales 1877-1884*, t. XVII, Exp. N° 10.

<sup>22</sup> Confr. AAC, *Divorcios ... 1877-1884*, t. XVII, Exp. N° 11.

<sup>23</sup> Confr. AAC, Leg. 210, *Divorcios ... 1876-1884*, t. XVII, Exp. N° 12.

<sup>24</sup> AAC, Leg. 210, *Divorcios ... 1877-1884*, t. XVII, fs. 73v-74r.

<sup>25</sup> Confr. DELLAFERRERA, N.C., “La defensa del vínculo en la Audiencia Episcopal del Tucumán (1688-1888)”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Cuadernos de Historia*, N° 4, ps. 47-76.

<sup>26</sup> Confr. BARBERO, S.; ASTRADA, E.M.; CONSIGLI, J., *Relaciones ... oc.* ps. 212, 215, 217.

## LOS BANDOS Y AUTOS DE BUEN GOBIERNO EN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN (Siglo XVIII)

Marcela ASPELL \*

**Sumario:** I. Introducción. II. La determinación de las penas. III. Las conductas penadas. IV. La vagancia. V. Los juegos prohibidos. VI. La indumentaria. VII. Las prácticas religiosas. VIII. Las armas prohibidas. IX. La vida doméstica. X. La aplicación de las penas. XI. Destierro y extrañamiento. XII. Obras públicas. XIII. Azotes. XIV. Libertad bajo apercibimiento de conchabo. XV. Conclusiones.

### I. Introducción

Los *Bandos de Buen Gobierno* o *Autos de Buen Gobierno* dictados en nuestra jurisdicción de Córdoba del Tucumán a lo largo del siglo XVIII importan un abanico de disposiciones sencillas que tienden a regular diversos aspectos de la vida social de la comunidad <sup>1</sup>.

Su lenguaje es simple, se recurre frecuentemente a expresiones del habla popular, su contenido está acotado a la materia de la vida de la ciudad y sus alrededores y refleja la minuciosa normación de situaciones de la vida cotidiana.

Examinados en su conjunto sorprende su altísimo grado de reiteración y la formulación constante, en los encabezamientos que los inician de una clara descripción de los propósitos que inspiran su dictado <sup>2</sup>.

Es posible inferir las relaciones entre los espacios urbanos y rurales, su estrecha vinculación e interdependencia económica, social y política.

Defienden valores religiosos, institucionales, políticos una estructura económica y social definida en un entretejido normativo que empapa y regula minuciosamente todos los aspectos más mínimos del desarrollo social.

Los Bandos y Autos de Buen Gobierno apuntan pues, claramente, a normar la vida de la ciudad y los espacios que lo circundan. Por ello, sus disposiciones comprometen la vida de los núcleos de familias, las pulperías y comercios, gremios de artesanos, cofradías, monasterios, iglesias, conventos, hospitales, colegios, universidades, etc. Y, encabezando todo este gran y heterogéneo conjunto, la institución capitular.

### II. La determinación de las penas

Los Bandos o Autos de Buen Gobierno son pródigos en la fijación de penas.

De aquella clasificación, sujeta luego a tantas interpretaciones, que el novohispano Manuel de Lardizábal y Uribe <sup>3</sup> había pergeñado en el siglo XVIII: *capitales*, *corporales*, *de infamia* y *pecuniarias* que operaban en su concepto respectivamente sobre la vida, el cuerpo, la honra y los bienes de los reos, los bandos sólo registran la aplicación de parte de las tres últimas categorías.

Las penas establecidas en sus abundosos textos varían desde la fijación puntual de sus términos, hasta las libradas al arbitrio judicial o las confiadas a la más libre determinación “*conforme a derecho*”.

También es común la presencia de penalidades agravadas por la reincidencia de la conducta delictual

La diferenciación de las penas conforme con la jerarquía social de quienes ofendían el orden social, vecinos, esclavos, mulatos, mestizos, indios, patronos o peones.

La Ley VIII del Título XXXI de la Partida VII había exigido mayor escarmiento “*al siervo*

*que al libre e al ome vil que al fidalgo e al mancebo que al viejo que al fidalgo u otro ome que fuera honrado por su ciencia o por su bondad que ovieffe en el”.*

Con el mismo espíritu y para el mundo indiano, la Recopilación de Leyes de Indias ordenaba en la Ley XXI del Título X, Ley XXI mayor rigor para el castigo de los españoles *“que injuriasen p maltrataren indios que si los mismos delitos se cometiesen contra españoles”*.

La situación no era ajena y se conocía en la experiencia de los tribunales indianos.

El 17 de febrero de 1595 la Audiencia de Charcas informaba al Rey *“que los delitos que los españoles cometen contra los indios no se castigan con el rigor que se hace con los de unos españoles con otros y que con haber sido tantos los delitos que se han cometido contra indios, apenas se sabe que se haya hecho justicia de un español por muerte u otro delito de indio y porque esto ha Studio muy pernicioso introducción y que no se ha de dar lugar a que en el castigo de los delitos se haga diferencia ni distinción de personas de españoles a indios que han de ser mas amparados como gente mas miserable y de menos defensa”* comprometiéndose a continuación, la Audiencia, a proporcionar *“el castigo condigno a los que en esto han delinquido y conforme a las culpas mirando por el bien de los naturales y que sean amparados y defendidos en todo lo que les toca”*<sup>4</sup>.

El mismo Solórzano se inclinaba por castigar a los indios con penas atenuadas en atención a su condición de miserables. Sostenía el gran autor indiano, citando los textos del II Concilio Limense: *“que en las causas y pleytos de indios especialmente pobres concluyan sumariamente y con amor paternal.... y que en las (penas) corporales usen mas de oficio de padres que de jueces severos hasta que se hallen mas capaces de razón y mas arraygada la fe en esta pobre gente”*; la admonición no dejaba empero de precisar el claro entendimiento *“que si la malicia, atrocidad y gravedad de l delito no fuera tal que los haga indignos de esta templanza y benignidad porque en tales casos tampoco quiere el derecho favorecer a rústicos ni a menores ... como tampoco permite que debaxo de la piedad y pretexto de favorecerlos hagamos agravios conocidos a otras personas, porque este es el recato que nos enseña y manda traer en tales negocios”*<sup>5</sup>. Los Bandos no innovan en las prácticas generales: azotes y presidio son reservados para las clases inferiores y el destierro para los estratos más altos de la sociedad.

Las actas judiciales, que existen custodiadas en el Archivo Histórico de la provincia de Córdoba dan cuenta de la reiterada aplicación de las penas fijadas en los Bandos.

En sus textos aparece minuciosamente relacionada la aplicación de las diversas penas contenidas en los bandos y autos de buen gobierno: *corporales, infamantes, pecuniarias*.

Azotes, destierro, penas pecuniarias, carcelaria, trabajos en las obras públicas, presidio en los fortines de frontera son el elenco más recomendado para establecer *“el buen orden necesario a la estabilidad del bien público para que se atajen abusos eviten perjuicios y se reformen las estragadas y depravadas costumbres, que son el origen de tan malas consecuencias y que la administración de justicia tenga el debido efecto que refiere y pide la causa pública”*<sup>6</sup>.

Las penas cumplen en los bandos en estudio un decidido rol de ejemplaridad.

Razonaba Alfonso de Castro: *“Cuando la pena se agrava más allá de lo que el delito merece, entonces aquella no sólo tiene el carácter de castigo ni únicamente se impone para reprimir el delito cometido sino también como medicina para el mismo delincuente y para los otros que con el ejemplo pudieran delinquir, es decir, para que el culpable se conduzca más cautamente en adelante y para que los otros, con el ejemplo ajeno, reflexionen y se abstengan de cualquier delito. Por eso dijo Salomón: “Azotando al infestado, el necio se hace prudente”*<sup>7</sup>.

Esta condición en ocasiones está confesa en el texto de algunos de ellos.

No escapa tampoco el criterio de utilidad. Se dispone el abastecimiento de una fluida mano de obra para brindar su apoyo a los trabajos que significaban un aporte decisivo o importante para la buena marcha de la ciudad.

De este modo, ese amplio poder que había señalado Castillo de Bovadilla *de castigar y perdonar cuando conviene a la república*, les facultaba a utilizar una amplia gama de recursos punitivos en cuya determinación precisa se imponen las necesidades locales de la ciudad.

La discrecionalidad del arbitrio extensamente difundida en la práctica local les lleva a meritar las particularidades del reo se insiste en la moderación de los castigos y en la protección de los débiles y descarriados pero también en el valor de la ejemplaridad.

Un difícil equilibrio entre la severidad y la templanza es lo que el común de la doctrina aconseja: *“para ampliar o moderar las leyes, mas se ha de considerar según Aristóteles y otros al legislador que a la letra de la ley, de la cual en muchos casos conviene desviarse, mayormente del rigor, porque las leyes.... No se hacen para quitar a los hombres las vidas sino para extirpar los males de la república y que las leyes rigurosas no son para mas que para espantar y las piadosas para ejecutar. Y la razón es, porque el legislador considero 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 asi el juez no ha de tener tanto respeto a las palabras dellas como al sentido, el qual con piadoso entendimiento ha de traer a mansedumbre”*<sup>8</sup>.

Los Bandos insisten sin fisuras en el uso de las penas ejemplares, pero en la práctica de los tribunales cordobeses registra la difundida costumbre de la moderación que, sin retaceos, se impone en todo el ámbito de la jurisdicción en estudio.

Lardizábal, por su parte sostenía: *“no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos sino la infalibilidad de ellas y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados... en todos los tiempos en que se han usado castigos muy crueles se han experimentado los más atroces e inhumanos delitos”*<sup>9</sup>.

El orden de la punición es administrativa en una preciosa economía que consideraba la edad, la embriaguez, su buena o mala fama a las circunstancias personales del reo.

Pero no faltan las penas de alto impacto social y contenido ejemplificador, como las penas aplicadas en el rollo de la ciudad, los azotes propinados por las calles a la vista de toda la población, etc..

También en los textos de los bandos y autos de buen gobierno se acumulan las penas.

El destierro suele ir acompañado de la aplicación de azotes o el destierro con el trabajo forzado *“a ración y sin sueldo”*.

La cárcel se suma a la imposición de las penas pecuniarias, o la más difundida, por su ejemplaridad y economía de administración, la pena de azotes se completa, en ocasiones con estancias en la cárcel.

Se impone la devolución de los objetos robados, a veces, parte de los objetos confiscados eran entregados a quienes efectuaban la denuncia o contribuía a capturar al infractor

Abunda la aplicación de una variada gama de multas.

Una visita de cárcel desagota la cárcel colmada, siempre la carcelería sufrida es considerada pena suficiente en tanto se complete con azotes aplicados por el verdugo en el patio de ella y ante la vista de los compañeros de infortunio del reo.

Cuando una visita de cárcel resuelve en atención a los padecimientos sufridos, la extrema demora de los procesos, etc., poner en libertad a los presos acusados de delitos castigados con penas leves se le agrega alguna pena más.

Hay una clara conciencia de que la justicia debe ser rápida y hasta la misma carcelería extendida por períodos significativos, debe computarse como un castigo condigno por el sufrimiento generado en el reo.

Razonaba Lardizábal: *“Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil también la hace más justa. Cualquier reo mientras no es convencido y condenado legítimamente es acreedor de justicia a todos los miramientos que dicta la humanidad. Devéñsele excusar, por consiguiente, en cuanto sea posible las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la cual aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vejaciones de la prisión, las cuales deben evitarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural, siempre que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona o para que no se oculten las pruebas del delito, porque la cárcel dice el Rey D. Alonso debe ser para guardar los presos y non para crearles enemigos ni otro mal de darles pena por ellos. Por esta misma razón prohíbe la ley que se puedan condenar a ningún hombre libre a cárcel perpetua y*

*otra manda que si después de haber estado un acusado dos años en la cárcel, no se le probase el delito, que sea sacado de la cárcel en que está preso y dado por inocente”*<sup>10</sup>.

La aplicación de las penas evidencia un altísimo grado de discrecionalidad.

La utilización de este arbitrio espantaba a Lardizábal: *“Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente a examinar si el acusado ha contravenido o no la ley para absolverle o condenarle en la pena señalada por ella. Si se dejase a su arbitrio el imponer penas, el derogarlos o alterarlas se causarían innumerables males a la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería totalmente incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos. Al capricho, a la malicia, a la ignorancia y a todas las pasiones que puedan dominar a un hombre. Si no hay leyes fijas, o las que hay son oscuras, o están totalmente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial”*<sup>11</sup>.

### III. Las conductas penadas

El entretejido de las conductas observadas comprendía juegos prohibidos, violación del toque de queda, circulación prohibida por las calles de la ciudad, transitar a deshoras a pie o a caballo, prohibición de galopar por las calles, todas las formas de la vagancia y el *malentrenimiento*, amancebamientos, escándalos públicos, bailes y fandangos, juntas que se hacen donde se ponen noques de aloja de algarroba con que se embriagan los que las usan descompasadamente, uso de trajes inadecuados al estado y condición de quien los viste, ventas privadas de bebidas alcohólicas, ventas de bebidas alcohólicas en las pulperías, ventas de objetos robados, portación de armas, cierre de comercios a la hora de la misa mayor, faltas y ausencias a los oficios divinos u horas de enseñanza de la doctrina, etc., tampoco falta la expresa recomendación de perseguir la comisión de los delitos reservados a la legislación común, cuyo celo y cumplimiento de las disposiciones procesales vigentes se encarga a las autoridades, *“deseando la paz de la república y desterrar los inquietadores de ella que poseídos de los perniciosos vicios de amancebamientos públicos, juegos prohibidos, embriagueces, robos y pependencias tienen infestada la ciudad y los muchos que de extrañas provincias se han recogido, sin oficio ni beneficio en ella”*<sup>12</sup>.

En el apretado espacio de estas páginas, examinaremos a continuación, el material normativo más relevante que emana de estos textos, agrupándolo por las principales materia que abordan.

### IV. La vagancia

Los Bandos insisten en la causa que consideran la matriz de todos los males: la ociosidad de la que resulta *“la perversión de muchos incautos que faltos de conocimiento que gobernados de su natural inclinación a la insolencia se arrojan y precipitan a cometer muertes, robos y toda clase de maldades, por cuya libertad y falta de corrección se padecen en los pueblos y lugares de campaña las mayores inquietudes, subsisten los amancebamientos juegos y embriagueces, por tanto y deseando poner en estado de tranquilidad al partido con lo comprensivo, desterrando los abusos que produce el libertinaje, para reducir a los moradores de díscolo y atrevido genio a una sujeción cristiana y debida subordinación según esta recomendó en las leyes del reino”*<sup>13</sup>.

Esta clara conciencia de que la vagancia es la indiscutida *raíz pública de todos los males*, se mantiene en la normativa local indiana con pocas variantes. El gobernador don Juan Fernández Campero decía el 28 de mayo de 1764: *“Por cuanto me hallo informado de los graves inconvenientes y deplorables resultas que producen en mi vasta jurisdicción los vagamundos,*

*jugadores y delinquentes que abundan en sus partidos ejecutando continuos insultos de hurtos, muertes, y puñaladas de salvoconductos por la libertad con que viven sin el menor temor de Dios ni de la real justicia, refugiados en el sagrado de las distancias y fragoso de los lugares cuya impunidad insolenta mas su perfidia, llegando muchos a los términos de salteadores cuya despechada osadía de salir a los caminos en cuadrillas de bandoleros robando a los traficantes y quitándoles hasta el vestuario del cuerpo con la enorme atrocidad de heridas, muertes alevosas y otros medios inhumanos de que se vale la crueldad hasta sus inicuos fines, mantenido en su compañía mujeres publicas y honestas, a quienes el temor de sus rigor hace consentir en el rapto ocasionando los escándalos que publica el comuna clamor de este vecindario en agravio de la vindicta publica que cuanto mas clama en todas partes, tanto mas audaces reconoce a los agresores por falta de condigno castigo que los escarmiente”*<sup>14</sup>.

El Bando ordenaba, entonces, delatar y entregar a las justicias a quien reuniese estas calidades, penando a los vecinos estantes o habitantes que consintiesen en sus casas vagamundos, jugadores o ladrones, a quienes asimismo encargaba que celaran cuidadosamente, no perdiéndoles pisada a sus hijos, esclavos o sirvientes. La multas ascendían a la suma de cincuenta pesos “*aplicados por mitad a la Cámara de Su Majestad y gastos de la guerra*” en tanto se destinaba al insolvente a cumplir un año de destierro en los presidios de estas fronteras. El tema es una presencia constante en los textos de los Bandos. Y para todos los casos hay una sola solución: los azotes aplicados por el verdugo en el patio de la cárcel o en las calles de la ciudad y tras este clásico y económico castigo, el inmediato destierro a las poblaciones de fronteras.

En ocasiones, la medida registra matices. Así en el auto del gobernador de la provincia del Tucumán, Juan Victorino Martínez de Tineo, del 15 de julio de 1749 se dispone que vagos y malentretidos *sin oficio ni beneficio deben inmediatamente salir de la ciudad en el término de 15 días, pena de cien azotes propinados por las calles y dos años de destierro a la frontera*. Pena que se extendía, para evitar los escándalos y pecados públicos a quienes protegieran en sus casas a alcahuetes y hombres de mala vida<sup>15</sup>.

Los términos se acortan sensiblemente en el auto de buen gobierno del 9 de enero de 1790. Tres días en la ciudad y ocho para la jurisdicción, plazos que debían contarse desde el día de la publicación del auto “*so pena que no cumpliéndolo, y siendo aprehendidos, se les aplicara cien azotes y después serán despachados de capital en capitán fuera de ella lo que se llevara a puro y debido efecto*”<sup>16</sup>.

En el Bando del gobernador Juan de Santiso y Moscoso se les permite una última oportunidad: el conchabo inmediato con amo conocido, orden que se extiende “*a todos los vagamundos que no tengan amo a quien servir ni oficio con que mantenerse ni vivan de su trabajo*” quienes de no conchabarse o tomar ejercicio debían inmediatamente salir de la ciudad y su jurisdicción, bajo pena de recibir doscientos azotes por las calles públicas y dos años de destierro en uno de los reales presidios<sup>17</sup>.

Pese a la contundencia de las disposiciones y las normas, el vagabundaje continuó, siendo intensamente perseguido a través de la normativa de los bandos de buen gobierno que se dictan a lo largo del siglo XVIII.

En todo el período, las disposiciones dictadas sobre la materia no innovan demasiado: “*Que todos los vagamundos que no tengan amo a quien servir ni oficio con que mantenerse ni vivan de su trabajo no se permitan en las ciudades ni en sus jurisdicciones y de no conchabarse o tomar ejercicio salgan de la ciudad y su jurisdicción dentro de quince días, penas de doscientos azotes por las calles y dos años de destierro a uno de los reales presidios*”<sup>18</sup>.

“*Que ningún vagante viva sin ocupación procurando que precisamente se conchabe, ya sea natural o forastero, con aquellas personas que efectivamente los puedan mantener para el cuidado de sus haciendas, fomento de sus labores y demás tareas que ejerciten, mandándoseles de papel de conchabo para que le conste no vivan ociosos y mal entretenidos y los que a esto no se sujetasen y conviniessen los extrañara del lugar persiguiéndoles hasta que verifiquen ausencia si fuesen mozos sueltos sin embargo estén domiciliados, esto es que sean naturales del partido, y, si casados, con aquel tiempo de prisión y cepo que baste a conseguir obedezcan lo*

*que se les manda, teniendo entendido que ningún sujeto pueda acampar ni tener esta clase de gente con el pretexto y frívola excusa de agregados, a menos que tengan proporción de sustentarse y sustentar a su familia sin el auxilio de ajeno socorro, pues de esta observancia resultarían no menos efectos que los de precaver los continuos robos que se cometen, que los amos o patronos no pierdan la estimación con la fea nota de consentidores o baldón injurioso de interesados en ellos y, por consiguiente, el primario fin que se dirigen las órdenes liberadas, que es el de que procuren todos en su clase inclinarse al trabajo, remedio único de no caer en los errores a que la pereza y ociosidad los conduce”*<sup>19</sup>.

*“Que toda la gente forastera que de vagamundos inundan esta ciudad y su jurisdicción precisamente salgan dentro de veinticinco días, o de no, se conchaben en este propio término con algún vecino o sujeto que los contenga y mantenga sin el pretexto de arrimantes en las estancias pues de éstos se originan los robos que naturalmente ejecutan para su manutención en ganados y otras especies para la libertad de su ociosidad, so pena que sean desterrados a un presidio por el tiempo que se les asignare”*<sup>20</sup> y el auto de buen gobierno de 1781<sup>21</sup> que mencionaba la obligación de contratarse con amo conocido para *“la gente pobre y libre de cualesquier esfera que sea y que sólo se mantiene sirviendo por no tener otros arbitrios”*<sup>22</sup>.

El auto de buen gobierno del 12 de enero de 1788 reducía, por su parte, a ocho días, el término para procurar conchabo y acomodo a quienes se encontraran desempleados porque de lo contrario *“salgan de esta ciudad y su jurisdicción porque cumplido el término y no lo mandado, a cualquiera que se le encontrase se le destinara al servicio de la obra pública de la cárcel por dos meses a ración y sin sueldo”*<sup>23</sup>.

Se buscó, una y otra vez, la colaboración de los vecinos, a quien se les encargaba informar sobre los forasteros que alojaban en sus casas a fin de anotar a las autoridades *“el destino con que vienen, donde paran y en que se ejercitan causando muchos perjuicios y escándalos en la república, bajo de la pena al español que así no lo cumpliera de seis pesos de multa que se aplicara en la forma ordinaria y al plebeyo la de cincuenta azotes en el rollo”*<sup>24</sup>.

La política contra los vagos y mal entretenidos sostenida en la jurisdicción en estudio, parece endurecerse hacia finales del siglo XVIII, a los plazos cada vez más exigüos para buscar conchabo con amo conocido, Sobremonte agrega la obligación de renovar cada dos meses las papeletas de conchabo encargándose a las justicias: *“celar con la mayor eficacia este punto y al que reconozca es de la clase de los que deben conchabarse les pidan el papel de resguardo que deben traer consigo y no teniéndolo sin más excusa serán puestos en la cárcel para servir cuatro meses con cadena en obras públicas”*<sup>25</sup>.

Pese a ello, el 12 de mayo de 1792 un desolado Marqués de Sobremonte confesaba el abierto fracaso experimentado en la persecución de los vagos, reagrandando las penas.

*“Por cuanto no han sido bastantes los repetidos bandos de buen gobierno para exterminar los vagamundos y ociosos, estando prevenidos en ellos que al que encontrase sin papel de conchabo con amo conocido y renovado cada dos meses, se le pondrá en la cadena para trabajar en las obras públicas. Por tanto, con viniendo agravar esta pena, ordeno y mando que a los que dentro de ocho días no le tuvieren, serán destinados como reincidentes a las minas a ración y sin sueldo”*<sup>26</sup>.

Especialmente fue regulado en el abanico de los autos y bandos de buen gobierno examinados, el tema de las mujeres conchabadas, a quienes, el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Tucumán, José Antonio Álvarez de Condarco y Pedro Antonio Aráoz del 14 de enero de 1792, mandaba en el preciso término de quince días *buscar señora a quien servir bajo contrata de formal concierto, porque no haciéndolo se les dará señora a quien servir precisamente*<sup>27</sup>. La medida ya había sido ordenada en el auto de buen gobierno del 19 de enero de 1781, que señalaba igual término, para se contrataran las criadas *con señoras a quien servir*<sup>28</sup>.

Sobremonte, unos años después, insistía a los alcaldes de barrio que no permitieran en sus jurisdicción pedir limosna sino a los *verdaderamente pobres*, quienes debían contar con licencia

del gobierno “con la advertencia de que para cualquier otra demanda se necesita además del ilustrísimo señor obispo y si alguno de los primeros no se hallare impedido de trabajar lo arrestara como vago y enviara a la cárcel dando cuenta a los jueces”<sup>29</sup>.

La medida fue ampliada el 12 de mayo de 1792 por los “muchos que de uno y otro sexo de dentro y fuera de la ciudad piden limosna indebidamente por no estar del todo impedidos para ganar el sustento siendo gravoso al vecindario y perjudicando a los verdaderamente pobres en la limosna que reciben” ordenándose que se presentaran los pretendientes a mendigar, en el término de ocho días para que “examinada su necesidad de mendigar se les dé papel o licencia, sin la cual serán puestos en la cárcel para destinarlos como convenga, que los que fueren de fuera de la ciudad se retiren dentro de los ocho días a sus vecindarios o partidos, donde pueden ser asistidos por la piedad de los fieles de ellos, bajo la misma pena en caso de su inobservancia, que los del pueblo que tuvieren licencia para pedir limosna no agreguen así muchachos de uno y otros sexo, que son capaces de ponerse a oficio u otra ocupación útil, o a los que estando impedidos tienen padres o hermanos que los mantengan, en la inteligencia de que aquellos en que no concurran estas circunstancias serán destinados a las casas de maestros de oficio u otras que convengan”<sup>30</sup>.

Alguna disposición de claro cuño laboral se introdujo, en estos manojos de heterogénea legislación social, para asegurar el tema que desvelaba a las autoridades: el efectivo empleo de la mano de obra desocupada ante la creciente formación de un mercado de trabajo. De este modo, promediando el período, el auto de buen gobierno del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don José González Gómez de Ribera, fechado en Córdoba el 14 de enero de 1804, prohibía a toda persona de cualquier calidad y condición efectuar adelantos salariales a los peones conchabados “a menos que no sea maestro recibido en su clase, admitiendo solo que si el peón solicitase algún socorro se le podría ir dando de lo que tuviere vencido o diariamente su jornal avisando a este gobierno el que se despidiere por no haberle adelantado la paga la pena prevista ascendía a 4 meses de trabajo en las obras públicas”<sup>31</sup>. El salario debía ser, por su parte, “el acostumbrado a su concierto y regular al trabajo no sólo, a los indios y demás castas, sino también a las mujeres”<sup>32</sup>.

Otro tema regulado en estos textos fue el de los expósitos que el Marqués de Sobremonte mandaba recoger con conocimiento de las justicias y poner con los maestros del pueblo “que deben responder de ellos y si fuera posible dentro del mismo barrio para que los puedan tener siempre a la vista, dando cuenta al gobierno de los que destina y en donde para que en asunto de tanta importancia consten los efectos de esta provincia y el celo del comisario”<sup>33</sup>.

En el amplio horizonte de conductas que se vinculan al tema en estudio, el robo de ganado ocupa un lugar preponderante. La práctica del cuatreroismo aseguraba cómodamente el sustento de los que vivían sin oficio ni beneficio, “infestan los campos de quienes entregados a una vida montaraz y holgazana infieren tales daños y cometen toda clase de pecados sin sujetarse a la sociable política cristiana que prescriben las leyes y al exterminio que, conforme a éstas debe hacer de semejantes vagamundos y como que ocasionan tan multiplicados perjuicios con su mal ejemplo, quedando impunes sus crímenes hechos por falta de cuidado, en cuya virtud, el comisionado se empeñara en correr los campos y registrar los montes y desiertos, pues esta vigilancia conduce mucho para que recelosos del peligro se refrenen y enmienden y si aconteciese en estas salidas el encontrar alguno sospechoso lo prenderá y examinará con la cautela conveniente para adquirir noticia puntual de su modo de vivir, y, si por su relación o informes de su conducta resultase ser culpado y ocioso, lo despachara con la sumaria a los referidos jueces ordinarios”<sup>34</sup>.

A fin de evitar la vigente lozanía de estas prácticas que parecían no tener fin, pese a los esfuerzos de las justicias, se regularon los mecanismos de venta del ganado con el sistema de los contrayerros “para evitar el que los dichos criadores se queden con algunos que suelen volverse a las crías al tiempo de sacarlas y, por consiguiente, el que aleguen los que las extraen, si los encuentra algún juez, compras que no son ciertas, teniendo entendido que en este caso harán las convenientes averiguaciones para que, asegurada la verdad se castigue al robador y se pene con seis pesos de multa aplicados en forma ordinaria al verificarse ventas sin contrayerro”<sup>35</sup>.

## V. Los juegos prohibidos

Vinculado íntimamente al vagabundaje, los textos de los bandos y autos de buen gobierno estudiados relacionan la regulación sobre los juegos prohibidos y la venta de objetos robados.

El bando del gobernador Esteban de Urizar y Arespacochaga dictado el 7 de julio de 1723 ordenaba a las justicias celar con todo cuidado, la prohibición de ejecutar juegos de dados, pintas, ni otros de naipes prohibidos por leyes de Castilla y de estos reinos recomendando a las justicias *“no libren mandamientos ni oigan a los que demandaren interés alguno ganado en dichos juegos prohibidos”*.

El bando, avanzaba citando los textos de la Recopilación de Leyes de Indias. En tal sentido, ordenaba: *“Y porque en la ley primera del libro séptimo, título primero de juegos y jugadores esté prohibido el que ninguno juegue a naipes ni otros juegos de los que lícitamente puedan jugar más de diez pesos en un día natural de veinticuatro horas ordeno y mando a las dichas justicias y ministros de cada una de las dichas ciudades sujetas a este bastón, celen con todo cuidado y vigilancia la observancia de dicha ley y las demás de este caso y, hallando se exceden procedan contra los que contravinieren a las dichas leyes, sacándoles por la primera vez la pena de diez pesos para la fábrica de la santa iglesia y, por la segunda y las demás en que constare contravinieren a ellas, sobre la dicha pena de los dichos diez pesos, ejecuten en sus personas y bienes irremisiblemente las impuestas por las dichas leyes reales”*<sup>36</sup>.

Por su parte, el auto del gobernador Juan Manuel Fernández Campero dictado en la ciudad de Córdoba el 28 de mayo de 1764 relacionaba los muchos hurtos, robos y pendencies que ocurrían en la ciudad con la desmedida afición de sus habitantes por los juegos, ordenando que *“ninguno osara jugar juego de dados, pato, taba ni otros de los prohibidos so la pena de perder el dinero que se aplica para el denunciador”*, reservando para los indios, negros, mulatos y mestizos la pena de cien azotes y para los españoles la pena de un año de destierro a los presidios de frontera<sup>37</sup>.

En cuanto a los juegos prohibidos, el bando del gobernador Antonio de Arriaga del 24 de julio de 1776<sup>38</sup> prohibía practicar en las pulperías, casas de oficios mecánicos o casas de sospecha *“juego alguno para evitar de este modo las fatales consecuencias que dimanar de las bebidas”* bajo penas de multas que se duplicaban con la reincidencia. Más adelante, el mismo bando aclaraba *“ni por deseo de ganancia, diversión u otro cualesquiera pretexto los juegos de naipes que llaman banca, primera ruicisan y demás que fueran de envite, por tener acreditada la experiencia que de estos perniciosos juegos resulta la ruina de los caudales y familias”*. En las penas de multas se comprendían *“a los que entablaren, permitieren semejantes juegos en su casa o concurrieren a ella de mirones si luego no dieran parte”*. En tanto se reservaba para las personas que practicaran juegos prohibidos en campos o parajes ocultos, la imposición de penas de multa de hasta cincuenta pesos, si fueren españoles y cincuenta azotes con seis meses de cadena si fueren plebeyos.

El Título Comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba, don Rafael de Sobremonte, fechado el 1 de febrero de 1785, ampliaba el tratamiento del impedimento legal de ejecutar todo juego prohibido por leyes reales, *“como son los de envite, suerte y azar según que igualmente ha preceptuado este gobierno y prescriben reiterados bandos públicos cuyo vicio arruina aun a los mas poderosos y en el cual incurren sin distinción (según los informes que se tienen) llegando al desorden al extremo de unirse los sujeto de viso y obligaciones con las personas del estado común, de que se originan graves y perniciosos males y, para cortar el paso a estos escándalos, tendrá el comisionado tirante la rienda sin disimular lo mas mínimo, castigando con prisión y cepo a los de baja esfera y, a los de decente nacimiento, con la multa que según sus posibles conceptuase bastase a contenerlos y escarmentarlos”*<sup>39</sup>.

Las penas aplicadas en el bando de 1787 ordenaban a los jugadores perder el monto del

dinero empeñado en los juegos vedados de barajas, dados y otros juegos prohibidos, más el cumplimiento de dos meses de prisión, en tanto a los *vecinos consentidores* que en sus casas particulares, tiendas y pulperías hubieren permitido la celebración de tales diversiones “*darán por la primera seis pesos de multa por la segunda duplicada y siendo plebeyo seis meses de trabajo en la cadena... incurriendo en la misma pena los que recojan o recogieren a jugar en los montes, huecos o barrancas*”<sup>40</sup>.

Por su parte, el bando dictado por el gobernador intendente don Rafael de Sobremonte el 20 de marzo de 1792 autorizaba sólo juntas de cuatro o cinco personas en las pulperías a jugar solamente los juegos permitidos, “*bajo la pena de cuatro pesos al pulpero que se halle incurso y de prisión a los infractores perdiendo el dinero de dichas juego a beneficio de las obras públicas debiéndose cerrar las pulperías a las nueve de la noche en invierno y a las diez en verano, bajo la pena de seis pesos de multa aplicados en la misma forma*”<sup>41</sup>.

El juego de pato, entusiastamente practicado por las calles de la ciudad “*a pie o a caballo*”, fue motivo de especial y reiterada prohibición por *las desgracias que se han experimentado*, bajo la pena de doce pesos aplicados en la forma ordinaria o en su defecto, cincuenta azotes<sup>42</sup>.

Especialmente se vigiló la participación de esclavos en la práctica de estas diversiones prohibidas: “*que ningún esclavo ande en canchas de bolas, pulperías ni de juegos en parajes excusados, bajo de pena de cincuenta azotes*”<sup>43</sup>.

La orden se repetía en el auto de buen gobierno del 19 de enero de 1781, manteniéndose la misma pena de cincuenta azotes<sup>44</sup>.

Se prohibió a pulperos, mercaderes *ni otra persona alguna* comprar ni recibir en empeño, alhajas de plata, oro, ropa, vestidos ni otra cosa alguna de los esclavos, sirvientes ni de otras personas sospechosas. Asimismo se ordenó la inmediata venta fuera de esta provincia de todos los esclavos ladrones, inquietadores, jugadores, pendencieros en el preciso término de sesenta días. Por ningún motivo, mercaderes y pulperos aceptarían recibir en empeño alhajas de oro y plata ni otra mercadería que les fuera ofrecida por esclavos y personas sospechosas, so pena de perder lo dado por ella, por la primera vez, y, por la segunda, su valor duplicado y un año de destierro. La pena se agravaba en el caso de ser la comitente persona inferior, a quien se le reservaba por la primera vez, cien azotes y por la segunda, un año de destierro<sup>45</sup>.

Penas pecuniarias eran aplicadas a la persona que ocultaba esclavos ajenos, fijándose su monto en la suma de los jornales devengados por el tiempo en que hubiera permanecido oculto el esclavo, sumándosele otro tanto para la cámara de su Majestad y gastos de guerra, agravándose la sanción, asimismo por la condición personal del penado, en tanto fuera indio, mulato o negro. En este caso, el reo debía servir al amo del esclavo fugado “*otro tanto tiempo que lo que por su culpa estuvo fugitivo y por la segunda doscientos azotes*”<sup>46</sup>.

Las medidas se reiteran en forma permanente, el bando del teniente gobernador Tadeo Fernández Dávila de 1781 prohibía a los mercaderes, pulperos o vecinos comprar alhajas de oro o plata a esclavos, criados, hijos de familia ni otra gente de sospecha, pena que “*además de volver la alhaja a sus dueños, serán multados en veinticinco pesos y los de baja esfera en cincuenta azotes*”, especificándose asimismo que no podrían comprar de los oficiales, “*como son plateros, chafalonía en poca ni en mucha cantidad y de los sastres lo propio, sin expresa licencia o papeleta de alguno de los jueces, observándose esto propio en todas las ventas*”<sup>47</sup>.

La disposición se repetía en el auto de buen gobierno del 19 de enero de 1781: “*Que ningún mercader ni pulpero de los vecinos estantes y habitantes de esta ciudad compre y tome en prensa alhajas de oro o plata en poca ni en mucha cantidad a personas sospechosas, esclavos ni hijos de familia, siendo solo de la obligación de estos apercibir a las que les llevasen a vender o empeñar, dar cuenta con ellas a la real justicia y, haciendo lo contrario, se les declarara incurso en las penas a los vecinos en la veinticinco pesos que se aplicara en la forma ordinaria y quince días de cárcel a los forasteros en la de los quince días de cárcel y dos años de destierro de esta ciudad y su jurisdicción a la gente plebeya y la de cien azotes y quince días de cárcel*”<sup>48</sup>.

Con un sentido más general, el auto de buen gobierno dictado el 19 de enero de 1781 sobre la misma materia disponía: “*Que ninguno tenga trato ni contrato con esclavos, mucho menos*

*con los que fueren oficiales en obras de su oficio, sino con su legitimo señor, bajo la pena al que lo contraviniere de perder el valor de que le diere”.*

El auto de buen gobierno del gobernador Tadeo Fernández Dávila del 10 de enero de 1781 ordenaba a toda persona de cualquier clase o condición permitir en sus casas, tiendas o pulperías la celebración de juegos extraordinarios de naipes dados y suertes, aclarando *“ni menos la gente plebeya se recoja en los montes ranchos ni barrancas a usar de sus juegos, so pena que a los primeros se les arrancaran 25 pesos de multa para gastos de justicia y a los jugadores siendo de la gente noble, además de devolver lo ganado y a los segundos por la primera cincuenta azotes y un mes de cárcel y por la segunda cien azotes y un año de presidio a ración y sin sueldo”*<sup>49</sup>.

Vinculado a los espacios de las diversiones públicas se prohibió asimismo el expendio de bebidas alcohólicas en casas particulares, sin excepción alguna, el disparo de fuegos de artificios y la venta de licores, chicha, aguardientes y otras bebidas espirituosas en los días de riguroso precepto<sup>50</sup>. Se prohibió asimismo toda forma de jolgorio que alterara la vida de la ciudad, *hacer tocar y tocar cajas sin licencia*, generaba una pena de cuatro pesos si lo cometía un vecino español y cincuenta azotes y perdimiento de caja a quien no lo fuera<sup>51</sup>.

## VI. La indumentaria

El orden social era cuidado en todas sus manifestaciones externas. El bando de buen gobierno del teniente coronel Juan de Santiso y Moscoso del 7 de julio de 1738, ordenaba el cuidado del traje, imponiendo que las personas no circularan *sin el hábito de su estado, calidad y condición, sin disfraz ni traje que les competa so las penas establecidas*. Asimismo se prohibía a quienes trajeran hábitos clericales portar armas públicas ni secretas<sup>52</sup>.

El auto del buen gobierno del cabildo de la ciudad de Santiago del Estero, del 15 de enero de 1802, prohibía a toda persona de cualquier fuero o clase salir de su casa disfrazada *“porque siendo aprehendida esa persona será tratada en las primeras diligencias conforme al traje con que se lo hallare y después de justificado el fuero que le corresponde se entregaran a su legitimo juez con que se hallaren para que sea juzgado por el con arreglo a las leyes, estatutos o constituciones que les sean de derecho”*<sup>53</sup>.

El uso de capas o embozos que disimulaban el rostro o dificultaban la identificación de quien usaba tales abrigos fue también objeto de regulación en esta minuciosa legislación local.

En tal sentido, el auto de buen gobierno dictado el 19 de enero de 1781 ordenaba: *“Que ninguno se pare embozado de noche ni arrebozado en las esquinas ni otros lugares sospechosos, bajo de la pena de prisión de su persona y la pecuniaria que se juzgare competente aplicarle siendo español, y la de azotes al indio negro o mulato”*<sup>54</sup>.

También los bandos regularon el uso de los lutos, fijándose el orden de las personas por quien debían guardarse *“padres, hermanos, abuelos u otros ascendientes, suegros, marido, mujer pero no por los demás”* que el mismo bando y el bando del gobernador Sobremonte del 20 de marzo de 1792 limitaban a seis meses<sup>55</sup>.

## VII. Las prácticas religiosas

Las ausencias a los oficios divinos o a las jornadas de enseñanza de la doctrina *en materia tan importante y de donde pende la salvación*, faltas que, conforme con los términos del bando dictado por el gobernador Esteban de Urizar y Arespacochaga el 7 de julio de 1723, cometían los indios, negros, mulatos libres y esclavos *“porque sus amos los mantenían ocupados o porque ellos mismos se detenían en embriagueces en pulperías mientras se celebraban los oficios divinos”*, determinaba para los primeros cárcel y la pena de cincuenta azotes,

entregándolos asimismo por ocho días a los servicios en los conventos en las obras que en ellos hubiere y en las públicas de iglesias que estuvieren reedificando.

Para los patronos y dueños de esclavos, el bando reservaba penas pecuniarias de diez pesos, que debían ser aplicadas a la fábrica de la Santa Iglesia Catedral de este Obispado “*con apercibimiento de que los inobedientes mandaren ejecutar las más penas en que por estas leyes de estos reinos incurren los que contravinieren a tan justificado mandato*”.

“*Pulperos y mercaderes que con gran deservicio a Dios y quebrantamiento de su justa ley abrieran sus tiendas, almacenes y granjerías en horas de los oficios o doctrinas*” eran asimismo castigados con penas pecuniarias de diez y veinte pesos aplicadas al mismo destino.

La primera parte de los textos de los bandos se encuentra reservada generalmente a estas piadosas recomendaciones: “*que las repúblicas y jurisdicciones de estas provincia...vivan como verdaderos hijos de nuestra Santa Madre Iglesia como leales vasallos de tan católico monarca, al mayor servicio de la divina Majestad... y celen, vigilen cuiden con toda exactitud el cumplimiento, obediencia y observancia de las leyes mandatos y ordenes superiores con el consiguiente reparo y remedio de los escándalos, amancebamientos y pecados públicos cuyo correspondiente castigo sea inviolable según leyes y pragmáticas del Reyno*”<sup>56</sup>.

El auto del gobernador Juan Manuel Fernández Campero relacionaba la falta de piedad religiosa con la extrema vocación de los pobladores por los juegos prohibidos donde “*concurrer el mal ejemplo de ocupar el tiempo de dicha misa en juegos y otros ejercicios indecentes, a tan alto sacrificio que posponen a sus malas costumbres con rebelde resistencia a las exhortaciones y requerimientos de los párrocos y sacerdotes que asistan en las capillas para que eviten estos publicas escándalos*”<sup>57</sup>. El auto ordenaba a todos los vecinos y moradores, sin excepción de sexos ni personas, a cumplir con el deber de asistencia a las misas de precepto, en tanto residieran hasta una distancia de tres o cuatro leguas de las respectivas capillas. Pena de azotes, penas pecuniarias y de destierro en los presidios de frontera fueron señaladas respectivamente para gentes de castas y españoles.

El bando de buen gobierno dictado el 10 de enero de 1781 por el teniente gobernador Tadeo Fernández Dávila, principiaba por prohibir las blasfemias y los juramentos con el Santo Nombre de Dios ni de sus santos y santas y, en particular, el de María Santísima Señora Nuestra so pena que serán castigados como sacrilegio<sup>58</sup>.

A su vez, los autos de buen gobierno de los alcaldes ordinarios Miguel Laguna y Vicente de Escobar dictados el 19 de enero de 1781, exigían la debida reverencia a la consagración de la misa mayor de la Iglesia Matriz, ordenando a todas “*las personas de uno y otro sexo de cualesquier condición y calidad que sean... se postren, arrodillen y reverencien como le corresponde a la divina majestad... y que así se mantengan postrados todo el tiempo que durare dicho toque de campana con el apercibimiento con la pena que corresponda a tamaño desacato e irreverencia*”<sup>59</sup>.

Lo normado se repite en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, del 12 de enero de 1788<sup>60</sup> y en los autos del 14 de enero de 1792 y bando del 20 de marzo del mismo año<sup>61</sup>.

Por su parte, el bando dictado por el gobernador Sobremonte en Córdoba el 12 de febrero de 1785 ordenaba vigilar que no se trabajare los días festivos de riguroso precepto<sup>62</sup>.

Los bandos asumen, en ocasiones, un lenguaje muy abierto, sin acotar los alcances precisos de las figuras delictuales confían a las autoridades justicias y ministros de todas y cada una de las dichas ciudades de esta *gobernación velar aplicando todo su mayor cuidado, perseguir con severidad corrigiendo y castigando los pecados públicos que tanto irritan la divina justicia.*

¿Cuáles eran estos pecados públicos que ofendían la Majestad divina?

En primer lugar, las blasfemias a Dios y a sus santos, jurar ni perjurar so las penas del reyno<sup>63</sup>, impedir la práctica de los oficios y ejercicios devotos era, asimismo, motivo de la imposición de penas pecuniarias, establecidas para quien no facilitaba la asistencia a los oficios religiosos y a la enseñanza de la doctrina a aquellas personas que estuvieren a su servicio, indios, negros, mulatos, libres y esclavos.

El auto de buen gobierno dictado el 9 de enero de 1790 indicaba que “*ninguna persona de*

*cualquier estado, clase o condición que sea blasfeme el santo nombre de Dios, Nuestro Señor, su Santísima madre María Señora nuestra, santos y cosas sagradas, so pena de diez años de destierro a la piedra de Montevideo y mordaza según la calidad del sujeto, lo que se ejecutara con todo el rigor de las leyes*<sup>64</sup>.

El texto del bando de buen gobierno del 28 de mayo de 1764<sup>65</sup> puntualizaba: “Soy informado que con grave desacato y grave ofensa de la majestad divina están habituados los mas vecinos habitantes de dicha jurisdicción a no concurrir a misa los días de obligación y algunos que concurren es muchas veces al mal ejemplo de ocupar el tiempo de dicha misa en juegos y otros ejercicios indecentes a tan alto sacrificio que posponen a sus malas costumbres con rebelde resistencia a las exhortaciones y requerimientos de los párrocos y sacerdotes que asisten en las capillas para que se eviten estos públicos escándalos cumplirán con tan santo precepto todos los dichos vecinos y moradores de la expresada jurisdicción, sin excepción de sexos ni de personas los que residen en distancia de tres o cuatro leguas de dichas capillas, arreglados al citado precepto y a nuestra madre la Iglesia, observando el buen porte, modestia y recato que pide este santo ejercicio”.

Las penas establecidas determinaban el pago de multas de diez pesos a los españoles y cincuenta azotes a los negros, mulatos, indios y mestizos, en tanto, por la segunda vez se aplicaría la misma multa y un año de destierro a los presidios de frontera para los primeros y cien azotes a los segundos, cifra que se elevaba hasta doscientos, en caso de reincidencia por tercera vez, agregándose en el mismo caso otro año más de destierro para los primeros.

Era común que los fastos religiosos originaran fiestas y jolgorios populares que tenían, a su vez, entre la población, entusiastas cultores. Sobre el particular, en 1790 se dispuso “*que son notorios los inconvenientes y averías que resulta de las juntas que se hacen con el pretexto de las fiestas a varios santos, así en la ciudad como en las capillas de la jurisdicción, causando muchos escándalos y otras consecuencias perjudiciales, en cuya virtud ordenamos y mandamos que, desde la publicación de este bando, no pueda haber semejantes juntas... a y a cualquiera que contravinere a este mandamiento, será penado en dos meses de cárcel y castigado como desobediente a la real justicia*”<sup>66</sup>.

Las prohibiciones sobre el particular se extendieron hasta impedir que bailes y concurrencias se practicaran delante de la cruz. Al respecto, el bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, del 6 de mayo de 1793, decía: “*Habiendo entendido el exceso con que en algunas casas donde se pone en altar y adorno la santísima cruz por el mes de mayo se practican bailes y concurrencias muy ajenas del obsequio y veneración debida a uno de los más sagrados instrumentos de nuestra redención y tratada la materia con la potestad eclesiástica que igualmente han deseado corregir semejante abuso, ordeno y mando bajo la pena de veinticinco pesos de multa que delante de la imagen de la cruz no se ejerciten esos bailes y concurrencia de toda clase de gente y que así celen los jueces ordinarios y de barrio para impedirlo y exigir la multa impuesta, pues si en alguna casa se quisiere tener esta devoción, cuidaran de no tributarle eradamente un obsequio que no es propio del objeto antes si y repugnante a las prácticas y demostraciones de nuestra religión*”<sup>67</sup>.

## VIII. Las armas prohibidas

La portación de armas *prohibidas* y *desnudas* era castigada con la pena de su perdimiento<sup>68</sup>.

El bando del 28 de mayo de 1764 describe su calidad incluyendo puñales, cuchillos, bolas y armas de fuego “*si no fuere en la conformidad que se permiten las unas despuntadas y las otras para la decencia de montar y resguardo de los caminos y servicio militar*”<sup>69</sup>, en tanto el bando del 24 de julio de 1776 prohibía cargar “*ni de día ni de noche armas cortas como son cuchillos, puñales, dagas, navajas de golpe y estoques armas de fuego y otros cualquiera que se hallen*

*comprendidas en la real prohibición”*<sup>70</sup>.

Su transgresión originaba la aplicación de penas de multas de hasta veinticinco pesos por la primera vez, y seis meses de prisión, por la segunda, y seis años de destierro por la tercera, perdiendo en todos los casos, las armas que se llevaran. Las personas de baja condición se encontraban penadas con cien azotes y un mes de trabajos en las obras públicas y doscientos azotes y seis meses a la cadena por la segunda y seis años de destierro a un presidio por la tercera. A su vez, indios, negros mulatos libres o esclavos tenían prohibido circular con palos, garrotes o macanas *“a no ser que vayan en compañía de sus amos”*. Las penas reservadas apuntaban a cincuenta azotes propinados en el rollo<sup>71</sup>.

El auto de buen gobierno del 10 de enero de 1781 prohibía a ninguna persona *“así vecinos como forasteros cargar de día ni de noche armas vedadas como son estoques, puñales, trabucos y cuchillos de punta so pena de que siendo nobles, además de perder las armas, se les multa en veinticinco pesos, aplicados en forma referida, y a los plebeyos en cincuenta azotes por la primera y por la segunda duplicados y un año de destierro a dichos presidios aunque con ellas no hieran sino solo por el acto de cargarlas”*<sup>72</sup>.

En la instrucción del 27 de junio de 1791 se permitió tan sólo a la plebe cargar cuchillo despuntado, argumentando que sólo a los españoles se les permitía llevar consigo armas estando de tránsito por la campaña *“y mas si van de viaje”*<sup>73</sup>.

En 1793 se insiste en *“que se cele el uso de las armas vedadas sin ningún disimulo por los jueces encargados”*<sup>74</sup>.

El Título Comisional expedido por el gobernador Rafael de Sobremonte, del 1 de febrero de 1785 confería facultades para aprehender a todas las personas que cargasen armas prohibidas con la sola excepción *“de los ocupados en el resguardo de las rentas, pues estos tienen especial privilegio”*<sup>75</sup>.

Por su parte, el bando de buen gobierno del 12 de enero de 1788 que atribuía al generalizado uso de las armas prohibidas, el exceso de muertes que afectaba la ciudad, mantenía la pena de cincuenta azotes para la gente de castas que las cargase, adicionándoles quince días de servicio en la obra pública de la cárcel<sup>76</sup>.

Disparar tiros de noche, tanto dentro como fuera del espacio de la ciudad, originaba la pérdida de las armas de fuego empleadas y la aplicación de una pena pecuniaria de diez pesos, *aplicada al bastimento de los fuertes*. Como también galopar por las calles determinaba la pérdida del caballo aviado, pena reservada para los jinetes españoles a la que se sumaba la aplicación de veinticinco azotes para gentes de casta *“en el propio paraje donde los hubieran detenido”*<sup>77</sup>.

Gateras vendedoras de pan y de otros mantenimientos debían comerciar su mercadería en el área señalada en la plaza pública y sólo las vendedoras de los monasterios de monjas podían hacerlo *en sus esquinas o en las puertas de las casas de sus amos*<sup>78</sup>.

Asimismo les eran impuestas penas pecuniarias de hasta 4 pesos a los pulperos que no cumplieren con el horario de cierre de sus locales en invierno a las nueve de la noche y en verano a las diez.

Esclavos jugadores, *inquietos, ladrones* o pendencieros debían ser vendidos fuera de esta jurisdicción en un plazo de sesenta días *“y si no lo hicieran las justicias ordinarias los remitan a la Casa de la Moneda de la villa del Potosí a costa de sus dueños”*.

## **IX. La vida doméstica**

Los bandos regulan desde la instancia doméstica de la *paz de la casa* hasta los delitos cometidos en las calles de la ciudad, yermos y despoblados.

Las medidas diseñadas en los bandos y autos de buen gobierno importaban incluso atravesar las paredes de la casa para vigilar la vida y costumbres de sus moradores. Su moral sexual, sus

prácticas sociales, sus devociones o la ausencia de éstas, sus juegos y diversiones, sus relaciones, sus amistades.

El bando dictado el 7 de julio de 1723 por el gobernador Esteban de Urizar y Arespacochaga ordenaba a todas las justicias y ministros de todos y cada una de las ciudades de la gobernación “*velar aplicando todo su mayor cuidado en corregir y castigar los pecados públicos que tanto irritan la divina justicia y porque se experimentan patentes castigos ordenaba el destierro de todas y cada una de las dichas ciudades los perpetradores de semejantes escándalos, sin consentir por motivo de respeto ni otro alguno tales reos en las dichas ciudades y jurisdicciones de ellas y sin dar lugar a que por este gobierno se hayan de aplicar los remedios convenientes contra los tales escandalosos como por la disimulación que los dichos ministros han tenido en el cumplimiento de esta su primera obligación*”<sup>79</sup>.

Los textos de los bandos y autos de buen gobierno insisten sobre las clásicas materias, donde no faltaba el tratamiento de la moral sexual y social intensamente regulada en los estos textos que se multiplican reiteradamente para la jurisdicción en estudio.

El bando dictado el 7 de julio de 1738 por el teniente coronel Juan de Santiso y Moscoso ordenaba que no se permitiera “*a ninguna persona osada vivir con escándalo de amancebamiento, alcahuetería ni hechicería, ni se recoja en su casa rufianes, rameras, ni hombres de mala vida, ladrones, vagamundos ni otras personas sospechosos pena de doscientos azotes y dos años de destierro. 353. El texto encargaba especialmente a los oficiales reales y sus tenientes dar cumplido aviso de la llegada de forasteros procediendo a su registro cuidando castigar y reparar con especial cuidado todos los escandamos y pecados públicos*”<sup>80</sup>.

Por su parte, el auto del gobernador de la provincia del Tucumán, don Juan Victorino Martínez de Tineo fechado en Córdoba el 15 de julio de 1749, ordenaba evitar los escándalos y pecados públicos prohibiendo a los vecinos “*alojar en sus casas a alcahuetes ni hombres de mala vida pena de cien azotes y destierro a los fuertes de frontera*”<sup>81</sup>.

El título de nombramiento del alcalde de barrio expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba, don Rafael de Sobremonte el 12 de febrero de 1785 le indicaba registrar una exacta noticia de los vecinos del barrio, de sus transeúntes que allí mismo se alojaban inquiriendo con especial cuidado “*si son extranjeros, vagos, delincuentes, mujeres de mala vida o ausentes de sus maridos o al contrario*”<sup>82</sup>.

La medida fue extendida en 1792 a las casas de posta, donde debía darse parte inmediato a los alcaldes de barrio *de la noticia del destino que conduce al huésped* bajo la multa de cuatro pesos<sup>83</sup>.

Los robos de mujeres, casadas o solteras, el uso de todas las formas de la violencia sexual exigían la inmediata elaboración de la sumaria y la remisión del reo a la cárcel con segura custodia a disposición de los jueces ordinarios<sup>84</sup>.

El lavado de la ropa, efectuado por las lavanderas en las riberas de los ríos era ocasión propicia para las reuniones de los jóvenes de la ciudad, donde no faltaba la oportunidad de la chanza y el jolgorio. La circunstancia no fue descuidada en los textos de los bandos y autos de buen gobierno que dispusieron: “*no se permitan los corrillos de hombres con las lavanderas*”<sup>85</sup>. También se encontraba prohibido “*que los baños que se acostumbren en tiempos de verano puedan hacerse en unión de ambos sexos bajo ningún pretexto ni motivo sino que precisamente han de distar los varones de las hembras a lo menos una cuadra a todos rumbos con la preferencia de que el primer lugar o lugares más inmediatos se han de reservar por los varones para las hembras, bajo la pena de aquellos de tres días de cárcel por la primera vez que se encontraren sin la expresada distancia, y por la segunda la arbitrio del juez, a fin de evitar las fatales resultas e inmodestia que ocasionan semejantes circunstancias*”<sup>86</sup>.

El auto del 13 de marzo de 1787 había prohibido “*por impropio*” que los hombres se bañaran en compañía de mujeres insistiendo en que tales ejercicios debían llevarse a cabo “*divididos unos de otros, cuando tienen para ello las mejores proporciones en este río, evitándose de este modo las deshonestidades y malas consecuencias así como se observa en las demás ciudades de este Reyno*”<sup>87</sup>.

Toda manifestación que disparara la posibilidad de concretar alguna forma de descontrol

fue severamente regulada. En tal sentido, el auto de buen gobierno del teniente gobernador Tadeo Fernández Dávila dictado el 10 de enero de 1781 prohibía a los moradores de la ciudad “salir en pandilla cantando deshonestidades, libelos infamatorios y otros que sean impuros so pena que serán castigados con todo el rigor del derecho”<sup>88</sup>, en tanto, el bando de 1787 restringía esta práctica en los horarios que sobrepasara el toque de queda: “que pasada la queda en adelante no anden en juntas ni pandillas con instrumentos inquietando la ciudad, con músicas deshonestas o libelos infamatorios, so pena que después de perder dichos instrumentos irán a la cárcel por un mes y seis pesos de multa aplicados en forma ordinaria”<sup>89</sup>.

Por su parte, el auto de buen gobierno del 9 de enero de 1790 prohibía severamente la presencia en la ciudad de “casas de mujeres solteras y solas ni acompañadas no siendo de calidad y conducta conocidas que se le pueda permitir pues en esta tolerancia se ha experimentado el fraude que las criadas hacen a sus amos por cuyos accidentes procuramos el remedio, pero no por estos se les prohíbe sin se les coarta que se conchaben con señoras conocidas, las cuales estarán obligadas a parecer ante las justicias, quienes darán papel sin costo alguno para el resguardo de la tal comprendida, pues de lo contrario usara la justicia lo que debe en mejor beneficio de la Republica y servicio de ambas majestades”<sup>90</sup>.

Asimismo, el Título Comisional, expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte fechado el 1 de febrero de 1785, remitía con segura custodia a la cárcel, a disposición de los jueces ordinarios a todos aquellos que “violentasen mujeres, robasen mujeres casadas o solteras, para la instrucción de la sumaria información”<sup>91</sup>.

También fue motivo de preocupación el tema de la unidad del domicilio conyugal por cuanto “la dilatada separación de los maridos de sus mujeres y de estoas de aquellos, del que debían tomar razón los alcaldes de barrio cada uno en el suyo para pasar a este gobierno la noticia correspondiente con expresión del tiempo en que están separados, destino de los ausentes y demás circunstancias que justifique la legitimidad de la separación”<sup>92</sup>.

La medida había abierto camino en el plano de la legislación local, a través del auto de buen gobierno del teniente gobernador Tadeo Fernández Dávila que ordenaba el 10 de enero de 1781, a todos los casados que viviesen separados de sus mujeres “hagan vida con ellas y los de extraña jurisdicción salgan de esta precisamente so pena que a sus costas serán remitidos en partida de registro con prisiones a su vecindario en cumplimiento de las repetidas ordenes de Su Alteza dimanadas de real orden y ser en servicio de ambas Majestades”<sup>93</sup>.

Un amplio abanico de supuestos integra este arco que pretendía regular la formas de la vida social, se trató de impedir el asilo de ociosos y delincuentes bajo la conocida forma de los *arrimados* o *agregados*, la vida disipada de sus habitantes, hijos de familia, sirvientes, peones o esclavos, los amores furtivos, escándalos, amancebamientos y pecados públicos, “cuyo correspondiente castigo sea inviolable, según leyes y pragmáticas del Reyno, las reuniones ruidosas, los bailes públicos, los fandangos, las reuniones, las ausencias a los días de precepto, los juegos prohibidos, juegos de dados, pintas ni otros de naipes prohibidos por leyes de Castilla y de estos Reynos el uso de ropas inadecuadas al estado y condición de quien las vestía”, pero advirtiendo sutilmente “que esta vigilancia que se comete a los comisarios o Alcaldes de Barrio no se les deja facultad para ingerirse caseramente en la conducta privada de los vecinos, pues no dando estos ejemplos exterior escandaloso con su manejo ni ruidos visibles a la vecindad, queda reservado a los jueces superiores cualquier examen de sus circunstancias y también se abstendrán de tomar conocimiento de oficio en otros asuntos de disensiones domesticas interiores de padres e hijos o de amos y criados, cuando no haya queja o grave escándalo por no turbar lo interior de las casas ni faltar al decoro de unas mismas familias con débiles o afectados motivos”<sup>94</sup>.

El auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña del 9 de enero de 1790 prohibía la celebración de los bailes públicos en la ciudad y sus contornos “por los muchos pecados públicos que de ello resultan de que se ofende gravemente la Majestad Divina y para obviarlos ordenamos y mandamos que todo aquel que pusiese fandango

*de día o de noche en su casa o consistiese lo haya en la ajena siendo por su consejo se le impone a unos y otros la multa de seis pesos y donde se deba con licencia nuestra lo podrán hacer y de lo contrario nada”* <sup>95</sup>.

En 1802 se permitieron las celebraciones de los bailes públicos para la gente plebeya “*pero solo en los días de fiesta y por medios sosegados y decentes que han de ser en campo raso y hasta la puesta del sol procediendo licencia de nuestras justicias ordinarias para que estén a la mira de que no se abuse de este permiso”* <sup>96</sup>.

## **X. La aplicación de las penas**

La materia normativa que hemos reseñado fue intensamente aplicada en nuestra jurisdicción. La decidida política poblacional aplicada por el Marqués de Sobremonte necesitó imperiosamente de la mano de obra que proporcionaban la aplicación de las penas fijadas en los bandos y autos reseñados, para llevar a buen término sus metas de gobierno.

Desde su ingreso a la jurisdicción que gobernaría con mano dedicada y eficiente, el marqués manifiesta su preocupación por el desarrollo de la política de fronteras.

El informe que eleva inmediatamente al marqués de Loreto no deja dudas al respecto: “*El mal general de toda la provincia es la falta de pueblos formales acostumbrados las gentes a vivir separadas las unas de las otras, en nada piensan menos que en reunirse a población de villa...*” <sup>97</sup>.

La solución para estos problemas era “*atraer familias para formalizar en ellos una villa de treinta o cuarenta vecinos y para esto darle hecha una casa de ocho varas de largo y cuatro y media de ancho con su división para alcoba cuyo costo sacien de según el cálculo formado a 83 pesos cada una y repartirles su solar, chacras y exidos con arreglo a las Leyes de estos reynos ... cuidándose por esta Intendencia de llevar a debido efecto las expresadas poblaciones por los medios que estimare convenientes según se presentaran las proporciones para hacer a unos vecinos las casas que se han expresado, para dar a otros familias que quieran poblarse en la villa alguna ayuda de costa que no ascienda a tanto como la de las mismas casas y aumenten la población”* <sup>98</sup>.

En 1788 vuelve a insistir sobre el tema: “*En esta provincia conviene mucho la reunión de poblaciones, porque la dispersión en que hallan las gentes de la campaña es muy perjudicial, especialmente aquellas de pocas o ningunas facultades, y hay excelentes sitios para pueblos. La vida civil se proporcionaba por este medio y otras ventajas que se dejan comprender, siendo mas fácil entonces establecer escuelas y recibir diversa educación que en las soledades del campo y aunque los hacendados de alguna conveniencia conservasen sus casas en el, quedaría poblado de jente útil y libre de los muchos que viven del robo de sus ganados”* <sup>99</sup>.

El aislamiento desataba a tal punto los nudos del control social que impedía la mirada de la autoridad, la persecución y arresto de los delincuentes, la educación de los hijos, la instrucción y la práctica religiosa, el pago de los impuestos, en fin “*la cibilidad que se encuentra en las poblaciones donde los unos contienen a los otros, donde los jueces ejercen con mas facilidad su jurisdicción y donde los párrocos pueden atender mejor al pasto espiritual y asistencia de sus feligreses, que se les dificulta en tan distantes y separadas habitaciones como contienen sus feligresías, que algunas comprenden hasta sesenta leguas”* <sup>100</sup>.

El remedio se imponía sin dudas: fundación de los pueblos, alentando la radicación de pobladores con una política de facilitar *casa en los parajes a propósito*

Así lo informaba el Marqués de Sobremonte: “*son pocos los que procuran reunirse a formar villas, ya sea por el deseo de subsistir en la libertad con que se criaron, ya por huir de la vista de los vecinos para conservarla o de la de los Jueces que los perseguirían mejor en sus robos de ganado que tanto frecuentan, o ya muchos por estar inmediatos a los parajes que pastan los suyos, y algunos que no les disgustaría estar vivir en Pueblos por la pobreza en que están les impide el formar una casa al modo del país, de ladrillo crudo y techo de paja, así lo*

*he examinado atentamente y me lo han persuadido los informes particulares que he ido tomando, lo cierto es que esta vida rústica les hace conservar aquellas malas costumbres que producen la libertad y separación de los que deben corregirlas”* <sup>101</sup>.

Estos afanes se concretaron en la política de fundación de fortines, reduciendo las distancias que mediaban entre los fuertes de Las Tunas, Punta del Sauce, Santa Catalina de Sena, con la erección de los nuevos asentamientos de Loreto, San Rafael, San Carlos y San Fernando <sup>102</sup> a los que se suma, por decreto del 18 de diciembre de 1788, la nueva población de La Carlota, que parece haber sido el destino donde con mayor fluidez se remitían los condenados por ociosidad y *malentretamiento*, de suerte tal que se lo reputaba “*como el más perjudicial de todo el vecindario por estar lleno de ociosos, forajidos y ladrones que se mantienen ellos y sus familias sin mas ejercicio que el robo y el juego*” <sup>103</sup>.

La política del marqués se orientaba asimismo a concretar la fundación de poblaciones que nuclearan gente de la campaña a la vera de los caminos reales, circunstancia que favorecía la paz de ellos, en áreas libradas aun al peligro indígena, al ocupar extensas zonas pecuarias y contar con fuentes de alimentación, oportunidad de descanso y recambio de animales para las tropas de carretas que circulaban hacia Cuyo, Chile, el Alto Perú y la zona del Litoral.

En tal sentido ordenaba: “... *que a todas las familias que no se les conocen vienes suficientes para mantenerse sin mas hacienda de campo que unas vacas lecheras o algunas ovejas, sin tierras en propiedad se les obligase a vivir en pueblo cercano a capilla, especialmente a las que estuviesen en el Camino Real al Perú por el Río Tercero, Río Segundo y resto de la jurisdicción hasta llegar a Santiago. También el camino a San Luis y Mendoza, como asimismo el de la Rioja repartiéndoseles sus suertes de chacras, solares, ejidos y pastos comunes*” <sup>104</sup>.

Los informes del marqués nada anticipaban sobre las transferencias compulsivas de población a las áreas de frontera, insistiendo sólo en la conveniencia del establecimiento de asientos poblacionales en los caminos reales a Buenos Aires y Mendoza, por ser los más frecuentados en el tránsito hacia el Perú y Chile, *para la comodidad de los habitantes, sino también para la seguridad de ellos y de la misma frontera ... la utilidad por la mayor facilidad para expender sus frutos y sus ganados, donde es mas perjudicial la dispersión por la dificultad de juntarse para oponerse a las incursiones de los indios infieles* argumentándose también que los núcleos de villas vecinas a los fuertes de frontera contribuirían a disminuir el número de la guarnición *a causa de la seguridad que les daba la fácil reunión de los habitantes* <sup>105</sup>.

No obstante ello, las actas judiciales dan cumplida cuenta del abundante envío de reos condenados a cumplir penas diversas en las nuevas poblaciones presidios y áreas de frontera

El análisis de la aplicación de las penas en Córdoba del Tucumán <sup>106</sup>, resulta esclarecedor para la cabal comprensión de cómo funcionaba la organización de la justicia hispano-indiana en una remota jurisdicción del imperio español, donde el esquema de las pruebas legales, propio del *ius commune*, se mostró mucho más flexible y elástico al aplicarse por jueces legos, cuyos dictámenes y sentencias aquilatan la importancia de su propio conocimiento de la causa, las circunstancias particulares que rodearon la comisión de los ilícitos que se investigan, las condiciones personales del reo y hasta sus propios intereses económicos, culturales y sociales de clase y condición a la hora de impartir justicia <sup>107</sup>.

## **XI. Destierro y extrañamiento**

En la jurisdicción en estudio, fue habitual la aplicación de esta pena a los considerados *vagos y malentretidos*, amparándose en la esperanza de que al extrañar al *vago* del medio habitual donde tenía tejida su red de sobrevida a expensas de las tropelías cometidas en las haciendas de los vecinos, indispensablemente se lo enfrentaba con la necesidad de trabajar para subsistir.

En 1771, el *vagabundo, ocioso y cuatrero* Pascual Olmedo procesado por heridas inferidas

a José Quiroga era desterrado por cuatro años *fuera de la ciudad*, en tanto Matías Altamirano, *ladrón de ganado, vagabundo y de perversas costumbres* sufriría un destierro de dos años.

En 1773, el *vagabundo* Milicio Cala, acusado de ejecutar juegos prohibidos era condenado a la *cadena por el resto del año* mientras que en 1777 el ladrón y vagabundo Santos Mugas se notificaba de su condena de destierro por seis meses *al presidio de El Tío*.

En 1790 se condena al vago Pedro José Cabrera a la pena de *veinticinco azotes* y se lo destina *en calidad de poblador a La Carlota*, también en 1790 los vagos José Gerónimo Palacios y Cristóbal Ríos fueron condenados a *veinticinco azotes y cuatro y seis meses de trabajo* respectivamente, en las obras públicas, cumplido lo cual, el último *sería conducido a La Carlota con su familia*.

En ese mismo año de 1790, el vago José Mariano Rojo era destinado a La Carlota *por seis meses de cadena*, del mismo modo, Juan Juárez se notificaba de su condena que disponía *dos meses de cadena* y su destino de poblador en la frontera, en tanto la pena reservada a Gregorio Avendaño se extendía a seis meses de cadena, tiempo que igualaba Juan Soto, sumados a *veinticinco azotes y la orden de pasar a La Carlota*, destino que igualmente le es adjudicado a Roque Gaona, luego de cumplir un año de servicio en las obras públicas, en tanto se indultaba a Marcos Acuña del castigo corporal, inicialmente fijado.

En 1792, Juan Manuel Benítez, *vago y perjudicial* era condenado a la cadena; en 1794 Juan Esteban Peralta, *vago y perjudicial*, era destinado con su familia a las *poblaciones de frontera*, destino que asimismo le aguarda a María Arrascaeta y sus hijos Soriano y Pedro Zabala, insistiéndose que su destino final en la frontera se radicara en casas *donde celen su conducta del mismo modo*; Juan Ortega, *vago y perjudicial*, es enviado en 1794 a las *poblaciones de frontera*, destino que le aguarda en 1796 al vago Juan Juárez con el accesorio *de dos meses de grilletes y quede de poblador en La Carlota* y en 1799 a Manuel Agüero, *vago y perjudicial*, por el plazo de un año.

## XII. Obras públicas

Diferenciado el instituto de la cárcel de las penas de presidio<sup>108</sup>, la condena a la ejecución de los trabajos de interés público se presentaba como el remedio más propio para castigar a quien había hecho de la ociosidad y el *malentretimiento* un sistema de vida.

Manuel de Lardizábal y Uribe, estudiando la eficacia de la pena razonaba que *“aun cuando hubiera hombres habría delitos, nunca podría extinguirse el problema, mientras no se procure dar por todos los medios una buena educación al pueblo, para evitar la ociosidad y la mendicidad que son las fuentes más fecundas de los delitos y los desórdenes. Insistía en que esta educación debía proporcionarse desde la tierna edad porque el que pasó la niñez y, por consiguiente, la juventud en la ociosidad y holgazanería es moralmente imposible que se aplique a trabajar y no teniendo con qué subsistir y con qué fomentar los vicios que son consiguientes a semejante vida es preciso que recurran a medios ilícitos con detrimento de la sociedad”*<sup>109</sup>.

Por otra parte, el destino en las obras públicas fue calurosamente recomendado por el beneficio que suponía a la comunidad sumar mano de obra que ejecutara trabajos, que no contaban con demasiados brazos que los efectuaran, por las diversas dificultades para llevarlos a cabo en razón de su agobio, peligrosidad, insalubridad, etc..

Aun así los resultados no siempre conformaron a las autoridades. En la sesión del Cabildo de Buenos Aires del 26 de marzo de 1759 se argumentó que los trabajos en las obras públicas no corregían los excesos de los reos, *“en nada les sirve de escarmiento a los dichos malévolos según se experimenta, pues, luego que se ven libres o por huirse, que es lo más común, o por haberse cumplido su destierro vuelven a la reincidencia de los mismos delitos”*<sup>110</sup>.

No parece, en cambio, haber existido en nuestro medio los emprendimientos de panaderías y tocinerías mexicanas, que aumentaron entre los siglos XVII y XVIII sus disponibilidades de

brazos con el aporte de los penados, a quienes sus patronos habían adelantado el pago de las costas según arancel.

Obrajes de paño, ingenios y trapiches azucareros, situados en el interior del país azteca, emplearon, en cambio, a los condenados por delitos más graves, cuya situación laboral empeoraba al alejarse de la vigilante mirada de la Audiencia o del Virrey <sup>111</sup>. Funciones parecidas, cumplieron en toda la época indiana las panaderías de Charcas, circunstancia explicable -en la opinión del doctor Mariluz Urquijo- por la presencia en ellas del esclavo, que obligaba al amo a tener ya arbitradas las medidas necesarias para evitar su fuga, poco esfuerzo le demandaba, pues, extenderlas a sus contingentes de prisioneros <sup>112</sup>.

Sueldos, horarios de trabajo, correcciones disciplinarias, asistencia espiritual a los condenados y pago de costas judiciales e indemnizaciones a sus víctimas fueron previstas y reglamentadas, aunque su cumplimiento fue difícil de verificar.

Al parecer, la práctica severamente criticada por el fiscal Vitorián de Villalva, quien inspirado en los principios de la Ilustración envió a la Península un informe negativo sobre el trabajo de los reclusos en las panaderías del Alto Perú, no logró arraigarse en la jurisdicción en estudio <sup>113</sup>.

No siempre se aclara en el texto de las sentencias analizadas, la precisa afectación del reo a alguna obra pública, los destinos incluían la limpieza y empedrado de las calles, la reparación y limpieza de los edificios públicos, los trabajos de mantenimiento de la cañada, los trabajos en el hospital público, etc..

En 1795, los *vagos ociosos y malentretidos* Francisco Rocha y Nicolás Madera fueron condenados a la cadena a servir *por seis meses en las obras públicas de la ciudad*.

Al año siguiente de 1796, el vago Manuel Contreras era condenado a servir en cadena por el término de un año en las *obras de la ciudad*, mientras los dañinos y perjudiciales Domingo Pérez y Miguel Suárez resultaban condenados a cadena de 4 meses en el servicio de *obras públicas* y cumplida la pena, destinados como pobladores *a la frontera*.

En el mismo año de 1796, el *vago y ocioso* Venancio Rodríguez condenado a los bajeles por tres años, fue beneficiado por la conmutación de la pena a *cortar material en el horno de San Francisco*, mientras el *vago y ocioso* Feliciano Ledesma era condenado a la cadena por seis meses en las *obras públicas*.

También en 1796, Félix Escudero, *ladrón, vago y malentretido* era destinado a la cadena por seis meses en el *servicio de las obras públicas* en tanto su par Pedro Peralta, fue condenado a *veinticinco azotes y un año de cadena en el servicio en el horno de ladrillos de San Francisco* debiendo traer su familia y conchabarse.

En 1797, Justo Quevedo, *ladrón, ocioso y salteador* condenado a los *bajeles de Su Magestad* por 8 años y a pagar las costas del pleito, lograba la conmutación de su condena por el *destierro en la mitad del tiempo de servicio con cadena en el Fuerte de las Tunas* en razón de su calidad de hombre casado y padre de familia

En 1799, los *vagos, ladrones de mujeres y autores de lesiones varias*, Juan Santos Pérez y José Benito Valdez fueron destinados por cuatro meses a servir en las obras públicas *con prisiones* y al pago de las costas causadas.

### XIII. Azotes

Considerada una “*sanción familiar, doméstica que fácilmente traspuso los umbrales de la casa habitación para convertirse en el más empleado de los castigos públicos*” que operaron en Indias <sup>114</sup>, la pena de azotes se difundió por la facilidad de su aplicación, era desde sus orígenes romanos el medio con que los padres corregían habitualmente a sus hijos.

Argumentaba José Marcos Gutiérrez cómo la pena de azotes “*que se impone entre nosotros a personas de ínfimo pueblo debe conservarse como útil y aún convendría extenderla a los*

*impúberos por ciertos delitos siempre que se les impusiese en su prisión y no por mano del verdugo para no infamarlos de suerte que más bien se considerase como una corrección”* <sup>115</sup>.

Manuel de Lardizábal y Uribe sostenía por su parte, que la pena de azotes usada para castigar gente de pueblo inferior era más temida en España que la misma pena capital, por cuyo motivo se la usaba con frecuencia y aun en delitos leves conminaba con ella, con la cual se evitaban otros mayores y rara vez se tenía que imponer la pena capital <sup>116</sup>.

En nuestra jurisdicción, la pena de azotes no es la específica *de los vagos y malentretidos*, pero abunda su imposición en los bandos de buen gobierno, reglamentos de administración de justicia, y circulares a la policía de la ciudad y campaña, correspondientes al período patrio, cuando, conforme con el mismo criterio sustentado en las *Siete Partidas* <sup>117</sup> al delito de vagancia, se sumara la comprobación de robos.

La administración de la pena estaba confiada a alcaldes de hermandad y jueces pedáneos, previo labrado de la sumaria, *a la mayor brevedad*, para evitar las fugas de los reos.

Se disponía que para la aplicación de la pena de azotes *“los alcaldes de la campaña harán citar con la conveniente anticipación a los vecinos que estuvieran a la distancia de un cuarto de legua a cada viento de la casa del alcalde con señalamiento de día y hora poco mas o menos en cuanto a esta, para que en presencia de la concurrencia se haga la diligencia de la ejecución de la pena”*.

Los máximos impuestos ascienden, en 1820, a 200 golpes, cuya ejecución deberían llevarse a cabo en dos partes iguales, para aplicar cada una de éstos en distintos días, una vez instruida la causa y cuando hubiere mérito para dicho castigo <sup>118</sup>. Otras causas que determinaron en el período patrio la aplicación de la pena de azotes fueron el juego prohibido y la compra de avíos militares robados o enajenados sin autorización, a más de perder el valor sea dado en compra o empeño, si no se contaba con el dinero suficiente para cubrir las multas <sup>119</sup>.

#### **XIV. Libertad bajo apercibimiento de conchabo**

Lentamente se fue imponiendo un criterio de mayor benignidad penal y hacia finales del siglo XVIII se multiplicaron los casos de *vagos* puestos en libertad al no comprobarse la comisión de los clásicos delitos conexos, los criterios de punición utilizados por los magistrados, insistían, entonces, en procurar con exclusividad, el efectivo empleo de los reos, acusados de vagancia, ociosidad y malentretimiento.

Tal fue la resolución que recayó en el caso ocurrido en 1789 cuando los *vagos* Miguel Heredia, Pascual Quevedo y Tomás de Estrada, detenidos por dicha calidad, son luego liberados, *con apercibimiento de conchabarse*.

Unos años después, en 1796 al *vago y mal entretenido* Cruz Díaz y a Lorenzo Cejas, reo por *consentir y albergar en su casa gente de mala vida*.

En ese mismo año de 1796, el amancebado, vago y ocioso Filoteo Cuello era condenado por cuatro días *debiendo salir con papel de conchabo*.

Un año después, en 1797, el *ladrón, ocioso y vago* Valentín González fue absuelto con la condición de salir *concertado con persona conocida y pagar las costas del juicio* medida que también era aplicada al *vago y vicioso* Luis Ferreyra al no comprobársele en el trámite de la sumaria la comisión de otros delitos.

En 1798, el *vago y perjudicial* Agustín López al no comprobársele otros delitos era puesto en libertad, medida que se adoptaría en el mismo año en el caso del *vago* José Gabriel Reynoso, indicándosele que debía *conchabarse con alguna persona*.

En 1799, el español Juan Santos Pérez acusado de *vago ladrón y amancebado* era puesto en libertad con la sola condena de *pagar las mulas sustraídas*.

Al comenzar el siglo XIX, el rigor de las penas impuestas a los vagos disminuyó sensiblemente, cuando no se comprobara el concurso de otras figuras delictivas.

De este modo, en 1801, el vago y ladrón Domingo Tapia era puesto en libertad y *que salga de la jurisdicción*.

En 1807, el desertor, salteador y vago Domingo García quedaba libre bajo fianza.

En 1819, el vago Manuel José García quedaba en libertad. Del mismo modo, en 1847 el vago José María Argüello quedaba en libertad <sup>120</sup>.

## XV. Conclusiones

La ciudad de Córdoba se encontraba en el último cuarto del siglo XVIII enfrentando un decidido proceso de desarrollo urbano, social y económico. Su planta se había multiplicado a la par que su caudal demográfico. Desde el inicio mismo del siglo XVII se había radicado en su espacio la *Universitas Cordubensis Tucumanae* atrayendo núcleos de estudiantes de distintas regiones americanas.

Córdoba era asimismo la sede del Arzobispado y un importantísimo núcleo de comunicaciones en el trazado de los caminos reales que unían los espacios del Virreinato del Río de la Plata con el Alto Perú. También se habían multiplicado las redes de producción económica y el comercio.

Los bandos y autos de buen gobierno dictados en la jurisdicción, reiterando una y otra vez, insistentemente, el arco de sus normativas, como hemos visto, desarrollaron un marco de políticas punitivas para combatir la comisión de delitos y hasta preventivas, como en el específico caso de la persecución de la ociosidad, considerada en todo el período como la *raíz misma de todos los males públicos, padre y madre de todos los vicios y pecados, fuente de todos los vicios*, que aquejaban la ciudad y su jurisdicción.

Los bandos y autos de gobierno diseñan, por su parte, los patrones del control social, mantienen las diferencias en la calificación de los delincuentes conforme su *calidad*, entre gentes españolas *decentes* y gente de castas, a quienes denominan *gente vulgar, el vulgo, gentes plebeyas, clases bajas, gente montaraz y holgazana, gentes impropias*, para quienes se incrementan las penas y se imponen los azotes y las penas de vergüenza.

Considerados estos últimos como núcleos de población socialmente peligrosa por sus disipadas costumbres, poca o ninguna educación, afición a la bebida, al juego y a las diversiones, escasa contracción al trabajo y mínima piedad, capaces de transformar los fastos religiosos en jolgorios indecentes, las calles de la ciudad en canchas de juego, vivir *arrimados* entre vecinos honestos o subsistir sin trabajar del producto del robo y del juego, amancebados, cuatrerros, robadores de mujeres, refugiados en la espesura de los montes, crónicos habitantes de la cárcel de la que protagonizan periódicas fugas fueron considerados en estos textos como la masa de una delincuencia potencial donde la ociosidad y el vagabundaje fermentaban al delito <sup>121</sup>.

Ello explica, como hemos visto, la multiplicación de las normas en la materia, el establecimiento de las *papeletas de conchabo* para probar su efectivo empleo, la prohibición de los adelantos salariales y la permanente preocupación para incorporar los *vagos y mal entretenidos* a la vida productiva, ya sea, por su envío como mano de obra en los trabajos públicos o por su efectiva incorporación a un incipiente mercado de trabajo que comienza a delinearse y cobrar forma.

En el contexto se diferencia los *verdaderamente pobres* para quienes se legisla sobre las condiciones que debían reunir para obtener las licencias de mendicidad en la ciudad o en los pueblos vecinos. Se diferencia, asimismo, el trato de los expósitos y a los niños abandonados.

La peligrosidad latente de estos grupos sociales lleva a regular el uso de las armas, palos, garrotes, macanas, estoques, dagas, cuchillos despuntados, puñales, armas de fuego, etc., cuyo uso se proscribió en una oscilante legislación que en ocasiones excepcionó, junto a las

autoridades, a los *vecinos honestos de tránsito por la campaña*. Reguló los juegos prohibidos, los bailes y las diversiones públicas, el consumo de bebidas alcohólicas y los tiempos de permanencia *de no más de cuatro o cinco hombres por juntas*, en el espacio de las pulperías.

Pero esta legislación no podía ejecutarse sin la colaboración activa de toda la población del distrito.

En tal sentido, los bandos convocan a los vecinos a denunciar las gentes de su *arrimo*, a los forasteros o transeúntes que refugien en sus casas, como asimismo vigilar a los hijos de familia, a los esclavos y a los peones conchabados, denunciando puntualmente a las autoridades toda conducta sospechosa o posible de disparar la comisión de un delito.

Los bandos y autos de buen gobierno constituyeron así, sin apartarse demasiado de los textos legales castellano indianos, un manejo de disposiciones locales de fuerte arraigo en la ciudad y su jurisdicción, atinentes a normar múltiples aspectos de la vida cotidiana, que necesitaban y requerían para su eficacia, el ejercicio de una ágil dinámica social que precisaba, indispensablemente, el decidido concurso de toda la comunidad a la cual estaban destinados.

\* Miembro del Instituto. Secretaria del Instituto.

<sup>1</sup> La presente investigación estudia el material recopilado en la magnífica edición de *Los Bandos de Buen Gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo*. Edición y estudio de Víctor Tau Anzoátegui, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2004.

<sup>2</sup> En el título de nombramiento de alcalde de barrio, el Marqués de Sobremonte dice: "*Por cuanto una de mis principales atenciones desde mi ingreso a esta ciudad fue el decorarla y distinguirla como merecen sus circunstancias y sus proporciones, para ello y como corresponde a una capital de toda la provincia de su nombre, dispuse inconsecuencia de esto: la limpieza de sus calles, la igualación de sus bordos que se forman por las aceras y otras varias prevenciones contenidas en el bando que mande publicar...*". En tanto, en el auto de buen gobierno del teniente gobernador Tadeo Fernández Dávila confiesa: "*En cumplimiento de nuestros empleos estamos obligados a celar y vigilar los vicios públicos que pertinazmente cometen los habitantes de esta vasta jurisdicción, con el abuso de no haber rigurosamente y deseando la paz y quietud de esta república y desterrar los inquietadores de ella que poseídos de los perniciosos vicios de amancebamientos públicos, juegos prohibidos, embriagueces, robos y pendencias, tienen infestada la ciudad y los muchos que de extrañas provincias se han recogido, sin oficio ni beneficio en ella ordenamos y mandamos por este nuestro auto de buen gobierno el que todas las personas de cualquier estado, calidad o condición que sea guarden, cumplan y ejecuten en todo y por todo los capítulos que de Yuso se harán mención*", los bandos citados en páginas 378 y 367, respectivamente. Título de nombramiento de alcalde de barrio de la ciudad de Córdoba expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte. Córdoba, 12/2/1785. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>3</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Joachim Ibarra Impresor de Cámara de S.M., Madrid, 1782.

<sup>4</sup> LEVILLIER, R., (publicación dirigida por don Roberto Levillier) *La Audiencia de Charcas. Correspondencia de presidentes y oidores*, Madrid, 1918, p. 255.

<sup>5</sup> SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, t. 1, ps. 423-424.

<sup>6</sup> *Los Bandos...* cit., p. 360. Auto del gobernador de la provincia de Tucumán teniente coronel Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba, 28 de mayo de 1764.

<sup>7</sup> CASTRO, Alfonso de, p. 135.

<sup>8</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para Corregidores y Señores de Vasallos en tiempos de paz y guerra*, 1597, Amberes, 1704; edición facsimilar, Madrid, 1978, t. 1, p. 257.

<sup>9</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, ob. cit., p. 39.

<sup>10</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, ob. cit..

<sup>11</sup> Idem, p. 40.

<sup>12</sup> *Los Bandos...* cit., p. 367. Auto de buen gobierno del teniente gobernador doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>13</sup> *Los Bandos...* cit., p. 373. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>14</sup> *Los Bandos...* cit., p. 360. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba, 28 /5/1764.

<sup>15</sup> *Los Bandos...* cit., p. 356. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Victorino Martínez de Tineo, Córdoba, 15/7/1749.

<sup>16</sup> *Los Bandos...* cit., p. 392. Bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero, 1786 o 1787.

<sup>17</sup> *Los Bandos...* cit., p. 353. Bando del gobernador de la provincia de Tucumán, teniente coronel don Juan de Santiso y Moscoso, Salta, 7/7/1738.

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Los Bandos...* cit., p. 374. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>20</sup> *Los Bandos...* cit., p. 368. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>21</sup> *Los Bandos...* cit., p. 371. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>22</sup> La disposición se reitera en el bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero, 1786 o 1787; en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, 12/1/1788 y en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad del Tucumán, don José Antonio Alvarez de Condarco y don Pedro Antonio Aráoz, 14/1/1792 en *Los Bandos...* cit., ps. 382, 386 y 409, respectivamente.

<sup>23</sup> *Los Bandos...* cit., p. 385. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, 12/1/1788.

<sup>24</sup> *Los Bandos...* cit., p. 371. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>25</sup> *Los Bandos...* cit., p. 400. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 13/1/1790. La medida se reitera en el bando del 20 de marzo de 1792. *Los Bandos...* cit., p. 416.

<sup>26</sup> *Los Bandos...* cit., p. 420. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 12/5/1792.

<sup>27</sup> *Los Bandos...* cit., p. 409. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Tucumán, don José Antonio Alvarez de Condarco y don Pedro Antonio Aráoz, 14/1/1792.

<sup>28</sup> *Los Bandos...* cit., p. 372. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>29</sup> *Los Bandos...* cit., p. 380. Título de nombramiento de alcalde de barrio de la ciudad de Córdoba, expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 12/2/1785.

<sup>30</sup> *Los Bandos...* cit., p. 420. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 12/5/1792.

<sup>31</sup> *Los Bandos...* cit., p. 467. Auto de buen gobierno del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don José González Gómez de Ribera, Córdoba, 14/1/1804.

<sup>32</sup> *Los Bandos...* cit., p. 405. Instrucción del intendente gobernador y capitán general de la provincia del Tucumán, don Ramón García de León y Pizarro para los jueces de los partidos del campo de la jurisdicción de la ciudad de San Miguel de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 27/6/1791.

<sup>33</sup> *Los Bandos...* cit., p. 380. Título de nombramiento de alcalde de barrio de la ciudad de Córdoba, expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 12/2/1785.

<sup>34</sup> *Los Bandos...* cit., ps. 375-376. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Los Bandos...* cit., p. 350. Bando del gobernador de la provincia del Tucumán, don Esteban de Urizar y Arespachaga, Salta, 7/7/1723. Los textos de la Recopilación eran citados erróneamente, por cuanto el material legislativo atinente al tema estaba contenido en el Título II del Libro VII y no en el Primero.

<sup>37</sup> *Los Bandos...* cit., p. 361. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba, 28/5/1764.

<sup>38</sup> *Los Bandos...* cit., p. 364. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, don Antonio de Arriaga, Salta 24/7/1776.

<sup>39</sup> *Los Bandos...* cit., p. 375. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>40</sup> *Los Bandos...* cit., p. 382. Bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero, 1786 o 1787. La medida fue reiterada en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña del 9/1/1790. *Los Bandos...* cit., p. 392.

<sup>41</sup> *Los Bandos...* cit., p. 416. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, 20/3/1792.

<sup>42</sup> *Los Bandos...* cit., p. 393. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña, 9/1/1790.

<sup>43</sup> *Los Bandos...* cit., p. 365. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, don Antonio de Arriaga, Salta, 24/7/1776. La medida se reiteró en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Tucumán, don José Antonio Alvarez de Condarco y don Pedro Antonio Aráoz del 14/1/1792; *Los Bandos...* cit., p. 409 y en el bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba

<sup>44</sup> *Los Bandos...* cit., p. 371. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>45</sup> *Los Bandos...* cit., p. 357. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Victorino Martínez de Tineo, Córdoba, 15/7/1749.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Los Bandos...* cit., p. 368. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>48</sup> *Los Bandos...* cit., p. 370. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>49</sup> *Los Bandos...* cit., p. 367. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>50</sup> *Los Bandos...* cit., ps. 393, 395 y 404, respectivamente. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña del 9/1/1790 e Instrucción del intendente gobernador y capitán general de la provincia del Tucumán, don Ramón García de León y Pizarro para los jueces de los partidos del campo de la jurisdicción de la ciudad de San Miguel de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 27/6/1791.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Los Bandos...* cit., p. 354. Bando del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan de Santiso y Moscoso, 7/7/1738.

<sup>53</sup> *Los Bandos...* cit., p. 453. Auto de buen gobierno del cabildo de la ciudad de Santiago del Estero, 15/1/1802. La disposición se reitera en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña del 9/1/1790. *Los Bandos...* cit., p. 391.

<sup>54</sup> *Los Bandos...* cit., p. 371. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781. Del mismo tenor es lo mandado en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, 12/1/1788; los bandos citados, p. 383 y en el auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Tucumán, don José Antonio Alvarez de Condarco y don Pedro Antonio Aráoz del 14 de enero 1792; *Los Bandos...* cit., p. 409.

<sup>55</sup> Bando del gobernador Sobremonte del 13 de enero de 1790 y del 20 de marzo de 1792; *Los Bandos...* cit., ps. 398 y 413, respectivamente.

<sup>56</sup> *Los Bandos...* cit., p. 352. Bando del gobernador de la provincial del Tucumán, teniente coronel don Juan de Santiso y Moscoso, Salta, 7/7/1738.

<sup>57</sup> *Los Bandos...* cit., p. 361. Auto del gobernador de la provincial de Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba, 18/5/1764.

<sup>58</sup> *Los Bandos...* cit., p. 367. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>59</sup> *Los Bandos...* cit., p. 368. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de Tucumán, Miguel Laguna y Vicente de Escobar, 19/1/1781.

<sup>60</sup> *Los Bandos...* cit., p. 383. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, 12/1/1788.

<sup>61</sup> *Los Bandos...* cit., ps. 407 y 414, respectivamente.

<sup>62</sup> *Los Bandos...* cit., p. 379. Título de nombramiento de alcalde de barrio de la ciudad de Córdoba expedido por el gobernador intendente de la provincial de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, 12/2/1785.

<sup>63</sup> *Los Bandos...* cit., p. 354. Bando del gobernador de la provincia de Tucumán, teniente coronel don Juan de Santiso y Moscoso, Salta, 7/7/1738.

<sup>64</sup> *Los Bandos...* cit., p. 391. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña, 9/1/1790.

<sup>65</sup> *Los Bandos...* cit., p. 360. Auto del gobernador de la provincial de Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Hernández Campero, Córdoba, 28/5/1764.

<sup>66</sup> *Los Bandos...* cit., ps. 395-396. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña, 9/1/1790. La fiesta de San Benito, especialmente honrado por la población morena motivó la prohibición expresa de las danzas de

ésta bajo la pena de veinticinco azotes como también la elección del rey y de la reina reduciendo los fastos “*al acto devoto de la iglesia sin usar de manera alguna de ceremonia o insignia que desdiga el respeto debido al templo y al solemne acto de la procesión*”. *Los Bandos...* cit., p. 413. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, 20/3/1792.

<sup>67</sup> *Los Bandos...* cit., ps. 433-434. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 6/5/1793. De idéntico tenor es lo dispuesto por el gobernador Sobremonte en el bando del 20/3/1792. *Los Bandos...* cit., p. 418.

<sup>68</sup> *Los Bandos...* cit., p. 357. Auto del gobernador de la provincia de Tucumán, teniente coronel don Juan Victorino Martínez de Tineo, Córdoba, 15 de julio de 1749.

<sup>69</sup> *Los Bandos...* cit., p. 361. Auto del gobernador de la provincia de Tucumán, teniente coronel don Juan Manuel Fernández Campero, Córdoba, 28/5/1764.

<sup>70</sup> *Los Bandos...* cit., p. 364. Auto del gobernador de la provincia de Tucumán, don Antonio de Arriaga, Salta, 24/7/1776.

<sup>71</sup> *Idem.*

<sup>72</sup> *Los Bandos...* cit., p. 367. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781. La medida se reitera en el bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero. *Los Bandos...* cit., p. 381 y en auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña del 9/1/1790. *Los Bandos...* cit., p. 391.

<sup>73</sup> *Los Bandos...* cit., p. 405. Instrucción del intendente gobernador y capitán general de la provincia del Tucumán, don Ramón García de León y Pizarro para los jueces de los partidos del campo de la jurisdicción de la ciudad de San Miguel de Tucumán, San Miguel de Tucumán, 27/6/1791.

<sup>74</sup> *Los Bandos...* cit., p. 427. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 6/5/1793.

<sup>75</sup> *Los Bandos...* cit., p. 376. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>76</sup> *Los Bandos...* cit., p. 385. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de la ciudad de San Miguel de Tucumán, Domingo Cobo y Juan Francisco de Prado y Revuelta, 12/1/1788.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> *Los Bandos...* cit., p. 351. Bando del gobernador de la provincia del Tucumán, don Esteban de Urizar y Arespacochaga, Salta, 7/7/1723.

<sup>80</sup> *Los Bandos...* cit., p. 354. Bando del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan de Santiso y Moscoso, Salta, 7/7/1738.

<sup>81</sup> *Los Bandos...* cit., p. 357. Auto del gobernador de la provincia del Tucumán, teniente coronel don Juan Victorino Martínez de Tineo, Córdoba, 15/7/1749.

<sup>82</sup> *Los Bandos...* cit., p. 379. Título de nombramiento de alcalde de barrio de la ciudad de Córdoba expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 12/2/1785.

<sup>83</sup> *Los Bandos...* cit., p. 412. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 20/3/1792.

<sup>84</sup> *Los Bandos...* cit., p. 375. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>85</sup> *Los Bandos...* cit., p. 398. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 13/1/1790.

<sup>86</sup> *Los Bandos...* cit., p. 457. Auto de buen gobierno del cabildo de la ciudad de Santiago del Estero, 15/1/1802.

<sup>87</sup> *Los Bandos...* cit., p. 390. Bando del cabildo de la ciudad de Santiago del Estero, 13/3/1789.

<sup>88</sup> *Los Bandos...* cit., p. 367. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10 de enero de 1781.

<sup>89</sup> *Los Bandos...* cit., p. 382. Bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero, 1786 o 1787.

<sup>90</sup> *Los Bandos...* cit., p. 392. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña, 9/1/1790.

<sup>91</sup> *Los Bandos...* cit., p. 375. Título comisional expedido por el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 1/2/1785.

<sup>92</sup> *Los Bandos...* cit., p. 427. Bando del gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán, don Rafael de Sobremonte, Córdoba, 6/5/1793. La medida regulaba en el ámbito local el tema de los *maridos andariegos* normado en el Libro VII, Título III de la Recopilación de Leyes de Indias “*De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mugeres y esposas*”.

<sup>93</sup> *Los Bandos...* cit., p. 368. Auto de buen gobierno del teniente gobernador, doctor don Tadeo Fernández Dávila y de los alcaldes ordinarios de primero y segundo voto de la ciudad de San Salvador de Jujuy, general don Joseph de la Cuadra y don Tomás de Inda, 10/1/1781.

<sup>94</sup> *Los Bandos...* cit., p. 381. Bando de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Jujuy, don Bernardo de Espinosa y don Martín de Otero, 1786 o 1787.

<sup>95</sup> *Los Bandos...* cit., p. 393. Auto de buen gobierno de los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto de la ciudad de Santiago del Estero, don Juan Joseph de Esquicia y don Nicolás de Villacorta y Ocaña, 9/1/1790

<sup>96</sup> *Los Bandos...* cit., p. 457. Auto de buen gobierno del Cabildo de la ciudad de Santiago del Estero, 15/1/1802.

<sup>97</sup> Conforme TORRE REVELLO, José, *El Marques de Sobremonte. Gobernador Intendente de Córdoba y Virrey del Río de la Plata. Ensayo histórico*, Facultad de Filosofía y Letras, Buenos Aires, publicaciones del Instituto de Investigaciones Históricas, Peuser, 1946, Documento CVIII.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 100

<sup>99</sup> *Relación circunstanciada que en virtud de orden del Excelentísimo Virrey del 13 de octubre de 1787 forma el gobernador intendente de la provincia de Córdoba del Tucumán... 1788* en La Revista de Buenos Aires, Historia Americana, Literatura y Derecho, Buenos Aires, 1865, Imprenta de Mayo, t. VI, p. 580 y ss..

<sup>100</sup> En TORRE REVELLO, José, *El Marqués de...* cit., Documento CVIII.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>103</sup> IEA, Documento 6045.

<sup>104</sup> Archivo General de la Nación (en adelante, A.G.N.) Sala IX, Colonia, Sección Gobierno, 1790, Tribunales, Legajo 210, Expediente 5.

<sup>105</sup> TORRE REVELLO, *El Marqués de...* cit., Documento CVIII.

<sup>106</sup> La información, sobre todas las causas criminales correspondientes al siglo XVIII que se citan a continuación han sido extraídas del Archivo Histórico de la Provincia de Córdoba, Sección Crimen.

<sup>107</sup> Conforme, asimismo, PEÑA, Roberto Ignacio, *El derecho penal castellano indiano*, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1981.

<sup>108</sup> Refiere LEVAGGI cómo en el derecho indiano se mantuvieron perfectamente diferenciados ambos institutos, con los criterios sustentados en las *Siete Partidas* que definían la cárcel, en la ley 4 del Título XXXI de la Partida VII no, “*como el lugar dado para escarmentar los yerros*”, sino “*para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados*” en tanto, el presidio constituía una pena que se originaba en una sentencia. Conforme LEVAGGI, Abelardo, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense”, en Revista de Historia del Derecho, t. IV, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, ps. 93-94.

<sup>109</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, ob. cit., p. 207.

<sup>110</sup> Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires, 1759, Serie III, t. II, p. 336.

<sup>111</sup> Campomanes se inclinaba por organizar el trabajo de los penados en la misma prisión, en tanto Lardizábal aconsejaba entregarlos a particulares, quienes vigilándolos aprovechaban su mano de obra. Conforme MARILUZ URQUIJO, José María, “Cárceles en establecimientos privados del Alto Perú”, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 13, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1962, p. 88.

<sup>112</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *ibidem*, p. 89.

<sup>113</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *ibidem*, p. 89.

<sup>114</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Las penas...* cit., t. IV, p. 72.

<sup>115</sup> GUTIÉRREZ, José Marcos, op. cit., p. 120. Afirma el autor: “*La pena de azotes usada en Roma mucho tiempo para toda clase de ciudadanos y circumscripita después por la ley Porcia a los esclavos y enemigos de la patria ... no se tuvo por infame entre los hebreos pues la imponían aun a sus pontífices y reyes, quienes después de haberla sufrido volvían a subir al altar y al trono de donde habían descendido para cumplir con las leyes sin que por esto fuesen menos obedecidos y respetados que antes, Tampoco fue infamatoria entre lios griegos por lo que no impedía a un delincente desempeñar las mismas funciones que había desempeñado hasta entonces. Estos usos que solo pueden encontrarse entre gentes sencillas o groseras son inadmisibles en las naciones civilizadas y corrompidas. De ahí que en Europa y en nuestra España es infamatorio el castigo de azotes del qual debe darse el uso que conviene hacer a todas las penas que causan infamia*”.

<sup>116</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, ob. cit., p. 192. Argumentaba asimismo el autor, la imperiosa necesidad de la prudencia y discernimiento en la imposición de la pena, que lejos de ser útil podría ser perniciosa y perder a los que son castigados en lugar de corregirlos, razones por las que concluía debía imponerse por delitos que en sí son viles y denigrativos, pues, de lo contrario, la pena misma causará un daño mayor acaso que el que causó el delito, que es hacer perder la vergüenza al que la sufre y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor, en vez de enmendarse. *Idem*, p. 195.

<sup>117</sup> *Las siete partidas* de ALFONSO EL SABIO, cit. La Ley XVIII del Título XIV de la Partida VII indicaba: “*... otrosi deben los juzgadores, quando les fuera demandado en juicio, escarmentar los furtadores publicamente con feridas de azotes o de otra guisa de manera que sufran pena e vergüenza. Mas por razon de furto no deben matar nin cortar miembro ninguno*”.

<sup>118</sup> Reglamento para la administración de la Justicia de la Campaña, Córdoba, 19/4/1820 en A.H.P.C.

Gobierno Caja 81 Carpeta 5 Folios 256-257. Los delitos penados con la pena de azotes apuntaban a las típicas figuras que rodeaban la existencia de la vagancia y el *malentrenimiento*, las causas desoladoras de la felicidad del país: robo, quebrantamiento de condena, etc.. Por su parte, el bando del 1 de junio de 1832 penaba con doscientos azotes o doscientos pesos de multa a quien se encontrara *in fraganti* robando desde cuatro reales para arriba.

<sup>119</sup> Bando dado por Pedro Bargas, comandante de Escuadrón y alcalde ordinario de la Villa de la Concepción fechado en la Villa de la Concepción, el 1/6/1832. A.H.P.C. Gobierno, t. 152, Letra D, Folios 116-117.

<sup>120</sup> Los documentos aquí citados han sido extraídos de AHPC Criminales Legajos 1801: 90-14; 1807:109-14; 1819: 134-14; 1847: 215-2.

<sup>121</sup> A conclusiones parecidas arriba BARRENECHE, Osvaldo, en *Dentro de la ley todo. La justicia criminal de Buenos Aires en la etapa formativa del sistema penal moderno de la Argentina*, Ediciones Al Margen, La Plata, 2001, p. 44 y ss..

Mario Carlos VIVAS \*

*“Escritura, de que nace averiguamiento de prueba, es toda carta que sea fecha por mano de Escribano público de Concejo, o sellada con sello de Rey, o de otra persona auténtica, que sea de creer nace della muy grand pro. Ca es testimonio de las cosas passadas, e averiguamiento del pleyto sobre que es fecha”.*  
(Partidas, III, 18, 1)

**Sumario:** 1. El documento en la Edad Media. 1.1. Documento e instrumento. 1.2. Evolución documental en España. 2. El derecho común. 2.1. Derechos común y propio. 2.2. La ciencia del derecho. 3. Los notarios y el derecho común. 3.1. Legislaciones romana clásica y germánica. 3.2. La escuela notarial de Bolonia. 3.3. Influencia del derecho común en la legislación castellana. 4. Las glosas de López a las Partidas. 5. El derecho común en América. 6. Las Partidas y el Código Civil. 7. Las formas en los actos jurídicos. 8. Los instrumentos públicos. 9. Las escrituras públicas. 10. Los instrumentos privados. 11. Pervivencia del derecho común.

## 1. El documento en la Edad Media

### 1.1. Documento e instrumento

El vocablo documento deriva de *documentum* que se puede traducir: ejemplo, modelo, enseñanza, demostración. En cuanto a su significación actual: escrito, prueba, noticia, información se afirma a partir de la segunda mitad del siglo XVII<sup>1</sup>.

El documento en un sentido amplio es todo acto producido por el hombre que sirve como atestación o aseveración justificativa y comprobante de la certeza o verdad de un hecho. Por consiguiente, en este aspecto, no siempre adopta la forma escrita; como lo admiten el derecho procesal, la jurisprudencia y la doctrina (p.ej., cintas magnetofónicas, cuadros, dibujos, discos con grabaciones de conversaciones y sonidos de cualquier clase, fotografías, películas, planos, radiografías).

Los romanos consideraban que el *documentum* significaba documento, prueba; a su vez, el *instrumentum* era la escritura o documento jurídico que acreditaba o garantizaba derechos, sin los cuales los hechos carecían de validez legal. En el Libro II de las *Pauli Sententiae*, el instrumento era todo aquello que servía para probar una causa y, por ello, “así los testimonios, como las personas, son considerados en calidad de instrumento” (Digesto, 22, 5).

En la Edad Media se procuró establecer una distinción entre *documentum* e *instrumentum*. El primer término designaba al testimonio que reproducía un hecho determinado y daba fe sobre su realidad. Era un concepto de carácter histórico. La segunda dicción se refería al escrito con validez jurídica destinado a acreditar un hecho o garantizar un derecho. Esta última acepción tenía por su origen, un sentido estrictamente jurídico y, en especial, notarial.

El documento, desde el punto de vista de la historia, es cualquier testimonio escrito que informa sobre un acontecimiento sin ser necesaria la adopción de formas legales; es decir, que es una clase de fuente narrativa (como ser: anales, biografías, crónicas, epígrafes, memorias). A su vez, en diplomática, el llamado documento contiene hechos de naturaleza estrictamente jurídica con datos fidedignos o susceptibles de ser empleados para probar algo. El derecho utiliza la voz instrumento como sinónimo de documento, mediante el cual se justifica o prueba algo y consiste en escritos de carácter público o bien de naturaleza privada; o sea, que es el escrito mediante el cual se crea, modifica o extingue una situación jurídica.

No corresponde identificar los conceptos documento e instrumento; ya que, como se dijo, no todos los documentos consisten en escritos. Esa sinonimia es consecuencia de lo dispuesto en el Código Civil de Francia (1804), el cual se refería solamente a los instrumentos públicos y

privados. Esa modalidad fue seguida por otras codificaciones influidas por aquel, como ocurrió con el Código de Vélez Sársfield.

### 1.2. Evolución documental en España

En Roma se utilizaban los documentos públicos (*monumenta publica*) que contenían plena validez y fe pública. También se usaban documentos privados carentes de la antedicha fe y para darles valor jurídico se suscribían por tres testigos dignos de fe y convocados especialmente a esos efectos o se inscribían en ciertos libros, con lo cual se evitaba el problema del fallecimiento de los testigos en caso de necesitarse reconocer la veracidad del documento. Lo antedicho fue aceptado por los visigodos, se mantuvo el valor jurídico del documento y el uso de la escritura estuvo muy divulgado entre los hispanovisigodos <sup>2</sup>.

La actividad documental desde el siglo VIII tiene su fundamento en la concepción románica del derecho romano vulgar y tomó el tecnicismo visigodo, el cual, en forma paulatina se va disolviendo. Esa romanización va a adquirir gran influencia durante los siglos X a XII, el predominio sobre las fórmulas de redacción de los documentos ya va a ser muy grande en el siglo XIII y se impone de manera absoluta en el siglo XIV con un notable cambio de las estructuras documentales. El Espéculo (IV, 12) y Las Partidas (III, 18) constituyeron verdaderos *Ars dictandi* con notable influencia del derecho común.

## 2. El derecho común

### 2.1. Derechos común y propio

El derecho común tuvo distintas acepciones y alcances con respecto a su contenido. Los bartolistas incluían con esa denominación a los derechos romano y de gentes. A su vez, para los juristas nacionales existieron dos categorías en el campo del derecho: 1) el romano o de los jurisconsultos y los emperadores; 2) el nacional o de los respectivos reinos, considerado como derecho propio <sup>3</sup>. Si bien se aceptaron los derechos germánico y feudal como conjuntos de principios y normas nuevas integrantes del derecho común, por otra parte surgió una separación entre los derechos civil y canónico que se concretaría en la doctrina del *utrumque ius* fundada en la idea de los dos poderes, el espiritual y el temporal <sup>4</sup>. Apareció una antítesis entre los conceptos de *ius commune* (se presentaba como unidad) y el *ius proprium* (aparecía como un derecho particular), de la combinación de ambos surgió el *derecho territorial* como una totalidad <sup>5</sup>.

En España, el derecho común tuvo dos significaciones. Una empleada para designar los derechos romano y canónico realmente comunes por su idéntica vocación universal y con validez subsidiaria ante el silencio de la ley local. La otra nombraba a la propia legislación real por ser ella común a todo el reino <sup>6</sup>.

### 2.2. La ciencia del derecho

En la Edad Media, al nacimiento hacia el 1100 de la ciencia del *Corpus iuris* (la ciencia del derecho por antonomasia), contribuyeron diversos factores de alcance general, como ser: el nacimiento de Europa como consecuencia del derrumbe del Imperio romano occidental ocurrido en el siglo V; el importante papel desempeñado por la religión cristiana a través de la Iglesia y

el surgimiento de nuevas organizaciones sociales forjadoras de las culturas medievales. Todo ello trajo, como consecuencia, la predisposición a aceptar los textos jurídicos justineanos y su gran transformación mediante un nuevo modo de pensar <sup>7</sup>.

El complejo integrado por diversos elementos legales: romano, canónico, estatutario o local de las ciudades, feudal y leyes imperiales van a constituir el derecho común, el cual tuvo en cuenta de manera especial, las situaciones y los problemas de la época. Es decir, fue un ordenamiento cuyas normas daban respuestas actualizadas a las circunstancias que se presentaban en las relaciones entre los particulares y las de éstos con el poder público dentro de la sociedad medieval. No fue la simple aplicación de antiguas normas jurídicas estáticas, sino que éstas se encontraban modificadas y adecuadas a ese tiempo. Es que el derecho, especialmente en su aspecto legislativo, debe responder a las necesidades y orientaciones de cada época, con base en lo religioso, político, institucional, social y económico sin descuidar sus ideas directrices que suelen permanecer largamente a través del tiempo. Aunque varias centurias después se afianzó el criterio de excluir al primero de aquellos factores.

En la Baja Edad Media, la idea fundamental fue el predominio del derecho. Durante el siglo XII la reorganización social se fundó en nuevas exigencias jurídicas y en la autenticidad documental. Se difunde de un modo paulatino en Europa, el notariado público al sur y de jurisdicción voluntaria al norte a partir de los últimos decenios del siglo XII y durante la centuria siguiente. El criterio predominante fue que el autor de un acto jurídico expresaba una declaración en la que reconocía haber realizado una acción anterior y que, en forma anticipada, se obligaba a cumplirla <sup>8</sup>.

En España, una de las vías de penetración del derecho común fue a través de la práctica notarial, ya que se registraron en diplomas -tanto públicos como privados- elementos romanísticos desde la séptima década del siglo XII <sup>9</sup>. Con relación al aspecto legislativo, desde los comienzos del siglo XIII es receptado el derecho común en los ordenamientos legales nacionales <sup>10</sup>. Debe tenerse presente que ese derecho receptado, al principio, no desplazó a los derechos propios, pues aquel sirvió como elemento jurídico supletorio. Posteriormente se fue imponiendo sobre los referidos derechos propios cuando se siguió la política de unificación jurídica a través de ordenamientos legales de pleno alcance territorial y no simplemente local. Ya fuese por admitirlo de manera expresa la legislación o por costumbre contra la ley, ese derecho científico medieval fue aplicado en Castilla como derecho vigente, mientras que en Aragón, las Baleares, Cataluña y Navarra se lo estimaba derecho supletorio.

### **3. Los notarios y el derecho común**

#### *3.1. Legislaciones romana clásica y germánica*

En la Italia nórdica se establecieron a partir del 568 los longobardos, pueblo de origen germánico, quienes ocuparon la región, después llamada Lombardía. En los aspectos jurídico y social se originó un enlace entre las normas legales romano clásicas y las germánicas. Circunstancia ésta que permitió la formación de un derecho de gran importancia en el campo del notariado de origen latino. Al ser incorporada la Lombardía al reino de los francos, ello influyó en el orden jurídico lombardo.

Así se puso en marcha una forma de derecho que, en lo notarial, se extendería desde la Italia septentrional hasta la Toscana. De allí surgirá algunos siglos posteriores una configuración notariata que alcanzaría gran importancia en la escuela notarial de Bolonia <sup>11</sup>. Las normas notariales originadas en la práctica lombarda, toscana y romana se consolidaron en el siglo XII y se generalizaron por todo el ámbito geográfico de las lenguas románicas a partir del siglo siguiente.

### 3.2. La escuela notarial de Bolonia

La Universidad de Bolonia le dio una gran importancia a los estudios dentro de los ámbitos de los derechos civil y canónico. El conocimiento y la influencia del derecho romano justineano se expandió con los estudios sobre la base del método exegético de los glosadores.

Por consiguiente, también se interesó en la formación del notariado, eso sí, no con la misma trascendencia que para los antes citados derechos<sup>12</sup>. De acuerdo con lo antedicho, era lógico que en esa ciudad se fundase en 1228 una escuela notarial, tal vez, la primera de esa categoría. Ese instituto impuso su técnica y sus textos en España, Francia, Italia, Países Bajos y Portugal<sup>13</sup>.

La doctrina notarial de los glosadores, se fue forjando a partir de las opiniones de Irnerio (c. 1010 - entre 1125 y 1130), Martín Gosia († c. 1166), Búlgaro (c.1148 - 1166), Jacobo († 1178), Hugo de Porta Ravennate († 1171), Rogerio (1140 - 1192) y Alberico de Porta Ravennate (1161 - 1194) y quedó rehecha en la Glosa Magna accursiana (c.1250). Dicha doctrina, en buena parte, fue expresión de los hechos de la práctica documental y apareció como una construcción sobre textos justineanos, cuya terminología recogió y no tuvo precedentes en la literatura jurídica prebolognesa<sup>14</sup>. Los glosadores y los posglosadores elaboraron una doctrina especial para el formulismo notarial y a partir del siglo XIII se pudo apreciar un orden metódico en la redacción documental.

Fueron destacados notarios glosadores Raniero de Perusa (1185 - c. 1245), fundador de la escuela notarial de Bolonia en 1228, quien estructuró en el documento notarial el tenor del negocio (*ordo scripturae*) o convención de los contratantes; Salatiel de Bolonia (1210 - c. 1280) y Rolandino Passaggeri (entre 1207 y 1217 - 1301), quien llevó a cabo el ordenamiento y sistematización de la ciencia notarial y su fama se extendió fuera de Italia; Pedro de Unzola (c.1247 - 1312) y Pedro Boaterio (c.1265 - 1334), discípulos de Rolandino, quienes completaron y comentaron la obra del maestro.

En forma correlativa, los canonistas elaboraron su propia doctrina notarial, asimilaron muchos conceptos de los civilistas; por ejemplo, Rolando Bandinelli (Papa Alejandro III de 1159 a 1181) en la decretal *Scripta authentica* (1167 o 1169).

Tanto los glosadores como los comentaristas prepararon una doctrina especial con respecto al formalismo para la redacción de los documentos: Irnerio elaboró el *Formularium contractum tabellionorum*, y Raniero fijó el *ordo scripturae* y desde ese entonces, los instrumentos se redactaron siguiendo ese orden establecido. A esos efectos, este notario escribió las siguientes obras: *Liber formularum et instrumentorum* o *Liber formularium contractum de instrumentorum* entre 1214 y 1216 y *Summa artis notariae* o *Ars notariae* en 1240. Este último libro era una interpretación de las leyes romanas, longobardas y alguna legislación propia de las comunas que iban alcanzando importante desarrollo.

Salatiel escribió la obra intitulada *Ars notariae* la que constaba de cuatro libros, el último se refería a los formularios para redactar de manera jurídica los instrumentos. Rolandino escribió *Summa artis notariae*, *Flos testamentorum*, *Tractatus notularum*, *De officio tabellionatus in villis vel castris*, su obra más importante fue Aurora (c. 1280) y resultó ser la figura más descollante de la mencionada escuela. El antedicho libro a efectos de no quedar inconcluso fue completado por Unzola, a esa parte se la denominó Aurora Novísima y ambas como Meridiana.

El *ars notariae* comprendía el *ars dictandi* y además contenía matices jurídicos específicos: derecho civil, ordenamiento judicial, procedimiento civil y derecho canónico; también las glosas y explicaciones sobre los formularios para redactar los instrumentos legales y llegó a ser un factor de unificación jurídica<sup>15</sup>. Por su parte, el *ars dictandi* trataba de la técnica de la redacción (*dictare*) conforme con las reglas gramaticales, lógicas y estilísticas de composición textual (*dictamen*), a fin de redactar los documentos públicos (*privilegia*) y privados (*instrumenta*)<sup>16</sup>.

Esta escuela señaló una etapa importante en la historia del documento notarial, ya que se puede hablar de un primer período hasta Justiniano (565), el segundo de Justiniano a la escuela de Bolonia (1228), el tercero desde ésta hasta la época contemporánea, la cual surge con la sanción de la ley francesa del 25 de ventoso del año XI (16 de marzo de 1803).

### 3.3. Influencia del derecho común en la legislación castellana

La recepción del derecho común en Castilla se verificó a través de la enseñanza universitaria y del estamento letrado. Asimismo se fue introduciendo en algunos derechos propios o fueros locales. En consecuencia, se produjo el recibimiento de aquel derecho en la práctica judicial y notarial con lo cual va a influir de manera intensa en la mayor parte de los estratos sociales.

El afán de unificación legislativa procuró concretarlo Alfonso X en Castilla, a lo largo de su reinado (1252 - 1284), fueron prueba de ello las diversas obras elaboradas en esa época: Fuero Real, Espéculo y Setenario, además de las Partidas.

El Fuero Real tuvo en sus fuentes una gran presencia del derecho común, en especial, sus elementos románico y canónico, que era un derecho nuevo y, en la mayoría de los casos, contrario a los derechos consuetudinarios o locales existentes con anterioridad y una restricción del derecho tradicional vigente<sup>17</sup>. En cuanto a lo legislado sobre los escribanos públicos, las costas y los traslados, su doctrina entronca con la decretalística e incluye los principios sostenidos por los glosadores y en forma implícita, los usos de la práctica castellana<sup>18</sup>. Las leyes del Estilo o Declaraciones de las leyes del Fuero Real fueron grandemente influidas por las Decretales y la nueva ciencia del derecho, trataron del valor del documento notarial (leyes 187 y 189).

El Espéculo revelaba en su doctrina notarial las influencias de la decretalística, la literatura de los *ordines iudiciorum* y la asimilación de la práctica escribanil castellana<sup>19</sup>. En el Libro IV, Título 12, sus 61 leyes estaban vinculadas a los escribanos y el documento notarial; muchas de ellas fueron trasladadas de manera literal a la 3ª Partida, ya que aquel cuerpo legal fue una especie de borrador o esbozo del Libro de las Leyes.

En las Partidas o Libro de las Leyes, la inclusión, en gran medida, de normas de derecho común fue posiblemente consecuencia de las aspiraciones del ya mencionado monarca a gobernar el Sacro Imperio Germánico. Por ello, tenía un especial interés en la formulación de un proyecto legislativo de naturaleza universal; eso sí, sin perjuicio del citado afán unificador de la diversidad jurídica existente en la Castilla medieval.

Por lo tanto, en ese ordenamiento legal se recibió en forma plena, el sistema jurídico de los glosadores y canonistas con preferencia a los preceptos legales y con olvido casi absoluto del viejo derecho castellano<sup>20</sup>.

La obra alfonsina formalmente fue un cuerpo de derecho nacional y, en la terminología de los juristas medievales, se trataba de un derecho propio aunque recogía derecho común<sup>21</sup>. El *utrumque ius* tenía y conservó la función de derecho común como consecuencia de su arraigado valor sagrado y autorizado; por su parte, las Partidas propuestas como derecho de validez general para el reino de Castilla eran y quedaron como *ius proprium* con relación a los antedichos derechos romano y canónico<sup>22</sup>.

Lo que interesa es dejar constancia de que el Libro de las Leyes tuvo una gran importancia no solamente para la formación de un derecho común particular, sino también para la recepción masiva del derecho común. No siguió en forma absoluta, al *Corpus iuris* y la Glosa porque incorporó también elementos jurídicos persistentes en la época y procedentes de diversas fuentes, en ocasiones se incluyeron soluciones técnicas propias; aunque la tónica usual fue romanista y, en general, se puede decir que fue una versión peculiar del derecho común “a la española”<sup>23</sup>.

No se podía incorporar textualmente el derecho recopilado por el emperador Justiniano (482 - 565) a la Castilla del siglo XIII por haber quedado estático en relación con las circunstancias locales de ese período. Aparte de ello, se estaba formando un nuevo derecho mediante la labor de los glosadores civilistas y canonistas. Este último fue incorporado por los juristas coautores de las Partidas, al estar imbuidos de esas nuevas normas, o sea, el derecho común. Asimismo, para un mejor ordenamiento legal, debía tenerse en cuenta las normas forales

y del derecho local castellano; aunque, como es sabido, estas fuentes jurídicas estuvieron representadas en mucho menor grado.

El Rey Sabio al referirse a las fuentes de ese ordenamiento legal expresaba: “*Et tomamos de los buenos fueros et de las buenas costumbres de Castiella et de Leon, et del derecho que fallamos que es mas comunal et mas provechoso por las gentes en todo el mundo*”<sup>24</sup>.

En su contenido tiene un gran predominio el derecho común bajomedieval debido a que sus fuentes jurídicas fueron entre otras, el *Corpus Iuris Civilis*, las Decretales, los *libri feudorum* y las obras de varios juristas como las de Azo de Bolonia (c. 1160 - 1230), Accursio (entre 1182 y 1184 - entre 1258 y 1260 o 1263), Tancredo (c. 1185 - c. 1236), San Raimundo de Peñafort (entre 1180 y 1185 - 1275), Enrique de Susa, el Ostiense (c. 1210 - 1271), Monaldo, Rogerio (c. 1140 - 1192), Placentino (entre 1135 y 1140 - 1192), Alberto di Odofredo († 1265)<sup>25</sup>, Guillermo Durando o Durante (1237 - 1296), Jacobo de las Leyes († 1294)<sup>26</sup>, Rofredo de Benevento o Beneventano († c. 1243)<sup>27</sup> y Fernando Martínez de Zamora († 1275)<sup>28</sup>.

A las Partidas, por su origen, se las consideraban de derecho real y con relación a su contenido se aseveraba que recogían el derecho común, sin modificarlo en su esencia. Tanto fue así, que Gregorio López (1496 - 1560) en la glosa 3 de la Partida VI, Título 13, Ley 9 y Francisco Carrasco del Saz († 1625) en *Interpretati ad aliquas Leges Recopilationis Regni Castellae*, sostenían que la obra alfonsina no corregía al derecho común sino cuando en forma expresa así lo declaraba y Juan de Matienzo (1520 - 1579) en *Commentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae* decía que las leyes de las Partidas no solían corregir al derecho común<sup>29</sup>.

El sistema documental en las Partidas tuvo como fuentes el *Ars notariae* de Salatiel (segunda redacción), el *Speculum iudiciale* de Durando de 1272 y las obras de Rolandino. Este último glosador tuvo una destacada influencia en la citada obra del Rey Sabio, ya que, en ellas, los formularios para extender las escrituras, muchas veces eran casi idénticos o simples traducciones de los confeccionados por Rolandino<sup>30</sup>.

#### 4. Las glosas de López a las Partidas

El comentario a las leyes de las Partidas llevado a cabo por Gregorio López, a través de sus conocidas glosas en 1555, reviste especial importancia para la comprensión e interpretación de las normas alfonsinas. Su labor fue estimada por los juristas coevos a él como *magna glossa*<sup>31</sup>, ella gozó de tanta autoridad como el código alfonsino mientras éste estuvo vigente, fue de una gran precisión técnica y demostró que su autor poseía una extraordinaria erudición con respecto a los derechos romano y canónico, los glosadores, los comentaristas y de varios juristas contemporáneos<sup>32</sup>. El prestigio y crédito de las glosas fueron iguales al de las Partidas al considerarse a aquellas un complemento interpretativo de dicho cuerpo legal<sup>33</sup>. Eran un erudito comentario con referencia al *Corpus Iuris Civilis* y la Glosa Magna aplicado a las Partidas y fue el medio de más amplia difusión razonada de la mencionada obra de Accursio, cuyas doctrinas tienen actualmente vigencia, a través de principios formulados en el Código Civil argentino<sup>34</sup>.

#### 5. El derecho común en América

La incorporación de las Indias a la corona de Castilla trajo como consecuencia la recepción del derecho común en esas posesiones ultramarinas. Dicha acogida legal se verificó a través de importantes medios.

1) La autoridad que imponía ese derecho culto, enseñado en las universidades españolas y americanas y divulgado mediante los libros jurídicos que ya le habían permitido tener una gran vigencia y difusión en Europa.

2) Su preponderancia al aplicarse el Fuero Real y las Partidas conforme a las leyes de Toro, en los casos no contemplados o bien revocados o modificados por las normas del derecho indiano, como lo disponía la Recopilación de leyes de Indias ( II, 1, 2).

3) La aplicación práctica de sus normas en la judicatura indiana y el ejercicio de la escribanía. Los abogados americanos recurrían en forma reiterada a la opinión de los doctores ante los tribunales letrados, pues para convencer a los jueces -también ellos influidos por ese derecho- era de más valor la autoridad, entre otros, de Azo, Accursio o Juan Andrés que la potestad de la legislación real vigente <sup>35</sup>. La tradición formularia medieval se mantuvo en América, porque los escribanos conservaron determinados estilos de redacción al seguir utilizando los formularios transmitidos de unos a otros y ellos quedaban asentados en los documentos que elaboraban aquellos.

Al derecho indiano con relación al derecho común, se lo concibe como el ordenamiento jurídico propio de las Indias y se inserta, en la corriente viva de aquel derecho, a través del derecho castellano vigente en América y también, en forma directa, mediante los juristas que elaboraron el derecho específico de India <sup>36</sup>.

## 6. Las Partidas y el Código Civil

Las Partidas según el orden de prelación legal establecido por el Ordenamiento de Alcalá (1348), debían aplicarse en tercer lugar y, previamente, la legislación real y la foral; análoga disposición contenían las leyes de Toro (1505). No obstante ello, al ser la mayoría de las leyes reales de alcance particular o específicamente determinado y los fueros adolecían de análogas limitaciones fue que las Partidas tuvieron mucha mayor aplicación, tanto en Castilla como en América, que las otras dos legislaciones mencionadas.

Dalmacio Vélez Sársfield, en su formación jurídica fue influido por los derechos romano y español, llegó a conocer en forma muy profunda las leyes castellanas e indianas. A las obras de Juan Teófilo Heinecke o Heinecio (1681 - 1741) los *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum* y las *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem institutionum* les incorporó numerosas referencias y concordancias relacionadas con antiguas legislaciones castellanas y, entre ellas, se encontraban las Partidas <sup>37</sup>. El código alfonsino, hasta la época de la codificación civil argentina estuvo en plena vigencia, fue citado por los letrados en sus presentaciones tribunalicias y por los magistrados en sus pronunciamientos judiciales; circunstancias éstas perfectamente conocidas por el codificador.

Juan Bautista Alberdi, en un folleto de noviembre de 1867, le criticó a Vélez Sársfield que en el proyecto del código había dejado de lado la legislación española que regía con anterioridad. A ello le replicó el codificador en El Nacional del 25 de julio de 1868: entre los cuerpos legales vigentes en el país regía “el voluminoso cuerpo de leyes de Partidas” y la mayor cantidad de los artículos contenidos en el proyecto “tienen la nota de una ley de Partida, o del Fuero Real o una ley de las recopiladas” <sup>38</sup>.

El codificador aseveraba que podía tomarse como base, el derecho español desde el siglo XIII, eso sí, con las debidas modificaciones de acuerdo al adelanto científico, las actuales necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las modernas costumbres y los principios económicos. Al convertir en realidades jurídicas lo antedicho, suprimió instituciones caducas, conservó otras y adecuó el derecho civil a las exigencias de la época en la cual se redactó el código.

El Código Civil de la República Argentina con respecto a los instrumentos públicos y privados, que tienen como fuente a las Partidas y por su intermedio al derecho común, los analiza a través de las formas de los actos jurídicos (art. 976); los instrumentos públicos (arts. 979 incs. 1 y 2, 980, 989, 993 y 995); las escrituras públicas (arts. 997, 999, 1001, 1006, 1008, 1009, 1010 y 1011) y los instrumentos privados (arts. 1026, 1031, 1032 y 1033). Se debe advertir que en las notas a los arts. 979, 997, 998 y 1008 no se indican expresamente como fuente de las Partidas.

Vélez Sársfield al presentar al ministro Eduardo Costa el primer libro del proyecto del Código Civil, justificaba la inclusión de notas en los artículos que resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos o cuando fue preciso legislar sobre asuntos jurídicos que debían dejar de ser temas de doctrina y convertirse en leyes<sup>39</sup>. En otra oportunidad aclaró que se debía explicar la jurisprudencia de los grandes juristas alemanes o de los autores de las Pandectas<sup>40</sup>. Desde el punto de vista metodológico, la inclusión de las notas por parte del codificador, fue una demostración de la influencia del derecho común<sup>41</sup>.

## 7. Las formas en los actos jurídicos

Las formas que deben revestir los actos jurídicos en la actualidad, carecen de la solemnidad y minuciosidad del formalismo del derecho romano y que fuera continuado y ampliamente reglamentado por los notarios medievales, quienes tuvieron un contacto directo con las obras de los civilistas y canonistas, asimismo con los textos del *utrumque iuris* y las fuentes legales propias como consecuencia de la armonía entre *ius commune* y el *ius proprium* llevada a cabo por los escribanos<sup>42</sup>.

En el siglo XII, por influjo de los glosadores y, posteriormente, por los comentaristas y la Escuela de Bolonia se produjo una transformación en las fórmulas documentales, ello significó un renacimiento diplomático. Los nuevos formularios buscan el lenguaje adecuado, claro y preciso para representar la voluntad de quien estipulaba y se evitaba la fórmula inútil. Se tuvo en cuenta la sustancia del acto, se procuró evitar dudas y controversias; asimismo mostrar al notario como técnico del derecho en el acuerdo y de la actividad antilitigiosa<sup>43</sup>.

A la época de la redacción del Código Civil no existían cambios trascendentales en la composición diplomática o redacción de los documentos; en razón de que tanto las autoridades nacionales como las provinciales no elaboraron una legislación reformista, quizá por existir circunstancias políticas y jurídicas de mayor preferencia o no ser necesaria o urgente una modificación al respecto; aunque, de hecho se fueron llevando a cabo algunas reformas en la confección documental, eso sí, de carácter secundario a partir del siglo XVII, las cuales, no afectaban en lo principal a la composición diplomática de los documentos.

Vélez Sársfield no podía desechar el formalismo necesario a efectos de la seguridad y validez de los actos jurídicos, facilitar y asegurar la prueba correspondiente, dar firmeza a la conclusión del negocio jurídico y distinguir lo definitivo de las diligencias previas y preparatorias. Todo ello, de acuerdo al derecho de la época del autor.

En el reinado de Alfonso X se dictaron las normas para la redacción de las escrituras en el reino de Castilla, las cuales, con modificaciones no muy importantes prosiguieron en vigencia a través de las centurias posteriores. En la Argentina se conservó lo antedicho hasta la sanción del Código Civil. Por consiguiente, al tratarse las formas de los actos jurídicos no se podía dejar de lado esa realidad jurídica que se venía aplicando y estaba legislada en las Partidas.

Lo formulario tiene su importancia en lo concerniente a la elaboración instrumental, ya que aquello es el procedimiento para darle forma ordenada junto a la seguridad jurídica a los documentos, con la finalidad de otorgarle validez y firmeza a lo estipulado por los intervinientes en un acto concerniente al derecho. Los notarios están vinculados en forma íntima con los formularios. Por ello, como bien decía Salatiel en su *Ars notariae* (versión de 1242): con la notaría paralizan los litigios, desvanécense los pleitos y la frágil memoria de los hombres consérvase incólume<sup>44</sup>. En consecuencia, no se puede prescindir de las fórmulas; pues, la forma es un hecho jurídico con función expresiva, exteriorizadora y, por ello, demostrativa o probatoria.

La omisión de una forma exclusivamente ordenada para extender un instrumento público, no puede ser suplida por ninguna otra prueba y el acto será nulo (art. 976). El antecedente de esta norma es la Part. III, 18, 114. Al ser extensa esta ley 114 es que en la nota se remite “al medio” de ella. Allí se dejó expresado en forma clara y precisa que al tratarse de escrituras sobre

cosas determinadas, ventas o cambio de bienes raíces, si el documento no contenía las formalidades exigidas no valía como prueba plena, aunque creaba presunción. Ello era así, porque dichos acuerdos debían ser redactados por escribanos con la presencia de testigos hábiles e indicación de fecha y lugar de realización, a fin de darle firmeza al instrumento.

## 8. Los instrumentos públicos

Las leyes de la tercera Partida son una de las principales fuentes del articulado correspondiente a los instrumentos públicos y privados incorporados a nuestro código. A propósito, se ha dicho que los redactores de esta Partida: *“Recogiendo con bello método lo mejor y mas estimable de lo que sobre esta materia se contiene en el Digesto, Código y algunas Decretales y entresacando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo derecho, llenaron el inmenso vacío de la legislación municipal y consiguieron servir al rey y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes”*<sup>45</sup>.

El Código Civil no define el instrumento público, sino que efectúa una enumeración no taxativa de sus distintas clases (art. 979). Si bien no se cita ninguna ley alfonsina, se puede considerar como origen parcial de este artículo a la Part. III, 18, 1<sup>46</sup>, aparte de los códigos mencionados en la nota.

En efecto, el codificador al enumerar cuáles son los instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos, consigna a las escrituras públicas labradas por los escribanos en sus protocolos o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y sus copias expedidas en la forma prescrita por la ley (inc. 1); los otros instrumentos extendidos por las antedichas personas conforme a lo dispuesto por la ley (inc. 2).

De acuerdo con esta fuente y como lo aseveraba Gregorio López en la glosa 1 a la ley, había tres clases de instrumentos: 1) *auténtico* que hacía fe por sí mismo y no requería para su validez de ningún otro requisito; 2) *público* redactado por un escribano público; 3) *privado* extendido por un particular que no desempeñaba oficio público alguno. En la referida ley, respecto del instrumento público establecía que el autor material era un escribano público de concejo u otra persona que se ha de creer; así aparecía consagrado el principio de la autenticidad y ese documento tenía el valor de prueba preconstituida.

Nuestro código a esa trilogía documental la redujo a instrumentos públicos (arts. 978 y 979) e instrumentos privados (arts. 978 y 1012). Aunque dentro de la primera clasificación se le da una categoría especial a las escrituras públicas (art. 997).

Entre las condiciones de validez de estos instrumentos se incluye el tener debida competencia el oficial público y que el acto se extienda dentro del territorio asignado para que aquél ejerza sus funciones (art. 980). La ley castellana III, 18, 8 prescribía que el escribano de ciudad o villa debía desempeñar su oficio en el lugar para donde había sido nombrado. López, citado por Vélez Sársfield, decía que no se podían redactar las escrituras de fe pública fuera del distrito otorgado al escribano (glosa 1).

Los instrumentos públicos son anulables si alguna de las partes firmantes los arguyese de falsos en su totalidad o en la parte principal o si tuviesen enmiendas, entrelíneas, borraduras o alteraciones esenciales no salvadas al final (art. 989). Se remite a la Part. V, 11, 32 y III, 18, 112 y 116.

A la quinta Partida se trasladaron o extractaron leyes del Código y del Digesto, las cuales - en ese ramo- eran conformes a la naturaleza y razón y se han reputado como la parte más apreciable del último cuerpo legal<sup>47</sup>. La ley 32 contenía las causales permitidas para disolver o anular las promisiones cuando algunas de las partes alegaba no haber estado presente al verificarse el acto. A pesar de ello, esa norma sostenía que si existía un instrumento extendido por escribano público, constando la asistencia de testigos, consignación de la presencia de las partes y se obligaba uno al otro de dar o hacer algo, ese instrumento debía ser creíble; salvo que se acreditase la inasistencia por otro documento o por tres o cuatro testigos hábiles, en esos

casos, aquel perdía validez ante este otro instrumento.

Las leyes 112 y 116 prescribían disposiciones para quienes alegaban falsedades documentales. La ley 111, también citada en la nota, exponía las causas determinantes de la falsedad o nulidad de los instrumentos.

El instrumento público es fidedigno hasta ser argüido de falso con relación a la existencia material de los hechos, que el oficial público manifiesta haber él efectuado o que ocurrieron en su presencia (art. 993). La fuente es la Part. III, 18, 114, en donde se establecía la validez de los instrumentos para acreditar los convenios sobre los cuales versaban, siempre que no existieran las falsedades u omisiones contempladas en otras leyes de ese cuerpo legal. Concordante con lo antedicho es la ley 54 del mismo título, la cual establecía cómo debían ser redactadas las notas y los instrumentos por los escribanos.

Los instrumentos públicos son fehacientes entre las partes y terceros respecto de las enunciaciones de hechos o actos jurídico directamente relacionados al objeto principal (art. 995). La nota correspondiente remite a las glosas de López a la Part. V, 11, 32.

## **9. Las escrituras públicas**

Las escrituras públicas debían “ser hechas por el mismo escribano” (art. 998, texto original). Ello era un recuerdo de la Part. III, 18, 54, la cual disponía que la escritura “sea fecha por mano de Escribano Público”.

Vélez Sársfield en la nota al art. 997, al referirse a la escritura matriz, hace saber que ella debe quedar siempre en poder del escribano sin entregarse nunca a las partes e invoca al respecto “las leyes de Partida y Recopilación”. Las normas de ese primer cuerpo legal citado eran III, 19, 8 y 9.

Los requisitos que deben contener las escrituras se encuentran enumerados en el art. 1001. Una de las fuentes mencionadas es la antes citada ley 54 y la otra es una norma de la Novísima Recopilación (X, 23, 1).

El escribano debe entregar a las partes que lo solicitasen copias autorizadas de la escritura por él otorgada (art. 1006). La norma originaria surge de la Part. III, 19, 10, la cual legislaba sobre cómo debía obrar el escribano, si el documento extendido a una de las partes se perdiese o fuese hurtado.

En la expedición de otras copias, si bien el art. 1007 en su nota remite a la Novísima Recopilación, X, 23, 5. Este precepto para determinadas situaciones dispone la aplicación de la Part. III, 19, 10 y 11. Es decir que indirectamente se remite al código alfonsino.

La nueva copia debe entregarse previa citación de los participantes de la escritura, quienes pueden cotejar la exactitud del testimonio con la matriz (art. 1008). La Part. III, 19, 10 y 11, pese a no ser citadas, se refieren a las circunstancias para la citación de la otra parte interviniente antes de expedirse la copia.

Si hubiera alguna variante entre la copia y la escritura matriz deberá estarse al contenido de ésta (art. 1009). La Part. III, 19, 8 es la fuente innegable, pues se refiere a la validez del uso del libro de registro si hay alguna variación entre éste y la copia.

La nota establece que la copia de las escrituras de que hablan los artículos precedentes dan plena fe como la escritura matriz (art. 1010). El codificador incluye como fuente a la Part. III, 19, 10 y 11, hay opinión de que es forzado o erróneo atribuirle el carácter de fuente de aquél <sup>48</sup>, criterio que comparto. En efecto, la ley 10 trata de la expedición de otro testimonio al tenedor que lo hubiese extraviado y la ley 11 establece las diligencias a efectuarse cuando la parte contra quien fue redactada la escritura no concurría al emplazamiento efectuado o contradecía la entrega de la nueva copia. Ambas normas citadas no disponían sobre la equiparación de la validez legal entre la copia y la escritura matriz.

En caso de extravío del libro de protocolo y los interesados solicitasen la renovación y

reposición de copias de escrituras, el juez puede ordenarlo previa citación y audiencia de las partes interesadas, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso o no se pudiese leer de manera clara (art. 1011). El origen de este precepto, en lo concerniente a los requisitos que debe reunir la copia, se encuentra en la Part. III, 19, 12 y no en la ley 13 como lo señala Vélez Sársfield. La ley 12 se refiere al procedimiento a seguir por el escribano cuando se le solicitaba la renovación por estar la copia raída en lugar sospechoso o rota de tal manera que no podía leerse. Mientras que, la ley 13 regulaba los aranceles que debían percibir los escribanos de la corte por la confección de cartas plomadas y de privilegios.

## 10. Los instrumentos privados

El instrumento privado reconocido por la parte a quien se opone o declarado en debida forma reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los suscriptores y sus herederos (art. 1026). Su fuente es, entre otras, la Part. III, 18, 119 la cual trata sobre diversas pruebas judiciales para acreditar los propósitos del interesado, como ser el reconocimiento de la parte contraria u otra prueba que permita admitir en juicio su validez.

El firmante de un instrumento público está obligado a declarar judicialmente si la firma inserta es o no suya (art. 1031). Entre las fuentes que se citan se mencionan a la ya referida ley 119.

Los sucesores de quien aparece como firmante pueden limitarse a declarar si la firma es o no de su autor (art. 1032). Esta norma tiene como fuente al Fuero Real (II, 6, 1), cuya ley integran el contenido “De las respuestas porque se contestan los pleytos”.

Si quien negara su firma o sus sucesores declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparación de la letra u otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto (art. 1033). Las leyes que dieron origen a esta norma fueron las de la Part. III, 18, 118 y 119. La primera establecía cómo debía actuar el juez diligente ante el desconocimiento de un documento.

## 11. Pervivencia del derecho común

El derecho común imperó en los países europeos a partir del siglo XIII y durante varias centurias, aunque con suerte diversa. Posteriormente fue suplantado por los distintos derechos territoriales o patrios; estos últimos, en su lucha por la prevalencia jurídica, si bien lograron imponerse a través del tiempo no pudieron evitar la gran influencia que ejerció el derecho común al irse elaborando científicamente aquellos. Así, a partir del siglo XVI hasta el siglo XIX se desarrolló el período que dentro de la historia del derecho los autores denominan etapa del derecho común subordinado.

Sin embargo, su influencia persistió a través de los derechos nacionales o bien en sí mismo como norma vigente en forma supletoria. Como consecuencia de ello es que desde la antedicha centuria decimosexta al ya haber sido desechado el concepto de *unum imperium* y de *unum ius*, fundamento del derecho común absoluto, va a surgir el moderno derecho civil como un derecho común particular.

La codificación moderna trajo como consecuencia el fin de la vigencia del derecho común y su reemplazo por el derecho codificado. Este último proceso se lleva a cabo mediante dos procedimientos: uno es la adopción de un derecho extranjero y el otro es una actualización del derecho anterior que estaba vigente.

En nuestro país, Vélez Sársfield adoptó, a efectos de elaborar su proyecto codificador, el antiguo derecho español vigente a través del derecho indiano junto a las modernas corrientes jurídicas del siglo XIX plasmadas en modernos códigos y en las obras de juristas destacados. Al incluir entre sus fuentes al derecho español que regía hasta ese entonces, le dio un lugar preferente a las Partidas. De esa forma, incorporó al Código Civil normas inspiradas en el derecho común. Tuvo presente las glosas de Gregorio López, lo que puede comprobarse con la lectura de sus notas, incluidas en dicho cuerpo legal, en alguna de las cuales remite expresamente a un determinado comentario del jurisperito español.

Del texto de las glosas referidas se puede conocer en debida forma que las leyes de las Partidas, citadas como fuente de nuestro Código Civil, estaban impregnadas de la doctrina de los glosadores y aceptadas por numerosos comentaristas civilistas y canonistas.

\* Miembro del Instituto.

<sup>1</sup> DELSALLE, Paul, *Les documents historiques*, Ophrys, París, 2000, p. 11.

<sup>2</sup> CANELLAS LÓPEZ, Angel, “De Diplomática Hispano - Visigoda” en *Miscelánea de estudios dedicados al profesor Antonio Martín Ocete*, Universidad de Granada, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Granada, Granada, 1974, t. I, p. 109.

<sup>3</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Historia de las nociones de ‘derecho común’ y ‘derecho propio’” en *Homenaje al profesor Alfonso García - Gallo*, Universidad Complutense, Madrid, 1996, t. I, p. 227.

<sup>4</sup> DE LOS MOZOS, José Luis, *Metodología y ciencia en el derecho privado moderno*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 236.

<sup>5</sup> Idem, p. 238.

<sup>6</sup> GAUDEMET, Jean, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au servic du droit*, Montchrestien, París, 1999, p. 189.

<sup>7</sup> WIEACKER, Franz, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 10.

<sup>8</sup> GUYOTJEANNIN, Olivier; PYCKE, Jacques; TOCK, BENOÎT - Michel, *Diplomatique Médiévale*, BREPOLS, París, 1993, p. 117.

<sup>9</sup> GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, “La canonística ibérica (1150 - 1250) en la investigación reciente” en *Derecho común en España. Los juristas y sus obras*, Universidad de Murcia, Murcia, 1991, p. 57.

<sup>10</sup> Idem, p. 55

<sup>11</sup> PONDÉ, Eduardo Bautista, *Origen e historia del notariado*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 79

<sup>12</sup> RÁBADE OBRADÓ, María del Pilar, *Las universidades en la Edad Media*, Cuadernos de Historia, Arco Libros, Madrid, 1996, p. 41.

<sup>13</sup> PELOSI, Carlos A., “Técnica de la redacción escrituraria” en *Revista Notarial*, N° 763, La Plata, 1965, p. 1.870; PONDÉ, *Origen e historia...* cit., p. 151.

<sup>14</sup> BONO, José, *Historia del derecho notarial español*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1979, t. I, p. 166.

<sup>15</sup> GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 351.

<sup>16</sup> BONO, *Historia del derecho...* cit., p. 200

<sup>17</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Introducción a la historia del derecho chileno. I. Derechos propios y derecho común en Castilla*, Barroco Libreros, Santiago, 1994, ps. 204 y 205.

<sup>18</sup> BONO, *Historia del derecho...* cit., p. 238

<sup>19</sup> Idem, pág. 242

<sup>20</sup> GARCÍA - GALLO, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1967, t. I, N° 188, p. 90. Las Partidas “señalan no sólo el entronizamiento de los códigos romanos sino también de la escuela de los glosadores” (CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sársfield*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 354); según Gaspar Melchor de Jovellanos no se podía entender al código alfonsino “sin recurrir a las opiniones de los jurisconsultos boloñeses cuyas interpretaciones se respetaban como leyes auténticas” (idem, p. 355).

<sup>21</sup> GUZMÁN BRITO, “Historia de las nociones”, p. 222 y “Prólogo” en BRAVO LIRA, Bernardino, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. XXII. Las Partidas por su origen eran derecho real, no obstante ello habían recogido el derecho común sin modificarlo esencialmente (BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Introducción a la historia ...* cit., p. 260).

<sup>22</sup> BELLOMO, Manlio, *La Europa en el derecho común*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1996, p. 110.

<sup>23</sup> DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia*, p. 244. A este ordenamiento legal se lo consideró “una redacción metódica de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano con algunas adiciones tomadas de los fueros de Castilla” (MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico - crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, Imprenta

de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, p. 295); Juan de Solórzano Pereyra estimaba que el derecho común estaba integrado por reglas extraídas de las leyes romanas, canónicas y del reino de Castilla (HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, “Un informe de Solórzano Pereyra sobre derecho común para las Indias” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 96).

<sup>24</sup> Cit. por MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico - crítico...*, n. 2, p. 295.

<sup>25</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid, 1983, ps. 240 y 241.

<sup>26</sup> LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español*, Ariel, Barcelona, 1970, N° 169, p. 128.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ, Galo, *Curso de historia del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 83

<sup>28</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, *Introducción a la historia...* cit., p. 226.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 260.

<sup>30</sup> BOLLINI, Jorge A., “Contribución al estudio histórico del documento y de la institución notarial” en *Revista Internacional del Notariado*, N° 37, 1958, p. 22; BONO, *Historia del derecho...* cit., p. 246; GATTARI, *Manual de...* cit., p. 353; NÚÑEZ - LAGOS, Rafael, cit. por PELOSI en “Técnica de la redacción”, p. 1.870.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ CARDOS, José, *Gregorio López, consejero de Indias y glosador de las Partidas (1496 - 1560)*, Instituto Gonzalo Fernández de Oviedo, Madrid, 1960, p. 71.

<sup>32</sup> *Idem*, ps. 121 y 122.

<sup>33</sup> RUMEU DE ARMAS, Antonio, “El jurista Gregorio López, alcalde mayor de Guadalupe, consejero de Indias y editor de las Partidas” en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993 - 1994, ts. LXIII - LXIV, p. 437.

<sup>34</sup> DÍAZ BIALET, Agustín, “La recepción del derecho romano en la Argentina” en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Estudios en Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sársfield*, año XIV, N° 3, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1950, ps. 310 y 324.

<sup>35</sup> BARRIENTOS GRANDÓN, “El derecho común ante la Real Audiencia de Chile en un alegato del siglo XVIII” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 15, Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 105.

<sup>36</sup> BRAVO LIRA, “El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla” en *Derecho común y derecho propio*, p. 9.

<sup>37</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “La formación intelectual de Vélez Sársfield” en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 15, Buenos Aires, 1964, ps. 163 y 164.

<sup>38</sup> Transcrito en *Dalmacio Vélez Sársfield. Político y jurista. Escritos y discursos*, América Unida, Buenos Aires, 1927, ps. 181 y 191, respectivamente.

<sup>39</sup> Nota del 21 de julio de 1865 incluida en *Dalmacio Vélez Sársfield. Político y Jurista...* cit., p. 162

<sup>40</sup> Comunicación de diciembre de 1871, remitida al abogado J.O. de Vigne de la redacción de la *Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada* (ídem, p. 176).

<sup>41</sup> ABÁSULO, Ezequiel, “Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield como expresiones del ‘*ius commune*’ en la apoteosis de la codificación, o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la ‘cultura del código’” en *Revista de Estudios Históricos - Jurídicos*, N° XXVI, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 2004, ps. 423 - 444.

<sup>42</sup> BONO, *Historia del derecho...* cit., t. I, p. 23.

<sup>43</sup> CAMACHO, Marta Mónica; LUJÁN CATTÁNEO, Analía María; GATTARI, María de los Angeles; VIALE, Susana Beatriz y VIVANCO, Teresita Viviana, “Los doctores, la glosa y los notarios” en *Revista Notarial*, N° 831, La Plata, p. 450.

<sup>44</sup> GATTARI, “Salatiel de Bolonia” en *Revista Notarial*, N° 747, 1963, p. 512.

<sup>45</sup> MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico - crítico...* cit., ps. 366-367.

<sup>46</sup> CERAVOLO, Francisco, “El notariado y el documento notarial en las Partidas. Aportaciones con relación al Código Civil argentino y el anteproyecto de ley notarial nacional” en *Revista Notarial*, N° 768, La Plata, 1966, p. 1.563.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico...* cit., p. 380

<sup>48</sup> CERAVOLO, “El notario y el documento notarial”, p. 1.579.

## AMÉRICA ENTRE LA FIDELIDAD Y LA REVOLUCIÓN \*

Eduardo MARTIRÉ \*\*

Permítaseme que esta tarde inicie mi disertación refiriéndome a un tema de la historia americana que ha ocupado últimamente mi mayor interés: **1808**. En ese fatídico año de 1808 se producen, principalmente en la Península, pero también en América con hondas repercusiones en Europa, acontecimientos terribles que conmocionarán la Monarquía Universal de España e Indias, e iniciarían una marcha, silente unas veces, agitada otras, hacia la emancipación de los dominios en América.

Tal vez la “Causa de El Escorial”, con la prisión y procesamiento del Príncipe de Asturias, ante el descubrimiento de un complot contra el rey, maquinado en el cuarto del príncipe, que tenía por objeto su eliminación del trono, sin que, en definitiva, los jueces encontrasen culpable alguno, haya sido el detonante que precipitará los acontecimientos posteriores del drama.

El enconado enfrentamiento entre los reyes Carlos IV y María Luisa y su valido Godoy, por una parte, y el Príncipe Fernando y su “camarilla”, por la otra, terminará unos meses más tarde de la peor manera. El 17 y 19 de marzo se producen los “motines” de Aranjuez, organizados por partidarios de Fernando, que forzaron a un aterrorizado Carlos IV (ante el recuerdo siempre presente de lo sucedido a su primo Luis XVI del otro lado de la frontera) a abdicar el trono en favor de su hijo y heredero. El mismo día que Fernando festejaba su triunfo, el país era ocupado por las tropas francesas a las órdenes de Joaquín Murat, cuñado del Emperador Napoleón (hasta entonces el más estrecho aliado de España). Paradójicamente, el mayor reproche que se hacía a los reyes y su ministro había sido la dependencia vergonzante que la política seguida por ellos había llevado a la nación española respecto de Francia y, en última instancia, el proyecto de Manuel Godoy de trasladar la familia real a América para alejarla del peligro napoleónico.

Pero las ambiciones de Napoleón no se canalizaban a través de un personaje o de un partido. Su proyecto de apoderarse de España y las Indias estaba echado y habría de lograrlo con Godoy y los viejos reyes, o con Fernando, quien pronto pasaría de ser cabeza del movimiento antifrancés, a convertirse en abyecto servidor del Emperador.

En definitiva, Napoleón había comprendido que dadas las penosas circunstancias que

llevaban a enfrentar a padre e hijo para disputarse el trono español, la conquista se lograría sin necesidad de la complicidad de ninguno de ellos.

Por lo tanto, después de los sucesos de Aranjuez, Bonaparte atrae hacia Bayona a los destronados soberanos y al flamante monarca. Allí, en una escena de opereta, los Borbones son despojados de la Corona de España y las Indias que pasa a manos del Emperador, quien la deposita sobre las sienes de su hermano José Bonaparte.

El 2 de mayo de 1808, para impedir la salida de España del resto de la familia real, se produce el levantamiento del pueblo de Madrid, sangrientamente sofocado por Murat y con ello estalla la insurrección en todo el reino.

Un nuevo gobierno surgido en el territorio libre de los franceses, asumió el poder ante la vacancia de la Corona. La Suprema Junta Central de España e Indias, nació de la delegación que recibió de otras tantas juntas provinciales que se constituyeron espontáneamente o bien siguiendo instrucciones dejadas por Fernando antes de ser internado en territorio francés, se declararon soberanas y libres de la dominación francesa, desconociendo la “farsa” de Bayona.

No voy a distraer la atención de ustedes recordando una historia por demás conocida, que tiene sus puntos álgidos en la formación apresurada de un Consejo de Regencia en reemplazo de la Junta Suprema disuelta ante el avance de las tropas francesas, la convocatoria a una reunión de Cortes de nuevo cuño en 1810, la sanción de una Constitución liberal en Cádiz en 1812 y la vuelta del trasnochado absolutismo de la mano de Fernando VII en 1814, con la disolución del gobierno anterior y la nulidad de todos sus actos, inclusive la Constitución del año doce.

Quiero en cambio referirme a sucesos tal vez opacados por los de la guerra de la independencia que le sucedieron y por la emancipación americana, pero que revisten a mi entender una importancia notable, sobre todo para demostrar la fidelidad que en ese aciago año ocho, América demostró a su legítimo soberano, desechando de plano y sin excepciones los ofrecimientos del invasor para aceptar a la nueva dinastía bonapartista que le ofrecía todo tipo de libertades, o bien, la tentadora incitación desde el Brasil de mantener la antigua, con cambio de titular y bajo nuevo ropaje lusitano.

Desde ya debo hacer una precisión, los americanos, en definitiva, no se sublevaron contra Carlos IV o Fernando VII, lo hicieron cuando el monarca que ocupaba el trono de España era un intruso y parte del país estaba gobernado por quienes, ante la vacancia de la Corona y en nombre del rey preso, invocaban la voluntad del “pueblo” peninsular, y asumían la soberanía de toda la Nación, incluyendo los dominios americanos, que no sólo no habían concurrido a la constitución de ese gobierno central, sino que tampoco habían mostrado signos de afrancesamiento.

De este modo iniciaban los españoles simultáneamente en ese año ocho, la revolución liberal contra el viejo orden, que despreciaban.

Una revolución, que para atraer a los americanos, no vacilaba en denigrar a los anteriores gobiernos de la monarquía, de hogaño y antaño, sin discriminación y sin límite en el tiempo. Una revolución que en sus comunicaciones a las ahora “colonias” condenaba el “despotismo de tres siglos”, como no sin asombro leyeron los habitantes de ambos mundos en el Manifiesto de la Junta Central del 28 de octubre de 1809<sup>1</sup>.

Sí, en cambio, se alzaron los americanos cuando la Junta Central, a la que habían prestado obediencia, había cesado y un Consejo de Regencia acorralado en Cádiz y la Isla de León, parecía marcar el último acto del drama de la desaparición de España, y de su reemplazo francés por un nuevo Estado, títere del Emperador francés.

Cuando América se sintió librada a su propia suerte y acechada por Francia, Portugal, Inglaterra y aun los Estados Unidos de Norteamérica, e incitada a buscar su propio destino, precipitó su separación del tronco común, no antes. La frase asentada en el petitorio elevado al virrey de Buenos Aires el 22 de junio de 1810 en demanda de cabildo abierto: “*para tratar sobre la incertidumbre de la suerte de las Américas en el caso, que ya se creía llegado, de haberse perdido la España y caducado su gobierno*”<sup>2</sup>, es toda una definición.

Estamos ya en materia, ajustemos la lente. Producida la asunción al trono de Fernando VII, toda América le prestó entusiasta acatamiento, lo juraron como su nuevo rey en medio de

ceremonias de espontáneo calor popular y muestras de alegría, motivadas por un lado, por la salida del odioso valido y, por otro, por la llegada del “deseado”, tan deseado en la Península como en sus dominios de ultramar, porque también para América la llegada al trono del joven rey era una esperanza de buen gobierno, era el término de la corrupción enquistada en el trono que representaba Godoy y el abatimiento de la deletérea influencia francesa.

El nuevo monarca significaba (al menos esa era la opinión generalizada) el abandono de un modo corrupto y venal de llevar los asuntos de gobierno en manos de Manuel Godoy, un valido por todos odiado, que tenía sometidos a los reyes como al país mismo a su voluntad y sus apetencias. El nuevo rey, en cambio, era garantía de un obrar independiente de esa nefasta influencia, y en lo inmediato aseguraba la permanencia de la familia Real en España y el abandono del proyecto godoyista de su traslado a América, absolutamente impopular, pues dejaría la Península librada a su propia suerte frente al poder imbatible de Napoleón.

Si nada se sabía realmente de la política que inauguraría “el deseado”, no se dudaba, en cambio, que sería diametralmente opuesta a la de Godoy y los viejos reyes, y eso era ya en sí mismo un hecho auspicioso, no sólo para los españoles europeos sino también para los americanos.

Fernando era para muchos, el joven y doliente príncipe alejado de las riendas del gobierno por una pertinaz obcecación de los soberanos, engañados por la corte de adulones que servían al Príncipe de la Paz.

El “odiado” Godoy era responsable de todos los males de España y, especialmente, de su vergonzosa sujeción a Francia. Se lo mostraba invulnerable e indiferente a las críticas que se alzaban en todos los sectores contra su política y su persona. Cubierto de honores y prebendas, Duque de la Alcudía, Príncipe de la Paz, Almirante del Reino, enriquecido hasta lo indecible, y como si ello fuera poco, para colmar la medida, los reyes habían casado a este antiguo “guardia de corps” con una sobrina del monarca reinante, hija del Infante Don Luis, hermano de Carlos III, encontrando en esta vinculación con la familia real las sospechas de la posibilidad inaudita de una desviación de la sucesión legítima de la Corona en beneficio del ministro ¡Hasta tanto llegaba, a juicio de muchos, las ambiciones de Godoy y la estulticia de los reyes!

Pocas veces se habrá dado tal unánime repudio a un ministro, a quien se lo responsabilizaba de todos los males que podían sufrirse a ambos lados del océano. El motín que había llevado al trono a Fernando, arrebatando por la fuerza la corona a su padre en Aranjuez, más que un movimiento sedicioso era juzgado como un acto de restauración; al príncipe se lo veía como el libertador suspirado, el deseado monarca que restituiría la gloria de España y daría vida a una nueva sociedad libre de liviandades y concupiscencias <sup>3</sup>.

Los pasos de este drama, como hemos dicho, se precipitan al conocerse los sucesos madrileños del 2 de mayo. Apuntemos como hecho de especial mención, dado el tema que nos ocupa, que entre los valientes de Madrid que afrontaron las armas francesas también hubo algún criollo, como el arequipeño Mariano Córdoba, que prisionero de los franceses logró huir y participar de la lucha armada hasta rendir su vida en ella.

Toda España se levantó contra el francés invasor y desde las Indias se encaminaron generosos donativos para sostener la revolución. Los ánimos patriotas se encendieron al conocer la derrota de las tropas napoleónicas comandadas por el general Dupont en Bailén el 16 de julio, por obra de un ejército improvisado al mando del general Castaños. Claro que después de Bailén, la intervención personal de Napoleón en la Península volcó la situación en favor de los franceses, quienes hacia fines de la década habían ocupado casi todas las ciudades españolas, sólo en el campo siguió impertérrita y terrible la guerra de guerrillas, en tanto América no inquietaba todavía.

Volvamos a Madrid. Cuando asumió el trono Fernando VII, el 24 de agosto de 1808, entre las fachadas más notables con que se engalanó la ciudad para celebrar el juramento del nuevo rey, se recordaba en la plazuela de San Martín, la casa del peruano Tadeo Bravo de Rivero <sup>4</sup>, que se encontraba accidentalmente en esa capital como procurador de la ciudad de Lima. En el frente, ricamente adornado con pinturas de gran valía, se destacaba entre ellas una matrona representando a España, con varias figuras que aludían de la lealtad de sus súbditos, entre ellas,

la de dos indios americanos a sus pies. La matrona tenía a su derecha el retrato de Fernando VII y debajo de la leyenda “Viva Fernando el deseado”, una dedicatoria fidelista:

*“A Fernando VII  
Rey de España  
y de las Indias.  
La Ciudad de Lima”*

Si Bravo de Rivera fue un criollo asociado con entusiasmo a la jura de Fernando VII, en la ciudad francesa de Bayona, del otro lado de la frontera, encontraremos, otra vez, a criollos al lado del “deseado”. Conducido Fernando con engañosas promesas a esa ciudad, obligado a abdicar y enviado preso a Valençay, conservó consigo durante el cautiverio a un puñado de sus partidarios más incondicionales, leales a su persona, hasta en esas penosas circunstancias.

Pues bien, entre ese pequeño grupo se destacaban tres criollos de rancio origen: el galante Duque de San Carlos, nacido en Lima, hijo y nieto de criollos, que se constituyó en el principal intermediario entre el rey y Bonaparte, y quien mayores esfuerzos realizó por la libertad de su señor. Fue él quien en nombre de Fernando firmó con La Forest en 1813, el acuerdo que llevó a la liberación de Fernando VII y a su reposición en el trono. El monarca, ya liberado, lo nombró presidente de su Consejo de Ministros.

Otro criollo distinguido fue el Duque de Feria, también peruano, venía de ser gentilhombre del Infante don Carlos, murió al servicio de Fernando como mariscal de campo.

Por fin, la figura más importante de todo el grupo de incondicionales y por supuesto de los criollos, al servicio del rey cautivo, fue su confesor, figura que siempre era clave en todo grupo político. Se trataba del culto canónigo Blas de Ostolaza, nacido en la ciudad peruana de Trujillo. Era la figura más eminente de los que acompañaron a Fernando en su prisión.

Esta presencia americana en tan restringido grupo de leales al rey me parece que autoriza a meditar sobre la adhesión de un significativo sector de criollos hacia el nuevo monarca, de los cuales estos distinguidos personajes no serían más que una muestra, según venimos explicando.

Como hemos dicho, en toda América se prestó juramento a Fernando en medio de grandes muestras de alborozo. Hasta en la convulsionada Buenos Aires, en donde se cuestionaba al virrey Liniers por su origen francés, que había recibido al Marqués de Sassenay, enviado de Napoleón para convencerlo de participar de la nueva dinastía, sin éxito alguno, se juró a Fernando VII por orden del mismo virrey con general alegría de la población. El 21 de agosto de 1808 desvanecidas, o al menos, en apariencias, las sospechas de afrancesamiento del virrey, por su propia y expresa decisión se adelantó el juramento a Fernando. Ese día el alférez real don Olaguer Reynals, proclamó en la Plaza Mayor de la ciudad de la Santísima Trinidad y Puerto de Santa María de los Buenos Aires al nuevo rey, y en las plazuelas o pórticos de los conventos de Santo Domingo y de la Merced, con las voces “¡Castilla y las Indias, Castilla y las Indias, Castilla y las Indias por Nuestro Rey el Señor Don Fernando Séptimo!”<sup>5</sup>, rindiéndole obediencia, sumisión y vasallaje... como a su rey y señor natural. Se dispusieron tres días de toros y otras muestras de regocijo popular, para cuando se efectuase la jura y proclamación pública, que se fijó para el día 30 de agosto, día de la patrona de América, Santa Rosa.

En medio de un entusiasmo popular indecible, con los edificios engalanados, las autoridades llegaron en procesión a la Plaza Mayor desde donde se lanzó el grito de fidelidad a Fernando VII, que fue coreado por la multitud.

Ese día, en un estrado armado en los portales de la casa consistorial en la Plaza Mayor, ante el gobernador y cabildantes, el alférez real volvió a exclamar por tres veces la proclamación “y concluido esto -dice el acta del cabildo- por uno y otro lado del tablado se tiró bastante dinero, dispararon pedreros y cohetes y camaretas, esto mismo se practicó en la esquina del convento de San Francisco, Merced y Santo Domingo, en donde también se hallaban dispuestos los respectivos tablados”, se iluminaron las casas, se repartieron refrescos y hubo música completa durante tres días con general algarabía<sup>6</sup>.

En Lima, el virrey Abascal, de quien corrían rumores que ante las nieblas que envolvían la suerte de la Metrópoli, participaba de un inusitado afán de coronarse en el Perú, separándolo de

España, al ser apremiado por las órdenes del Consejo de Castilla, sometido al invasor francés, de reconocer como regente del reino a Murat, adoptó el partido del rey legítimo y de acuerdo con las demás autoridades del virreinato, dispuso la jura de Fernando VII, que se cumplió el 13 de octubre de ese año ocho. En medio de un entusiasmo popular indecible, con los edificios principales engalanados, Plaza Mayor, las autoridades llegaron en procesión desde donde se lanzó el grito de fidelidad a Fernando VII, que fue coreado por la multitud <sup>7</sup>.

Si la perplejidad fue la primera impresión que embargó a las autoridades americanas y al pueblo en general, pronto la adhesión al rey legítimo fue el resultado invariable. Advirtamos que las autoridades se suponían godoyistas y, por ende, poco propicias al nuevo partido.

Así como fue invariable la adhesión a Fernando, también lo fue el rechazo a la dinastía extranjera, cuyos enviados se presentaron en América con halagüeñas propuestas de autonomía económica y participación en su gobierno. América, sin embargo, se mantuvo fiel a la monarquía borbónica, aun en estas circunstancias desconcertantes, no respondió a las instancias francesas, cuyos enviados terminaron en la horca, cargados de grillos o remitidos a sus lugares de origen. También se libró de los súbditos franceses radicados en territorio americano, aun de los que exhibían una larga permanencia y poderosos intereses, a los que trató como enemigos y expulsó sin miramientos <sup>8</sup>.

La América no se entregaría a Napoleón, al “*trono tenebroso de aquella bestia que abortó el abismo*”, según lo calificó el sacerdote criollo José Antonio Torres en el sermón que pronunció durante el *Tedeum* celebrado en la Catedral de Santa Fe de Bogotá al día siguiente de la jura de Fernando VII.

La figura del soberano legítimo era un denominador común de la unidad de América y de la adhesión a una dependencia hispana aun cuando ella se hubiese convertido en los últimos tiempos en insostenible. No deja de ser una nota significativa que cuando se creyó perdida España en manos de Napoleón, fue el nombre de Fernando VII el refugio de los movimientos que aspiraban a sobrevivir a un gobierno inerte.

Todavía en Nueva España, el 23 septiembre de 1810, después de los confusos episodios ocurridos desde el conocimiento de los sucesos de Bayona, el cura Hidalgo estampa en la proclama de ese día su grito de libertad expresado en términos de indudable fidelidad: “¡Viva la Religión Católica! ¡Viva Fernando VII! ¡Viva y reine por siempre en este continente americano nuestra sagrada patrona la Santísima Virgen de Guadalupe!” <sup>9</sup>.

Como bien le decían los peruanos al gobierno español surgido en el año ocho, con muestras de reproche ante la desconfianza que anidaba hacia los americanos, según leemos en un impreso que está fechado en la ciudad de los reyes el 4 de enero de 1809: “Hemos jurado a nuestro legítimo soberano, cuando aún estaba muy oscura e incierta la suerte de la Península, cuando nos rodeaban con halagos y amenazas los emisarios del pérfido cobarde que la oprimía, y cuando de allá mismo la prudencia de algunos quería persuadirnos de seguirlo” <sup>10</sup>.

En general, los gobiernos americanos se apropiaban de la figura del rey preso y obraban en su nombre, al menos en los primeros tiempos de desconcierto y confusión, aunque negasen el sometimiento a España en la figura de la autoridad central, que también decía representarlo y que en trance de desaparecer insistía en un sometimiento sin sentido. ¿Eran sinceras esas invocaciones americanas? Aún no lo sabemos a ciencia cierta, lo que sí sabemos es que eran efectivas. Pero la guerra hizo imposible seguir manteniendo una lealtad que no se acompañaba con las muestras de un cambio del metropolitanismo ya insostenible, cuyo abatimiento podía haber encarnado el desconocido Fernando VII, una ilusionada esperanza que cayó el mismo día en que Fernando retornó a España y a empuñar el gobierno absoluto, que ahora sí hacía que la dependencia resultara inadmisibile.

En el interín, los gobiernos que se erigen en América al grito de “Juntas como en España”, usarán de fórmulas y declaraciones que se inspirarán -y, a veces, copiarán literalmente- de las gaditanas. De esa manera, se iniciará el comienzo del fin de la dominación española en América, guardando hasta el final la figura alegórica de la matrona aquella del retrato que adornaba la casa del peruano Tadeo de Ribero en el Madrid del año ocho, que exhibía la fidelidad del Nuevo Mundo como uno de sus blasones y tenía echados a sus pies a dos indígenas

naturales del Perú.

Ahora bien, cabe aquí hacernos una pregunta que estará en el ánimo de todos ¿cómo es posible que de esta fidelidad notaria a su rey legítimo, se haya pasado en poco tiempo a una revolución que en forma cruenta y sin retrocesos, haya destruido los lazos de la unión con la Metrópoli?

Las semillas de la discordia venían sembrándose desde hacía tiempo. Bástenos recordar aquí mismo el juicio, tantas veces citado, del Barón de Humboldt expresado a fines del siglo XVIII, acerca de haber comprobado en Nueva España un fuerte sentimiento americano entre sus habitantes, a punto tal que preferían ser llamados americanos a españoles (“Yo no soy español, soy americano”), lo que a su juicio era síntoma de un antiguo resentimiento <sup>11</sup>. O el de los marinos Juan y Antonio de Ulloa sobre el Perú en donde “*es suficiente el haber nacido en las Indias para aborrecer a los europeos*” <sup>12</sup>. O aquellas expresiones del científico neogranadino, natural de Medellín, Francisco Antonio de Zea, sobre el estado en que se encontraban a principios del siglo XIX sus compatriotas criollos: “*Olvidados de su gobierno, excluidos de los altos empleos de la monarquía, privados injustamente de las ciencias y de la ilustración, y por decirlo todo de una vez, compelidos a rehusar los mismos dones que les ofrece la naturaleza con mano liberal*” <sup>13</sup>.

Las nuevas riendas con que se gobernó América desde comienzos del siglo XVIII y muy especialmente a partir de las “reformas borbónicas” implantadas desde su segunda mitad, dejando de lado el “saludable descuido” o la “política de tolerancia” que habían llevado desde siglos atrás los monarcas españoles, alteraron sin remedio el *statu quo* en que se desenvolvía el pluriétnico mundo americano.

Si es cierto que los grupos criollos, colocados por fuerza propia en la cúspide de la sociedad virreinal, fueron los promotores del cambio de un régimen que ahora los excluía de posiciones preeminencia y beneficio logrados al cabo de largos años, y transformaba aquellos “reinos” manejados en sustancia por sus propios hijos en verdaderas “colonias” al estilo clásico, como nunca lo habían sido, no eran tan sólo los grupos de la élite criolla los que sentían dolorosamente las “reformas”, sino la sociedad americana toda. Indios, mestizos, negros y mulatos sufrirían los cambios decretados desde los dicasterios madrileños. Es que como ha dicho un americanista del calibre de John Lynch, a fines del siglo XVII podía sostenerse que América había alcanzado una “*independencia formal*” <sup>14</sup> o en palabras del ilustre historiador español Céspedes del Castillo, había alcanzado una real autonomía administrativa y autarquía económica <sup>15</sup>. En cambio, las nuevas ideas centralizadoras y colonialistas de los Borbones, tomando ejemplo de las posesiones francesas de las Antillas, imponían un rotundo giro a esas relaciones. Primarían, en todos los casos, los intereses peninsulares sobre cualquier otra consideración y, por lo tanto, aquellos antiguos “reinos” o “provincias” pasarían a convertirse en “colonias” y a estar puestas invariablemente al servicio de la Metrópoli, en busca de su beneficio. Las exacciones fiscales fueron la regla, junto a ese “nuevo espíritu” que impregnó las decisiones todos sus niveles <sup>16</sup>.

No sólo los criollos se rebelaban, también, los demás grupos sociales americanos encontraron en las denostadas reformas el disparador de sus ancestrales reproches y la comprobación del agravamiento de una situación que, al alterar el equilibrio secular existente, se les hacía insostenible. Los motines y sublevaciones aparecidos en todo el continente durante el setecientos y, en especial, en su segunda mitad, eran una demostración cabal del nuevo estado de cosas.

Es bueno recordar en esta casa ignaciana el rudo golpe que fue para América la expulsión de los padres jesuitas, medida que formaba parte de uno de los objetivos de las reformas, el sometimiento de la Iglesia. No fue esa disposición la única que se instrumentó contra ella, pero, es verdad, al decir de Brading, que la eliminación de la Compañía de Jesús “*sin dar razón de tan tremenda actitud, fue un golpe brutal no sólo para la Iglesia americana sino para toda América*”, no ya con la supresión de la compañía, que en sí misma era una medida terrible, sino con la severa represión que siguió a quienes se opusieron al cambio <sup>17</sup>.

Cuando el cacique de Tinta, Tupac Amaru se alza en 1780 desde el altiplano peruano contra

la situación angustiante en que se vive en el Perú, aterrando al gobierno español con una sublevación que conmueve gran parte de América y hasta hace pensar en su pérdida, se advierte claramente que la dureza de las reformas a nadie excluye.

Desde Tungasuca convoca el rebelde a todos los americanos: “A los peruanos vecinos, estantes y residentes en la Ciudad de Cuzco, a toda la gente peruana”<sup>18</sup>. Y su esposa y principal lugarteniente Micaela Bastidas, instruye a sus hombres para que no cometan extorsiones por donde pasaren y que cuando reconocieren a criollos “los traigan y llamen a nuestra bandera sin hacerles perjuicio alguno, porque no vamos a hacer daño a los paisanos, sino tan sólo a quitar los abusos de repartimientos y demás pechos y cargas”<sup>19</sup>.

El “mal gobierno” es la bandera común de ese y tantos otros movimientos de descontento y rebeldía, y no sólo de criollos, indios y mestizos, hasta de negros y otras castas<sup>20</sup>.

Se los ha calificado, a pesar de sus derivaciones posteriores, en movimientos que han tenido un origen fidelista, que procuraban más que desprenderse de la dependencia, deseaban volver a los dorados tiempos precarolinos “*en que la centralización burocrática y la opresión impositiva eran desconocidas*”, añoraban el régimen de “consenso” que habían logrado paulatina y trabajosamente, logrando un equilibrio difícil de reconstruir<sup>21</sup>.

Los gobiernos “liberales” que se iniciaron en el año ocho tampoco garantizaban mejor suerte a los americanos.

Sin embargo, tengo para mí que siendo terriblemente graves estos acontecimientos, no serían ellos suficientes para determinar el estallido revolucionario independentista si no hubiesen estado acompañados del convencimiento, que se apoyaba en miles de indicios y situaciones y que -para borrar toda duda- certificaba la propia hermana de Fernando VII desde su refugio americano, de que se acababa España y, con ella, las colonias, aquellos seculares Reinos de los Austrias. América quedaba librada a su propia ventura. Suerte aciaga, frente a la ambición de poderosas potencias europeas, entre las que se destacaba Inglaterra, que convencida de la imposibilidad de apoderarse de esos territorios derechamente por la fuerza (el vergonzoso fracaso de las invasiones al Río de la Plata de 1806/1807 se lo habían demostrado) la hacía abandonar toda tentativa en ese sentido y la inclinaba a una política de disociación del viejo imperio español, para aprovecharse de sus pedazos.

De manera que en esa opción entre fidelidad y revolución, América eligió la segunda vía, cuando harta de soportar las nuevas riendas del gobierno metropolitano, dejó de resistirlas para enmendarlas, ante el convencimiento de que no podía quedar atada a la suerte metropolitana, que se mecía peligrosamente entre la nueva dependencia a la Europa napoleónica o su disgregación, o caer en manos británicas.

Para concluir quiero recordar, como ya lo he hecho en alguna otra ocasión, la opinión de una gaceta inglesa de gran difusión por entonces (Bell's Weekly Messenger), expuesta en la edición del 20 de septiembre de 1807, no más conocerse en Londres el fracaso de la invasión británica a Buenos Aires y Montevideo, por considerarla una interpretación muy elocuente de la realidad. Allí se afirmaba que no era de creer que pudiera sujetarse a esas naciones americanas “con cadenas de seda en voluntaria alianza a un poderoso protector”, que era lo que muchos ingleses sostenían. La América española, opinaba el periódico, se sentirá seguramente resentida contra España pero la América española no desea un cambio de dueño y si el viejo amo desaparece se hará independiente<sup>22</sup>.

\* Disertación pronunciada el 1 de julio de 2005 durante el acto de recepción del doctorado *honoris causa* que le otorgó la Universidad Nacional de Córdoba.

\*\* Miembro correspondiente del Instituto de Historia de Derecho y de las Ideas Políticas “Roberto I. Peña” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>1</sup> Decreto de la Junta Central del 28/10/1809.

- <sup>2</sup> MARFANY, Roberto H., *Episodios de la Revolución de Mayo*, Buenos Aires, 1966, p. 11.
- <sup>3</sup> GUERRA, Francisco Xavier, *Modernidad e independencia*, Madrid, 1992, p. 28.
- <sup>4</sup> NIETO VÉLEZ, A., “Contribución a la historia del fidelismo en el Perú”, en *Boletín del Instituto Riva Agüero* N° 4 (Lima, 1958-1960), p. 19.
- <sup>5</sup> Así consta en el acta del 22 de agosto de 1808: Acuerdos del extinguido Cabildo de Buenos Aires, publicados bajo la dirección del director del Archivo General de la Nación, Augusto S. Mallié, Buenos Aires, 1927, ps. 182-183.
- <sup>6</sup> Acuerdos citados, y LOZIER ALMAZÁN, B., *Liniers y su tiempo*, Buenos Aires, 1989, p. 199.
- <sup>7</sup> NIETO VÉLEZ, A., op. cit., p. 26.
- <sup>8</sup> Ver NIETO VÉLEZ, A., op.cit., ps. 100-104.
- <sup>9</sup> RAMOS, Demetrio, *España en la Independencia de América*, Madrid, 1996, p. 314.
- <sup>10</sup> *Colección del Fraile*, vol. 24, N° 95.
- <sup>11</sup> BARÓN VON HUMBOLDT, *Ensayo político sobre el Reino de Nueva España*, París, 1836, t. I, ps. 226-227.
- <sup>12</sup> ULLOA, Jorge Juan y Antonio de, *Noticias secretas de América ... , 1ª Parte*, Londres, ps. 417-418.
- <sup>13</sup> Ver MARTIRÉ, Eduardo, 1808, *La clave de la emancipación hispanoamericana*, Buenos Aires, 2002, p. 76.
- <sup>14</sup> LYNCH, John, “Los orígenes de la independencia hispanoamericana”, en BETHELL, Leslie (ed.), *Historia de América Latina, 5 La independencia*, Barcelona, 1991, p. 32.
- <sup>15</sup> CÉSPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, *América hispánica (1492-1898)*, en TUÑÓN DE LARA, Manuel (dir.), *Historia de España*, Madrid, 1994, t. IV, ps. 304-305-
- <sup>16</sup> FARRYS, Nancy M., *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de supervivencia*, Madrid, 1992, ps. 57 y 249.
- <sup>17</sup> BRADING, D.A., *Una Iglesia asediada: el Obispado de Michoacán, 1749-1810*, México, 1994, ps. 17-19.
- <sup>18</sup> Tungasuca, 16/11/1780 (Autos c/ J. G. Tupac Amaro”, f° 80, Lima, 659, cuaderno 4º, citado por ZUDAÍRES HUARTE, Eulogio, “Rebelión de Túpac Amaru en su bicentenario (1780-1980)”, *Revista de Indias*, Nros 158-162 (enero-diciembre, 1980), p. 46.
- <sup>19</sup> Tungasuca, 13/12/1780, AGI, Cuzco, 32, f° 7, citado en ídem, p. 27.
- <sup>20</sup> KAPSOLI, Wilfredo E., *Sublevaciones de esclavos en el Perú, siglo XVIII*, Universidad Ricardo Palma, Lima, 1975.
- <sup>21</sup> LYNCH, J., “Los orígenes ...” cit., p. 78.
- <sup>22</sup> Bell’s Weekly Messenger, edición N° 598, 20/9/1807, p. 298, cit. por LOZIER ALMAZÁN, B., *Liniers y ...* cit., ps. 205-207.

## **APORTES DEL NACIONALISMO AL DISCURSO PERONISTA \***

Susana T. RAMELLA \*\*

**Sumario:** I. Introducción. A. Las teorías y el movimiento peronista. B. Los análisis historiográficos y la relación peronismo-nacionalismo. II. Movimientos vs. partidos políticos. A. Identidad: el “nosotros” y el “ello”. 1. En el nacionalismo 2. En el peronismo 3. Para los adversarios. 4. Para la historiografía. III. Los discursos sobre el Estado desde 1930 y en la bibliografía sobre el peronismo. A. Un Estado acrecentado desde 1930. B. La caracterización del Estado peronista en la historiografía: ¿fue corporativo? IV. El Estado y la representación corporativa o popular. A. Las fuentes nacionalistas y el Estado. B. La idea de representación corporativa o funcional en algunos nacionalistas. C. Estado en el peronismo según las fuentes. D. Representación en el peronismo. V. El Estado y la economía. A. La justicia social fundamento de la economía. B. Funciones económicas del Estado. C. Propiedad en función social. VI. Consideraciones finales.

### **I. Introducción**

El presente trabajo tiene por objetivos: a) continuar con el análisis de las ideas argentinas en las décadas de 1940 y 1950. b) Seguir con el estudio de las características movimientistas del peronismo. c) Confrontarlo con el esquema teórico sobre los movimientos (Alberoni, Heberle, Melucci, Pizzorno, Touraine), ya realizado por el equipo de investigación que dirijo en el marco del proyecto del CIUNC <sup>1</sup>.

A tales fines, sobre la base del esquema del modelo analítico teórico ya realizado, nos detenemos en dos cuestiones: la ideología nacionalista y la nota identitaria a través de la teoría de los marcos interpretativos (Gamson, Snow). De este modo, se realiza el análisis del discurso de los nacionalistas y peronistas, con especial referencia al discurso jurídico de ambos actores sociales, la concepción del rol del Estado, en su idea de representación, sus aspectos económicos, la propiedad y la justicia social. En estos temas se confrontarán las posiciones dicotómicas: de actor y contra actor social; como las distancias en la aplicación concreta de esas ideas, tanto en la acción misma de gobierno como en los enfrentamientos con el adversario. Interesa, además, conocer cómo los aspectos individuales se conjugan con los sociales para dar lugar a una determinada conducta colectiva. En este caso, a una identidad específica. En este sentido nos preguntamos, siguiendo a España <sup>2</sup>, ¿cuáles fueron las redes interpersonales que construyeron el discurso peronista aportado por el nacionalismo?

En ese orden de cosas se desagregan: primero, la idea de movimiento en sí; luego, la idea del “nosotros” y del “ello”, es decir, quiénes se identifican con el nosotros y quiénes son los adversarios, el “ello”; en tercer lugar, cuáles son los temas que se reiteran en el discurso peronista que evidencian la influencia nacionalista, cuáles símbolos adoptan y en qué se diferencian. De esta forma se incorporan al análisis, las situaciones entendidas como injustas.

El marco teórico se lo confronta con fuentes periodísticas y bibliográficas de factura nacionalista de las décadas mencionadas (Nuevo Orden, La Verdad, Resistencia popular, etc.). Así también el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1949, y los discursos de los principales protagonistas; como la correspondencia mantenida por algunos actores individuales de filiación peronista. Sin descuidar el análisis crítico de la historiografía específica sobre el nacionalismo (Zuleta Alvarez, Buchrucker; Iturrieta, etc.).

Nuestra idea es que el discurso nacionalista, en sus diferentes vertientes, funcionó dentro del peronismo y no sólo en él, como un elemento aglutinador que desplegó la idea de la

construcción de una identidad, juntamente con una diferenciación del adversario, incluso, a veces, nacionalista y la denuncia de los temas que generan injusticias. Pero la recepción de ese discurso no fue homogénea en todos los sectores que componían el peronismo, prevaleciendo en cada sector su originaria identidad.

La voluminosa bibliografía, ya que no siempre es historiografía, sino ensayos realizados por sociólogos y politólogos, sin la metodología de la historia, mantienen la memoria colectiva de aquellos años, sin grandes modificaciones, repiten las interpretaciones, representaciones, realizadas en la coyuntura histórica, o, ensamblándolas a teorías, modelos, procesos históricos coetáneos sin analizar la cosa en sí, o simplificando la complejidad de los múltiples actores colectivos que interrelacionan entre sí<sup>3</sup>.

Estructuran la influencia del discurso nacionalista en función del pensamiento de Perón y las principales figuras del nacionalismo y del peronismo, y suponen una identificación de dicho pensamiento en todo el peronismo. No abordan al peronismo como actor colectivo, en toda la complejidad de su composición por diferentes sectores ideológicos, políticos, funcionales y confesionales, en que los discursos del nacionalismo, en sus variadas expresiones, son, a su vez, reinterpretados y reconstruidos, en diferentes estilos y modos, por las también variadas expresiones del nacionalismo.

#### *A. Las teorías y el movimiento peronista*

En primer lugar, cabe hacer un análisis crítico de las teorías sobre los movimientos, desde la idea misma de teoría en las disciplinas sociales, en su conjunción con la historia y de la dificultad de reducir la historia a las teorías. Según sea el concepto de teoría que adoptemos será la mayor o menor vinculación de los sucesos históricos concretos con una teoría. O tal vez, ese concepto no sea más que “un haz de posibilidades”<sup>4</sup>.

Si por teoría, desde las más diferentes disciplinas<sup>5</sup> y planteos epistemológicos<sup>6</sup>, entendemos el conocimiento comunicable, confrontable, de validez general, que procura adecuarse a determinados hechos, debemos decir que todavía no se resuelve el debate entre teoría e historia, y que es tan antiguo como la misma historia, porque la historia “*representa una fuente de verdad muy distinta de la razón teórica -dice Gadamer-. El conocimiento histórico no busca ni pretende tomar el fenómeno concreto como caso de una regla general (...). Su idea es más bien comprender el fenómeno mismo en su concepción histórica y única*”<sup>7</sup>.

Por ello dice Halperín Donghi y, antes de él Droysen, Bloch, entre otros, “*La historia de una disciplina que ha sobrevivido por más de dos milenios es quizá porque nunca estableció alianza permanente con ningún definitivo paradigma*”<sup>8</sup>.

Es así en el caso de las teorías vistas. Las teorías sobre los movimientos han ido siguiendo su proceso histórico y, por ende, cambiando de categorías de análisis. En la década de los años '60, estaban atentas al proceso industrializador y a la aparición del movimiento obrero, cuestionador del capitalismo. En los años '90, sin desligarse absolutamente de algunas categorías de los años '60, ante situaciones mundiales y argentinas distintas, incorporan otras variables de análisis.

Las nuevas conceptualizaciones valoran los aspectos culturales, ideológicos y discursivos en la vida de los movimientos sociales que en las anteriores perspectivas se habían descuidado. McAdams advierte “... *la importancia que se concede en la literatura especializada más reciente a los procesos de creación de marcos cognitivos, es un importante correctivo frente a los modelos, algo mecanicistas, de la oportunidad o la movilización de recursos en cuyo marco no cabe solucionar los problemas que plantea el concepto de marcos interpretativos*”<sup>9</sup>.

Es decir, a partir de 1992, Gamson se concentra en el tema “del discurso de los movimientos sociales” y sostiene que “*deben incidir sobre tres aspectos que son esenciales para la acción colectiva: injusticia, identidad y eficacia. El primero de ellos permite definir a ciertas condiciones sociales como problemática; el segundo persigue construir una identidad,*

*un sentido de pertenencia, entre los miembros del movimiento, un 'nosotros', a la vez que se atribuye a un determinado grupo, el 'ellos', la responsabilidad por las condiciones adversas que se pretenden modificar; finalmente, también es preciso que los integrantes simpatizantes del movimiento asuman que sus acciones pueden ser eficaces para conseguir los objetivos propuestos"* <sup>10</sup>.

Sobre esas cuestiones analizamos el pensamiento de los nacionalistas y del peronismo y lo enfrentamos en sus similitudes y diferencias, entendiendo con Cohen que la *"creación de una identidad implica una disputa contestataria social centrada en la reinterpretación de normas, la creación de nuevos significados, y un desafío a la construcción social de los límites entre los dominios de acción pública, privada y política"* <sup>11</sup>. Pero también significa un deseo de homogeneizar el pensamiento, en especial, la idea de pertenencia nacional. Se debe advertir que es un anhelo que no se corresponde exactamente cuando se adopta otra escala de análisis. En un sentido indiscriminado y global, puede afirmarse la idea de identidad, pero acercándose más a las relaciones de los vínculos sociales que construyen esa identidad, se advertirán las diferentes percepciones de esa supuesta identidad <sup>12</sup>.

Por ello, no se debe descuidar, tanto en el análisis de las teorías como de la historiografía, que en las ciencias humanas se incurre con frecuencia en una falacia ideológica de considerar la propia exposición como inmune a la ideología, que es objetiva y neutral, pero como dice Umberto Eco *"desgraciadamente, todas las investigaciones están 'motivadas' de algún modo. La investigación teórica es sólo una de las formas de la práctica social"* <sup>13</sup>.

#### *B. Los análisis historiográficos y la relación peronismo nacionalismo*

El estudio crítico de la historiografía, tanto del nacionalismo como del peronismo y de sus interrelaciones, demuestra lo que sostiene Eco. Consideramos que aunque muchos de ellos son buenos análisis, en general parten de un momento coyuntural del nacionalismo o del peronismo, en sus protagonistas principales, sin establecer correlaciones con otras ideologías en las que también se hace presente el discurso nacionalista, y en la complejidad de ideologías en las que abrevia el peronismo que, aunque se observe la influencia del nacionalismo, ésta está tamizada por aquellas otras que le hacen perder fuerza y eficacia.

No obstante es casi un lugar común de la historiografía señalar la influencia del nacionalismo en Perón. *"La influencia del pensamiento nacionalista argentino, en sus varias gamas, era fuerte en Perón"* (Torcuato Di Tella) <sup>14</sup>, o en algunos dirigentes del peronismo. *"Perón, recicló viejas banderas del nacionalismo como justicia social y soberanía popular"*. *"Hay un texto fundamental de Bonifacio Lastra, un nacionalista notorio, representante típico del nacionalismo católico, en el que aparecen estas banderas de soberanía política y justicia social. Esto es fácil de comprobar, no es un descubrimiento para cualquiera que se interese por el pensamiento político de la época"* <sup>15</sup>.

En este trabajo, siguiendo a Chartier, intentamos desprendernos de la comprensión tradicional de las influencias del nacionalismo en Perón, o en los más prominentes hombres del peronismo. No se descuidan totalmente, tampoco se soslaya la situación de los nacionalistas populistas incorporados al peronismo, pero interesa más, introducimos en el estudio crítico de los textos de periódicos nacionalistas anteriores a 1943, como de la historiografía peronista o no, de la Convención Constituyente de 1949 y de la correspondencia mantenida entre peronistas, no necesariamente nacionalistas, o al menos, no de los nombres reconocidamente nacionalistas, y analizar cómo, con palabras de Chartier, *"se apoderan de los bienes simbólicos, produciendo así usos y significaciones diferenciadas (...) transformando las formas de sociabilidad, la construcción de pensamientos nuevos y las modificaciones de las relaciones con el poder"* <sup>16</sup>.

De esa forma, diría Ricœur <sup>17</sup>, la comprensión de la historia se distancia de cualquier análisis homogenizador, estructurador, para dar paso a toda la complejidad de la interpretación no ya sólo de la historiografía, sino de los actores sociales e individuales. Es decir, nos

apartamos de la concepción interpretada por Touraine<sup>18</sup>, como que todos los sociólogos e historiadores a partir de Germani han insistido en la subordinación de estos movimientos sociales a actores políticos, en especial, a la intervención movilizadora de un líder político. Más bien, ese líder político, como conceptualiza Alberoni<sup>19</sup>, es mediador, contemporizador de los diversos intereses, que abrevan en parte en sus discursos, y se diferencian de él y de ellos.

La historiografía sobre el nacionalismo ha indagado si existe uno o varios nacionalismos, si el nacionalismo es una ideología y los nacionalistas otra cosa como dice Floria, el que a su vez analiza críticamente a la historiografía sobre el nacionalismo y considera que: a) se ha interpretado que era uno solo, caracterizado como reaccionario y resentido (Marysa Navarro Gerassi); b) Mónica Quijada lo dividirá en dos: oligárquico uno y popular el otro; c) Buchrucker preferirá distinguir el “nacionalismo restaurador del nacionalismo populista”, con la idea de averiguar cuánto de fascismo había en ellos y luego, en el peronismo; d) por su parte, Zuleta Alvarez dirá que había un nacionalismo doctrinario, filofascista, autoritario, subordinado a las ideas de orden jerárquico corporativo, dictatorial, militarista y un nacionalismo republicano en el que ubica a los hermanos Irazusta, en el que se aceptaban las instituciones republicanas, rechazaban la dictadura, eran antiimperialistas, sobre todo antibritánicos. Rama -dice Floria- *“se interna entre los grupos nacionalistas y halla a los tradicionalistas, a los conservadores y católicos, a los pro y neofascistas, a los populistas o peronistas, a los socialistas, a los guerrilleros”*<sup>20</sup>.

En efecto, se puede agregar a lo dicho por Rama, lo que decía en un trabajo anterior sobre las ideas de la dirigencia intelectual y política de los años 30 y 40, referida a sus ideas sobre la población y el pueblo argentino<sup>21</sup>. No hubo un solo sector que se mantuviera al margen del pensamiento nacionalista, con diferentes niveles y acentos en alguna o todas las implicancias de dicho pensamiento. En realidad, decíamos, era propio de una nación que se estaba construyendo o constituyendo, según el enfoque desde el cual lo veamos, porque como dice Monserrat Guibernau, *“El Estado-nación se esfuerza por crear una nación y desarrollar un sentido de comunidad a partir de (...) la creación de valores y símbolos (...) en busca de la unidad de la población sujeta a su gobierno mediante la homogeneización”*<sup>22</sup>.

## II. Movimientos vs. partidos políticos

En otro trabajo<sup>23</sup>, origen de éste, sostuvimos que el peronismo siempre consideró que era un movimiento y no un partido político. Incluso allí, decíamos que la historiografía en forma unánime, prácticamente, lo califica igual aunque no se detenga a analizar esta categoría. Se diferencian los autores solamente por los calificativos que le adosan al término movimiento. Para unos era nazi-fascista, o fascista de izquierda, para otros era populista, popular, de liberación del tercer mundo, etc. En dicho trabajo citando a García Mellid, a Scalabrini Ortiz y a Leloir hicimos hincapié en la influencia que tuvo el radicalismo en la idea de movimiento; los dos primeros como actores y fundadores de Forja, interpretaban que ellos eran portadores de dicha idea en el peronismo. En este trabajo, como lo prueban las fuentes que enseguida analizaremos, observamos que la idea de movimiento estaba arraigada en varios sectores, entre ellos, los nacionalistas, el movimiento obrero, en todos aquellos que pretendían diferenciarse de los partidos políticos tradicionales y de darle una amplitud que supuestamente éstos no tenían o que habían perdido. Por ello, juntamente con la autodenominación de movimiento sigue la descalificación del “ello”, entre otros, los partidos políticos.

De las fuentes consultadas interesan mencionar: a) un volante de propaganda nacionalista de 1941; b) un periódico denominado “Movimiento de la Renovación”, de 1942, dirigido por Bonifacio del Carril<sup>24</sup>, ambos anteriores al peronismo. Posterior a la caída de aquél, un folleto escrito por Mariano Montemayor, publicado en 1956 en “Azul y Blanco”, periódico dirigido por Marcelo Sánchez Sorondo<sup>25</sup>.

El volante de propaganda de 1941 fue firmado por 16 personas<sup>26</sup>, en él se invita a los “compatriotas” -dicen- a compartir los “principios propuestos para la iniciación del movimiento

nacionalista”. Más allá de que se le pudiera cuestionar, si un movimiento puede surgir o no de una proclama, interesa destacar que ellos se consideran así, no un partido. Por el contrario denostan a los partidos clásicos, como veremos seguidamente, pero además es interesante porque si no todas, tiene algunas notas que llevan a construir una identidad y distinguirse del adversario ideológico, adversario que en parte será el “ello” para el peronismo también.

El nombre del periódico “Movimiento de la Renovación”, por sí solo indica esa necesidad de diferenciarse de cualquier otra agrupación política. Con toda claridad distingue el “nosotros”: movimiento, del “ello”: partidos políticos. Así dice “... *nuestros propósitos son diametralmente opuestos de los que generalmente enuncian los partidos políticos (...) Nosotros no usamos promesas ni palabras y proyectos vanos, que no se cumplen porque no pueden cumplirse. El Movimiento tiene, claro está, un programa con ideas definidas de gobierno, pero los objetivos concretos de su acción actual, no son un programa para cumplir en las ilusorias alturas del poder, sino en la calle, con el pueblo, que es carne y entraña del Movimiento*”<sup>27</sup>.

El folleto de Montemayor, a diferencia del anterior, parte de una visión global del nacionalismo desde 1928, hace referencia a su heterogénea composición, pero que todas sus vertientes integran como lo denomina el “movimiento nacionalista”, compuesto -dice- por diferentes pertenencias ideológicas, sociales, religiosas, políticas, culturales y económicas. No obstante, interpreta que hay entre ellos una “doctrina uniforme”<sup>28</sup>. Cuestión que, como se verá más adelante, no es exactamente así.

#### *A. Identidad: el “nosotros” y el “ello”*

##### *1. En el nacionalismo*

Las fuentes nacionalistas mencionadas, a la que habría que agregar el periódico, también de 1941, “Nuevo Orden” del mismo año. Posteriores a la caída del peronismo, analizamos “El 45”, dirigido por Jauretche; “Palabra Argentina”, dirigida por Alejandro Olmos; “Política y políticos”, cuyo director era Terza, los que señalan con nitidez los adversarios, en el orden interno, referido fundamentalmente a los partidos políticos. En el ámbito externo, los adversarios responden a distintas ideologías.

Así, en el volante de propaganda apuntan al “conservatismo, radicalismo, socialismo”. El 1º, dicen, por su “individualismo, sentido usufructuario del E., extranjerismo, desprecio del pueblo”. El 2º, por “haber abandonado el clásico sentido nacional” y el 3º por haber “hecho abandono de su doctrina antiliberal, por su extranjerismo teórico y práctico, por no haber asumido la defensa de los trabajadores criollos expoliados y por su complicidad con el capitalismo internacional”.

Mientras que estos nacionalistas se identifican con “la parte más sana del pueblo”, casi como los vecinos del antiguo Cabildo, no obstante reconocen que adolecen de fallas políticas fundamentales que pretenden corregir. Por esa razón se distinguen de “otros” nacionalistas, los que “están -dicen- imbuidos de un espíritu de selección minoritaria”<sup>29</sup>.

El Movimiento de la Renovación, se identifica con la “voz de la juventud y de la esperanza”, y la convoca a unirse tras “una idea”: “ver a nuestra Patria (sic) renovada, grande, libre y justa, respetada por las demás naciones, venerada por sus hijos, sin sacrilegos ni espúreos, una Patria en que la libertad y el trabajo humanos sean asegurados (...) una Patria en que la justicia sea norma, la decencia regla, y la vida espiritual, culto con que los hombres honren al Creador”<sup>30</sup>.

El párrafo evidencia el nacionalismo católico de este grupo. Por ende, el adversario genérico son los totalitarismos, comunismo, nazismo, fascismo, cuya esencia estaba en el materialismo. No se opone, como dice Gómez Jorba, por las mismas razones que el liberalismo, que también es su adversario por materialista, sino por tener “*la certeza absoluta que en su más íntima esencia se opone a la concepción espiritual de la existencia, que afirmamos verdadera*”

31.

En forma similar pero con algunas diferencias de adversarios, Montemayor, al que Zuleta mencionaría dentro de los doctrinarios y Buchrucker dentro de los restauradores, como a Sánchez Sorondo, que prologa el apartado de “Azul y Blanco”, ubican, como adversarios a los liberales y la izquierda, a Perón ya que no a los peronistas, a los “juristas y políticos, en todas sus gamas ortodoxas, desde el centro derecha hasta la extrema izquierda, los partidos de la democracia liberal,” dice Sánchez Sorondo. Montemayor, por su parte, insiste con los conservadores, radicales, socialistas, demócratas progresistas<sup>32</sup>.

Los adversarios externos eran en todos los casos el imperialismo inglés y yanqui, el capitalismo, la plutocracia, los totalitarismos.

## 2. En el peronismo

En el peronismo, estrictamente, son los mismos grupos ideológicos y partidistas, pero con algunas variantes en la interpretación del adversario como de la nota identitaria. Las diferencias dependen del sector ideológico o social del que habla y, según fuera el ámbito al cual o en el cual se dirigían. Esto lo advierte Angel Borlenghi, ministro del Interior, en el discurso pronunciado el 27/8/48 en el Senado de la Nación, refiriéndose a la reforma constitucional, “*las modificaciones o ampliaciones a introducir concuerdan con las sugeridas en diversas oportunidades por hombres provenientes de distintos sectores de la opinión*”<sup>33</sup>.

Concentraremos el análisis en la Convención Constituyente de 1949, por contener la variedad de expresiones y significaciones de los distintos grupos en los que abrevó el peronismo. No se descuidan los discursos preliminares que condujeron a ella, tanto de los ministros del Ejecutivo, como de profesores de las universidades.

Por ejemplo, Angel Borlenghi en el discurso mencionado, sitúa a los adversarios en ideologías, no en otros partidos, entre ellos, el capitalismo, el liberalismo, el totalitarismo o colectivismo junto a sus secuelas: los Estados “convertidos en entes supremos”; Cereijo, ministro de Hacienda, ante los ministros de Hacienda de las provincias, apunta más bien al Partido Socialista por “su carácter híbrido y su falso obrerismo”; Ivanissevich, en el Teatro Cervantes, 1948, señala al contrincante más serio: “el capitalismo internacional negrero y asesino”, mientras que los obreros y el pueblo “eran el alma nacional”, con “conciencia nacional”<sup>34</sup>.

Para Sampay, fundamentando la reforma constitucional, su adversario principal es jurídico doctrinario, el primero, en orden de prelación es “el positivismo penal” en tanto le sustrae al hombre su trascendencia. Le siguen todos los otros, especialmente, el “doctrinarismo liberal”, del que dice: “*(...) hace del vacío formalismo jurídico su forma de vida; para él, la legalidad es el valor supremo, porque al desterrarse de la ciencia jurídica la legitimidad moral de las normas positivas, la legalidad quedó como única legitimidad*”<sup>35</sup>.

Dijimos que no nos ocuparíamos específicamente de las principales figuras, por ello preferimos, seguir con los que no están mencionados por la historiografía de referencia, pero demuestran cómo se asimila, en parte, al adversario del nacionalismo, pero sin la eficacia y coerción necesaria para constituir un vínculo social firme. Interesan, fundamentalmente, los convencionales peronistas que se identifican como representantes obreros.

Se autodefinen como representantes obreros: Emilio Borlenghi, Agustín Giovanelli, José Espejo, Juan José Perazzolo, Hilario Salvo. Son mencionados por Emilio Borlenghi, como tales: los convencionales, Dorindo Carballido, Enrique A. Condioti, Guillermo F. Lasciar, Benito J. Ottonello.

En esa autoidentificación como obreros dentro del peronismo se pueden hacer varias lecturas. Por un lado, el “nosotros” de estos convencionales “obreritos” se debería interpretar como su identidad primigenia que encuentra su representación, es decir, su segunda identidad, en el peronismo y luego en la Convención. Perazzolo (ferroviario) señala el siguiente orden de identificación: “*como argentino, como peronista, como representante de la clase obrera*”. Es

decir, se identifica con esos tres actores colectivos, pero para señalar al adversario, su discurso invierte el orden de prelación y refiriéndose al retiro de los convencionales radicales y concretamente a 1936, agrega: *“Como hombre representativo de la clase trabajadora, (...) en nombre de los descamisados de mi patria, repudio a (...) quienes hace unos días invocaron ser paladines de la clase trabajadora y ahora, al abandonar el recinto, han rehuido la responsabilidad y no han tenido el coraje de actuar. De modo que sepa la clase trabajadora argentina, una vez más que ellos son enemigos nuestros (...)”*<sup>36</sup>.

Salvo, en el mismo sentido de Perazzolo, comienza su exposición identificándose como obrero, señalando como principal adversario a los radicales, dolido como el anterior, por el retiro de éstos de la Convención, para luego señalar lo que a su juicio era una forma de injusticia: *“durante una década engañaron al pueblo”,* y, en ese entonces, a la representación obrera, *“tomándose el atrevimiento de quererla considerar como amiga”,* mientras que su *“nosotros”, “el movimiento obrero argentino”* -así lo denomina-, no está *“al servicio de un capital insaciable”* ni *“al servicio de las extremas izquierdas”*<sup>37</sup>, señalando de otra forma a las corrientes liberales capitalistas y a la izquierda en general sin partidizarla. En la misma forma lo hace Juan José Navarro, que también se dice argentino, peronista y *“hombre representativo de la clase obrera”,* más aún dice de los radicales, por las mismas razones que Salvo, *“sepa la clase trabajadora argentina una vez más que ellos son enemigos nuestros, al rechazar que se asiente en la reforma, (...) el Decálogo de los Derechos del Trabajador, cuya custodia será exclusiva de los trabajadores, haciendo, si llegara el caso, tantos 17 de octubre como fuesen necesarios”*<sup>38</sup>.

En segundo término, agregan su relectura del discurso nacionalista y a diferencia de éste, señalan al radicalismo como el cómplice de las políticas *“antiargentinas”*. *“Han defendido tanto lo antiargentino, -sigue diciendo Salvo- han estado tanto al servicio del capital foráneo y sin patria, que ya ni mirando la bandera argentina que preside esta Asamblea se acuerdan de que nacieron en esta tierra”*<sup>39</sup>.

La otra lectura de estos discursos, hecha por gran parte de la oposición al peronismo y por la historiografía, es que ello evidenciaría el corporativismo insito en este movimiento. Tema que se deja planteado para desarrollarlo más adelante.

Para los católicos, no tanto en la Convención, pero sí fuera de ella, en sus escritos y en la correspondencia analizada, sus principales adversarios son los liberales masones y ateos que, cuando Perón se enfrenta a la Iglesia, algunos peronistas habían sido conquistados ideológicamente por esas tendencias<sup>40</sup>. Cabe señalar que el primer documento del GOU, de marzo de 1943, señala a la masonería como *“enemiga del Estado y del ejército por antonomasia (...) una mafia en grande, en vez de secuestrar al hombre, secuestra a la nación (...) obliga a pagar el tributo de una soberanía...”*<sup>41</sup>. No es extraña la mención de este adversario en la proclama del GOU, puesto que los ministros actuantes en el gobierno de Ramírez, como señala Buchrucker y el mismo Pavón Pereyra, provenían, en gran parte, del nacionalismo restaurador y renovador<sup>42</sup>.

El adversario es compartido genéricamente con el nacionalismo y en hechos puntuales, como con más precisión se podrá ver en el análisis de temas puntuales que analizaremos más adelante. Pero es interesante consignar que, como sucede en los autodefinidos representantes obreros, la identidad peronista está subordinada a la pertenencia a su identidad originaria, lo mismo se puede decir de los católicos, los nacionalistas, los militares.

El gobernador de San Juan, Ruperto Godoy, no los señala concretamente sino genéricamente, mencionará a las *“... fuerzas dañinas que persisten en la explotación de los humildes, en la entrega de nuestra soberanía y en el fomento de la contrarrevolución mediante la siembra del odio de las clases y la discordia entre los argentinos (...) Frente a ellas debemos unirnos todos en el peronismo (...) El General Perón ha llamado al movimiento a todos los argentinos que están por la unidad nacional y por la democracia social”*<sup>43</sup>.

En forma similar se expresa otro sanjuanino que fuera senador nacional y luego embajador en la India, Oscar Tascheret, en 1957, en carta al padre Hernán Benítez.

*“Esta lucha, sin dudas, está fomentada por los mismos factores extraños que gravitaron*

*más intensamente desde 1930 hasta el 43. Numerosos hechos confirman esta suposición. Simultáneamente con la toma del poder por el gobierno de facto, comienza una fabulosa y desalmada campaña publicitaria tendiente al desprestigio de la acción recuperadora nacional (...) Difícilmente cueste aceptar, por malos argentinos que fuéramos, que esta campaña, haya sido planeada dentro de las fronteras de la Patria, aunque debamos admitir que ignorantes y perversos, que en todos los pueblos hay, hayan sido sus ejecutores”*<sup>44</sup>.

### 3. Para los adversarios

Por su parte, los adversarios, es decir, en la Convención, los radicales, ven a los peronistas como fascistas, nazis, tal como lo expresa Lebensohn, en el discurso que pronuncia para anunciar el retiro del bloque de la Convención. Para caracterizar al peronismo como totalitario, comienza comparándolo con el fascismo en sus etapas de surgimiento y consolidación. Advierte como notas totalitarias las siguientes: a) ausencia de libertad de prensa, especialmente, de libertad de radio; b) el partido oficialista actúa como órgano del Estado; c) supresión de hecho de la separación de poderes; d) centralización política; e) control político sobre los aspectos económicos, financieros, sindicales y culturales; f) intento de perpetuar al jefe del partido en el poder<sup>45</sup>.

El convencional radical por Santiago del Estero, Víctor Alcorta, en un largo documento que inserta en el Diario de Sesiones, titulado “Análisis filosófico de las doctrinas que hacen la tipificación de los regímenes de los pueblos de Europa y el argentino” identifica al radicalismo con la democracia, con la línea Mayo-Caseros, “*que tiene en su fundamento esencial elementos inexcusables de libertad, igualdad y fraternidad...*”, mientras que el “*régimen imperante -como califica al peronismo- ha deformado aquellas organizaciones (universidades, escuelas) (...) suprimiendo la enseñanza laica, levantando en ella la tribuna para inculcar principios clasistas desconceptuados y sanguinarios, de un nacionalismo reaccionario y absolutista...*” cuyo método de planificación política, social y económica es la esencial herramienta de los sistemas totalitarios, sean de izquierda o de derecha<sup>46</sup>.

### 4. Para la historiografía

La historiografía, no sólo la que tiene por objeto desentrañar esta relación sino también la que aborda al gobierno de Perón en general, también ha señalado la influencia del nacionalismo, al menos en el lenguaje utilizado por el peronismo. James dirá que los términos *cipayo*, *vendepatria* utilizados por el peronismo, son típicamente nacionalistas. Buchrucker, bien considera que los nacionalistas populistas equiparan la justicia social a la independencia económica, como lo sostendrá el peronismo.

Fermín Chávez, con cita de Perón piensa igual: “*Perón afirmaba -dice- que la justicia social no puede ser realizada por el gobierno de una nación que no posea el dominio de sus propias riquezas desde que la justicia social es fundamentalmente de redistribución de bienes y, ante todo, de bienes materiales...*” se exige que “*el uso y propiedad de los bienes que forman el patrimonio de la comunidad se distribuyan con equidad*”.

“*Perón vino a reintegrarle al hombre común marginado su capacidad política y a convertir en protagonista al ‘descamisado’ y al ‘cabecita negra’, para instalar una columna vertebral nueva en el proceso político-social de los argentinos. Y lo hizo forzando en gran medida una integración, para crear lo homogéneo en lo heterogéneo ... En noviembre de 1946, el presidente puso énfasis en afirmar que sin ‘conciencia social’ no hay verdaderas ‘conquistas sociales’*”<sup>47</sup>.

Pero con estas referencias deseo destacar que el adversario no es exactamente el mismo al que hace referencia el nacionalismo. El principal oponente, no es tanto el imperialismo como en

los nacionalistas, sino todo aquel que se enfrente al obrero y menosprecie a su persona, los inferiorice o los engañe. Por ello, es muy diferente decir que se representa a la parte más sana del pueblo y con estos títulos defender la Patria expoliada por lo extranjero y antinacional, que decir pueblo a secas, o que se representa al obrero, sin calificarlo de sano, organizado, ni ningún otro adjetivo y defenderlo como persona concreta que sufre personalmente las injusticias, no sólo producidas “desde afuera” sino también por enemigos de la clase obrera que se encuentran “fronteras adentro”. En esta reconstrucción del discurso se observa lo que en el trabajo principal se analiza, cómo las redes discursivas dependen del actor al que está destinado el discurso, pero también, cómo lo recepta ese actor<sup>48</sup>.

### **III. Los discursos sobre el Estado desde 1930 y en la bibliografía sobre el peronismo**

En cuanto a los temas, los que producen la injusticia y las adversidades ante las cuales surge un movimiento que intenta solucionarlo, ocurre más o menos lo mismo. Específicamente, el análisis se acotará a: la idea de las funciones del Estado, de democracia, de representación, de propiedad y justicia social. Se entiende que la referencia discursiva a esos temas contribuye a perfilar mejor la real influencia, como las distorsiones y nuevas construcciones del discurso nacionalista en el peronismo.

#### *A. Un Estado acrecentado desde 1930*

En esos años, en realidad, no había agrupación política que no reclamara una mayor participación del Estado. Las diferencias entre las agrupaciones e ideologías existentes en Argentina consisten en las funciones del Estado. Qué funciones debían acrecentarse, para qué y para beneficiar a quién o a cuál actor colectivo. En ese sentido, no es sencillo decir que solamente el nacionalismo influye en este discurso. Era una idea fuerza que imprimía su sello en distintas pertenencias sociales, ideológicas y partidistas.

Generalmente, la historiografía que analiza la historia desde los años '30, distingue las posiciones de la dirigencia política argentina, según sea su concepción de las funciones económicas que deben o no incorporarse al Estado. Estos agrupamientos se quiebran cuando se los enfoca desde las competencias que se le otorgan al Estado para gestar modificaciones en los comportamientos de los actores colectivos y de los individuos. En la complejidad de existencia de varios actores colectivos, cuáles debían participar en el poder del Estado, sobre cuáles se debía manifestar la intervención estatal y cuáles son las finalidades que se esperan de dicha intervención.

Respecto de esto último, decimos en otro trabajo referido a las políticas demográficas, que la ampliación de las funciones del Estado está presente en todos los sectores políticos e ideológicos, dependiendo de la adscripción o no al darwinismo social, a Spencer o a Galton. Como mínimo, le otorgaban al Estado la facultad de influir, a través de la educación, sobre los valores morales. Lo máximo era concederle el poder de inmiscuirse en la vida privada de las personas a través de una política eugenésica. En esta última posición se encuentran autores liberales, como Díaz de Guíjarro; católicos como Alejandro Bunge. Mientras que para socialistas como Alfredo Palacios, católicos como Barahona o Franceschi, peronistas como Emilio Llorens, radicales como Víctor Guillot, J.C. Rodríguez, sin desprenderse totalmente del darwinismo, apuntarán a la eugenesia positiva otorgando al Estado la facultad de legislar social y previsionalmente. Claro que, como decíamos en esa obra, así como las teorías de Keynes fueron interpretadas como las ideas de un liberal apasionado, defensor de la empresa privada que creía que sus doctrinas servirían a su salvaguarda “si la intervención del Estado, proporcionaba la estructura adecuada”, así también, la legislación social propuesta por esos

autores, era una forma de mantener el *statu quo* de las elites sociales tradicionales <sup>49</sup>.

### *B. La caracterización del Estado peronista en la historiografía: ¿fue corporativo?*

La historiografía sobre el nacionalismo y el peronismo, y aquella referida exclusivamente a este último, tanto en los años inmediatos al peronismo histórico, como así también obras recientes sobre el peronismo, destacan en su gran mayoría, el estatismo del peronismo, por darle un nombre neutro sin calificativos. Las obras inmediatas a él, afines u opositoras, mantienen los calificativos esgrimidos en los discursos en la Convención que se han transcrito. Los trabajos alejados de la coyuntura, posteriores a los años '90, traducen el estatismo como corporativismo, no como una categoría de análisis teórico, sino como sinónimo de fascismo, con distintos grados de énfasis.

Dentro de las primeras obras se puede mencionar a Marcos Armando Hardy. El peronismo era para él un “*sistema corporativo totalitario*”, y, específicamente, un “*régimen corporativo fascista en las constituciones de las nuevas provincias que llevan su apellido*” <sup>50</sup>. Fayt, más alejado en el tiempo que Hardy, conserva en su memoria las mismas imágenes.

*“Al sindicalismo de clase opuso un sindicalismo corporativo -dice- articulado como instrumento del poder político y correa de transmisión entre el líder y la masa. A la dictadura del proletariado opuso la dictadura nacional identificando no sólo el Estado con la Nación, sino a ésta con el movimiento peronista, pretendiendo imponerle una sola doctrina y un único y supremo conductor. Su concepción de Estado se expresa en voluntad de dominio y de poder, reclamando unidad de acción y de pensamiento y coordinación de esfuerzos. Constituyó un gobierno centralizado y un Estado organizado con fines expansivos, de naturaleza totalitaria. En su consecuencia organizó y encauzó al movimiento sindical de acuerdo con las directivas del Estado”* <sup>51</sup>.

De los otros autores mencionaremos a James, quien sostiene que era corporativo “*por organizar y dirigir grandes esferas de la vida social, política y económica; (...) incorporar a la clase trabajadora a este Estado*” <sup>52</sup>. Y porque “*el Estado era un espacio donde las clases -no los individuos aislados- podían actuar política y socialmente unos junto con los otros para establecer derechos y exigencias de orden corporativo*”, cuyo árbitro final era el Estado, identificado con la figura de Perón <sup>53</sup>. En realidad, James sigue con el esquema de clases sociales, cuando hoy el término ya está casi desechado reemplazándolo por actor político. Tampoco el dirigismo estatal es una nota identificadora solamente del corporativismo, como se verá más adelante.

Torcuato Di Tella, por la influencia del nacionalismo y del pensamiento social católico, que le brindaba un modelo de planificación social y representación de grupos ocupacionales o culturales <sup>54</sup>.

Iturrieta, refiriéndose al nacionalismo, mantiene el término y lo proyecta en el tiempo, por ello dice que el Proyecto Nacional de 1974 “*tenía un tufillo corporativista*” <sup>55</sup>.

Una interpretación un tanto diferente es la de Horowicks, “*¡Corporativismo!, gritan los viejos pelucones gorilas. De algún modo decían la verdad, no la que ellos creían anunciar, esta verdad: en el Estado burgués, aun en el más democrático, el presidente tiene algún poder para facilitar el acceso de un dirigente sindical a la CGT (...) el gobierno interviene siempre, por acción o por omisión; la calidad de la intervención define el grado de desarrollo alcanzado por el movimiento obrero y la naturaleza de ese gobierno*” <sup>56</sup>.

Es similar a lo que decían Scalabrini Ortiz y Jaureche, refiriéndose ya no sólo a los proletarios sino a las corporaciones representantes de “*intereses económicos*”, o a la política impositiva de los años '30, como forma de favorecer a esos sectores y hacerlos soportar por el grueso de la población <sup>57</sup>.

Altamirano señala “*el peronismo reivindicaba la soberanía popular como el principio que autorizaba a pasar por encima de todas las garantías del Estado de derecho*” <sup>58</sup>. Floria lo dice

del nacionalismo, y lo proyecta al peronismo en esta forma: de *“un sindicalismo militante organizado desde la sociedad frente al Estado y los capitales, surgió un sindicalismo de encuadramiento, prólogo de la Argentina corporativa posterior, reorganizado desde el Estado y convertido en uno de los factores de poder actuantes...”*<sup>59</sup>.

Fermín Chávez no lo califica de corporativo, sino de planificador: *“... cuando el peronismo llega al gobierno constitucional, el 4 de junio de 1946, ya tiene echadas las bases de una planificación social, económica y cultural que es novedosa en cuanto a su dirección (...) La estructura económica de la Argentina sobre la que operaría el peronismo era verdaderamente neocolonial...”*<sup>60</sup>, apuntando a las estatizaciones y nacionalizaciones que realizó el peronismo en los primeros gobiernos.

Buchrucker, se hace eco de las interpretaciones vistas y los calificativos otorgados al nacionalismo y al peronismo como corporativistas. El considera, asumiendo esas interpretaciones que *“el ingrediente fundamental de la concepción del Estado es el corporativismo”*<sup>61</sup>.

En ese sentido cabe preguntarse qué se entiende por corporativismo. Aunque la pregunta parece una ingenuidad, no lo es. La palabra es usada por la historiografía, por los cientistas políticos, para calificar determinados procesos históricos, en especial, al peronismo, pero no parten de la conceptualización del término<sup>62</sup>. Incluso, en obras renombradas, como las enciclopedias y diccionarios especializados en ciencias sociales que supuestamente deberían, dado el objetivo que supone una enciclopedia, indagar y responder sobre el significado y la significación universal de ese término, no lo hacen<sup>63</sup>, habida cuenta que dicho término se lo asimila a fascismo y, como tal, no se expone un concepto universal, sino particular de un momento histórico europeo e italiano.

Gino Germani, en un principio lo denominó fascista, pero en una obra de 1978 dirá, sobre estos diferentes discursos, que *“la razón de multitud de interpretaciones diversas puede atribuirse a la escasez de conocimientos sobre el tema. En la extensa literatura sobre el peronismo se descubre que, a menudo, carece de una base académica o está basada en una investigación insuficiente o poco confiable en las áreas de la historia, la sociología o la ciencia política”*<sup>64</sup>.

¿Es así como lo expone Germani? Estrictamente todos coinciden en la mayor estatización de la sociedad, lo cual indudablemente fue así, no sólo en los gobiernos peronistas, sino desde la crisis de Wall Street.

La cuestión de las diferentes interpretaciones no consiste en señalar esa situación sino en las asimilaciones que se realizan respecto de los modelos europeos o del antiguo régimen que se utilizan para señalar semejanzas, sin una debida conceptualización y analogías que demuestren dicha semejanza. Además: a) La equiparación del concepto de corporativismo con el de grupos de presión, de factores de poder. b) La creencia de que el discurso nacionalista es uno. c) La idea de que el peronismo asimiló el que evidencia una clara filiación corporativa. d) La incorporación de un nuevo actor social, el obrero, a las estructuras políticas, como signo evidente y estrictamente único de la evidencia del corporativismo. e) La representación de un hecho histórico sin las debidas relaciones con los otros actores sociales en la historia política argentina, ni las pruebas institucionales, lo que Germani entiende que es la ausencia de una base académica y, por ende, las aporías que de ello se derivan.

Entonces será preciso desplegar el concepto de corporativismo. El término proviene de cuerpo, es decir, los cuerpos sociales, o corporaciones. Para definir una forma de organización política como corporativa, uno se debe remontar a la Edad Media, a la sociedad estamental, a las cortes constituidas por los representantes de dichos estamentos, elegidos de entre ellos y no por los ciudadanos, como será después de la caída de dicho sistema. Así era en el Antiguo Régimen, de esa forma fue estatuido en la Constitución de 1819, y así fue la propuesta del grupo nacionalista que apoyó a Urriburu en el golpe de Estado de 1930 y, como se desarrollará seguidamente, fue la propuesta de varios nacionalistas en el período que interesa. Esta idea fue receptada parcialmente en la Constitución de la provincia Presidente Perón, antiguo territorio nacional denominado Chaco, que había adquirido su *estatus* de provincia en 1951, de ahí la

sanción de su Constitución<sup>65</sup>. Decimos parcialmente, porque la representación se restringía a las asociaciones profesionales, entendidas éstas como asociaciones obreras, según la ley 12.921/1946, sin establecer otras ramas de actividad.

La elección por medio de la ciudadanía, permitiría hablar solamente de representación popular o política, sin representación directa de los cuerpos, pero también sin ninguna influencia de éstos. ¿Esto es así?, estrictamente no, porque no se deben descuidar las influencias de los grupos de presión y de poder que existen en la sociedad, como bien lo apunta García Pelayo: *“la perspectiva político-jurídica formalista había vaciado de contenido al Estado de derecho”*<sup>66</sup> refiriéndose, precisamente, a la representación, a los partidos políticos, a las empresas, en fin, al sistema representativo dentro del capitalismo. O, como se pregunta Zampetti respecto del Estado liberal-democrático, en especial de los EE.UU.: *“¿Estamos ante el ocaso del sistema representativo porque han venido a fallar los fundamentos que han constituido su propia razón de ser?”*<sup>67</sup>.

Es decir, la historiografía sobre el peronismo padece, como diría Luhmann del Estado contemporáneo y de la representación de un eventual déficit de reflexión<sup>68</sup>. Por ello, no se observa toda esa red de poderes que el Estado acciona para asegurar la integración social, lo cual implica -dice Gozzi- *“la necesidad de un enriquecimiento temático y categorial de la tradicional teoría del Estado, tanto por la parte burguesa como por la parte marxista”*<sup>69</sup>. Como dice Hespanha, en referencia a la percepción del derecho fundado en Bourdieu, *“los que propugnan una vida política orientada por la ‘supremacía del derecho’ infravaloran el modo en virtud del cual una construcción jurídica empobrece y falsifica lo real; con otras palabras, la capacidad que tiene el derecho para enmascarar y eufemizar el contenido irreduciblemente político de los conflictos sociales”*<sup>70</sup>.

Con esto último se desea señalar que los discursos nacionalista y peronista hay que contextualizarlos en todo el accionar de los factores reales de poder en el transcurso de la historia política argentina y extranjera. A su vez, al discurso nacionalista hay que tamizarlo con las diferentes posturas del mismo nacionalismo, a diferencia de la “doctrina uniforme” que sostenía Montemayor. Lo mismo se puede decir de la asimilación del pensamiento nacionalista al discurso peronista en sus diferentes vertientes ideológicas. Porque en este punto hay que tener en cuenta: a) la concepción genérica del Estado, juntamente con sus ideas de representación y legitimidad y cómo se plasman en la Constitución de 1949 y en qué sentido estas normas infravaloran, como diría Hespanha, la acción política; b) qué competencias le otorgan unos y otros, en qué órdenes, si son sociales, económicas y c) específicamente, cuáles son las prioridades de esa intervención.

#### **IV. El Estado y la representación corporativa o popular**

##### *A. Las fuentes nacionalistas y el Estado*

Sobre ese marco general de caracterización del Estado, los nacionalistas en sus diferentes vertientes, ¿qué opinaban del Estado? Volviendo al volante de propaganda de 1941, los nacionalistas populistas, por darles el nombre que da Buchrucker, tienen por objetivos: 1) soberanía; 2) lucha contra la plutocracia; 3) recuperación de la soberanía; 4) eliminación del capitalismo extranjero de los servicios públicos, comercio e industria; 5) subdivisión de la propiedad rural; 6) redistribución de la riqueza; 7) reducción del comercio exterior; 8) previsión social, plan de viviendas, fomento de la nupcialidad.

Es decir, esta fuente destaca todos los puntos señalados por la teoría para concitar la idea de identidad, palabra que menciona reiteradas veces el volante, juntamente con la defensa de los intereses nacionales y propulsor de una política social tuitiva de los sectores más pobres. En este sentido está sobreentendida la función del Estado, pero no dicha explícitamente. No hay referencia a algún sistema de representación, si democrático o corporativo.

Tampoco los que escriben en “Nuevo Orden” (los hermanos Irazusta, Ernesto Palacio, Jacovella, entre otros) son explícitos, salvo Juan B. Molina que sí menciona al Estado como el “hacedor de la justicia social”, párrafos después considera que “el nuevo orden debe respetar la iniciativa privada, la propiedad y el capital privado”. En el mismo periódico, Harriague Coronado no utiliza el término Estado, sino “país”, el país es el que tiene que tener el control de la producción, el crédito, los transportes, el comercio. La significación del término país, entonces, es ese actor colectivo que no necesariamente es el poder del Estado, puede significar mantener el *statu quo*, en las relaciones sociedad-Estado en el orden interno y modificarlas solamente en la amplitud de las relaciones internacionales, dentro de ellas, la política exterior.

En el caso del nacionalismo doctrinario diría Zuleta Alvarez o del nacionalismo restaurador, diría Buchrucker, el folleto de Mariano Montemayor, prologado por Sánchez Sorondo, en 1956, sintetiza esa supuesta “doctrina uniforme”, como la denomina, en esta forma: 1) Emancipación política; 2) Tradicionalismo o restauración (acá está claro el grupo al que pertenece) fundados en el orden, propiedad, familia, moralización general de la sociedad y el Estado; 3) Iberoamericanismo para su liberación conjunta; 4) nueva estructuración del Estado y la sociedad, crisis del parlamentarismo; 5) justicia social, reconocimiento del sindicalismo, acceso a la propiedad.

Esto último podrá cuestionársele en tanto no era uno de los principios sustanciales de este sector del nacionalismo en un principio, es decir, antes del peronismo, pero queremos señalar los puntos de ambas vertientes, como símbolos del discurso nacionalista que, como una mancha de aceite impregnó a varios sectores políticos, ideológicos y artísticos argentinos, pero fue reinterpretado <sup>71</sup>.

#### *B. La idea de representación corporativa o funcional en algunos nacionalistas*

El tema de la democracia en los periódicos vistos es escasamente abordado, las pocas veces que se menciona la palabra democracia es para enfrentar al adversario comunista con la democracia burguesa, de la que se sienten partícipes. Expresamente lo sostienen en el periódico “Movimiento de Renovación”, en crítica a la obra de Rodolfo Puigrós: *Los caudillos de la Revolución de Mayo* <sup>72</sup>. “Nuevo Orden”, en palabras de Rodolfo Irazusta, para enfrentar a la democracia inglesa con la argentina. “*Esa democracia enemiga -dice- ha logrado oprimir a nuestra democracia por medios ideológicos, financieros y políticos*” <sup>73</sup>.

Por ello, es conveniente analizar las propuestas de los nacionalistas a la reforma constitucional a través de la Encuesta sobre la revisión de la Constitución, organizada por la Facultad de Derecho de la UBA, en lo que respecta a la idea de representación, que es, a nuestro juicio, la nota esencial para considerar si proponían una forma de gobierno corporativa o democrática.

Carlos Elguera dice: “*es necesario integrar el gobierno nacional por representaciones de las grandes corporaciones de la Nación*”; para Jorge Llambías “*que el cuerpo (el Senado) no sea representativo de la masa de ciudadanos, lo que incumbe a la Cámara de Diputados, sino de los grupos sociales de especial relevancia en la convivencia argentina*” <sup>74</sup>; Bargallo Cirio propone que la representación en Diputados sea igual a la existente, en el Senado, “*además de los representantes de las autonomías provinciales, a los ex presidentes y ex vicepresidentes de la República, a dos obispos, a dos rectores de universidades nacionales y a dos representantes de las fuerzas del trabajo y del capital -uno para la producción agropecuaria y otro para la industrial y comercial-. Estos serían miembros permanentes de la institución*” <sup>75</sup>; Marcelo Sánchez Sorondo, luego de referirse a la crisis del régimen representativo y del Parlamento, propone: “*a) supresión del Senado, cuerpo que al margen del régimen federal carece de mandato y de riguroso objeto; b) creación del Consejo de las Autarquías, compuesto por los representantes de las ciudades capitales, de las regiones nacionales (provincias históricas y territorios) y de los intereses del trabajo, de la industria y de la administración; (...) El Consejo de las Autarquías no legisla. (...) dictamina respecto de los proyectos de ley, de los que toma*

*conocimiento antes de presentados a la Cámara, a requerimiento obligado de ésta*"<sup>76</sup>; Luis Seligman Silva dice que *"la representación parlamentaria debe incluir a las instituciones normales de la sociedad: corporación universitaria, gremios verticales de la producción espiritual, intelectual y manual, etc."*<sup>77</sup>, propone una representación corporativa, insinuada en el escrito de Montemayor como reestructuración del Estado junto con la mención de la crisis del parlamentarismo.

Estas fuentes son un claro ejemplo de corporativismo, en tanto los cuerpos sociales, o si se prefiere llamarlos los intereses, grupos de poder, están representados como cuerpos y no como ciudadanos.

En otra publicación de la Universidad de Buenos Aires, en este caso alentada por Acción Social de la Universidad, Faustino Legón, sin una definición corporativa firme, expresa: *"Entiendo que la representación funcional no debe desalojar la simple y llanamente democrática, aunque podría ser un complemento de ésta, sobre todo, a través de órganos especializados y de inicial carácter asesor. Estructurar la política sobre las corporaciones sin una previa vida corporativa auténtica, emergido desde abajo en la realidad social, conduce fácilmente a la deformación fraudulenta del sistema funcional"*<sup>78</sup>.

En sentido similar expone José María Velazco Ibarra, ex presidente de Ecuador en 1934, catedrático de Derecho Constitucional Comparado, en la Universidad de La Plata, y como tal se funda en la Constitución Francesa de posguerra que establecía un Consejo Económico, considera que como *"las constituciones modernas han establecido comisiones especiales de carácter técnico para que preparen los proyectos de leyes técnicas o para que den su parecer antes de que las cámaras aprueban o imprueban definitivamente. (Pero) la ley ha de ser siempre obra del Estado político, es decir, de las cámaras representativas. Las comisiones especiales sirven sólo para ilustrar el criterio de las cámaras sin sustituirlas"*<sup>79</sup>.

Francisco Valsecchi, en cambio, un organicista, propone la representación de las clases sociales, y las organizaciones profesionales, además de los municipios, y la familia<sup>80</sup>.

En la encuesta organizada por la Facultad de Derecho, está clara la idea corporativa en los autores seleccionados. En la segunda encuesta, salvo Valsecchi, más bien se observa la equiparación con los consejos económico sociales, propios del constitucionalismo europeo de entre guerras y de la segunda posguerra<sup>81</sup>. La diferencia consiste en que a dichos cuerpos, en el segundo caso, se los deja como asesores, no conformando las cámaras como representantes de las corporaciones para sancionar leyes. Esto es lo que ocurrió en Francia con el Consejo Económico Social, instituido en la Constitución de posguerra. En EE.UU., la influencia se canalizó legislando la inscripción de los lobbistas en el Congreso Nacional<sup>82</sup>.

Si bien esos documentos fueron elaborados como aportes a la reforma constitucional que se había encarado por el gobierno peronista, en la Constitución de 1949, ninguna de esas ideas se concretaron normativamente. Conviene, entonces, analizar el discurso de los convencionales peronistas, sobre todo, los que se dicen representantes obreros, para indagar si al menos alguno, recepta ese discurso nacionalista y lo propone en la Convención.

### *C. Estado en el peronismo según las fuentes*

En el Estado peronista, como dijimos, desde el momento en que se sanciona la legislación social y previsional, de por sí hay una injerencia del Estado, para lo cual hay que sumarle las estatizaciones, o nacionalizaciones, como se llamaron, en lo cual se evidencia el aporte del nacionalismo en el discurso más que en la acción de gobierno. Respecto del Estado en sí, el discurso peronista en la Convención es más explícito, mucho más que el nacionalismo.

El miembro informante, Sampay, asumiendo todos los principios del llamado Estado dirigista, que desde 1930 la dirigencia política alentaba en sus diferentes vertientes partidistas, resume la posición peronista y dicho proceso. Hace referencia a la Ley Sáenz Peña y al gobierno de Yrigoyen, como el comienzo de la democracia y del Estado interventor. *"... nuestro país -*

dice- pudo iniciar el viraje, gracias a la organización del Poder Ejecutivo y a sus vigorosos atributos, desde el Estado abstencionista y neutro hacia un Estado económico y cultural, hacia un Estado de protección, Estado de prosperidad y previsión (...) el sustrato sociológico de ese cambio, la causa de esa conversión, o sea, la democracia de masas”<sup>83</sup>.

Los convencionales Domingo Maturó<sup>84</sup>, de Santa Fe; Oscar S. Martín<sup>85</sup>, de Capital Federal; Francisco Parera<sup>86</sup>, de Buenos Aires<sup>87</sup>, destacan la finalidad de la intervención estatal, así como también las injusticias que se derivaban de su abstención. A su juicio, esta abstención del Estado en la etapa liberal estaba al servicio de los poderosos; con la reforma estaría al servicio de la comunidad toda, empezando por el obrero, sin descuidar las fuerzas productivas sobre todo industriales, que necesitaba el país. Los tres primeros lo expresan, al fundamentar la actividad económica dirigida por el Estado, el último defendiendo el art. 15 referido a la no existencia de libertad para atentar contra la libertad. Todos reclaman la acción del Estado, como forma de resguardar al hombre, dicen genéricamente, pero especialmente a los sectores más necesitados, de los efectos “injustos que el liberalismo y el capitalismo habían producido con la explotación del proletariado”. Martini auspicia un “Estado subsidiario en todos los órdenes (típico de la doctrina social de la Iglesia); mantenemos el concepto de Estado fomentador, pero sí combatimos el poder económico dentro del poder político para forjar el equilibrio del mercado económico y contribuir al equilibrio de lo social y de la moral”<sup>88</sup>, lo cual constituye un claro rechazo a la influencia del corporativismo empresario. De esa forma, al igual que Maturó, proponen la acción en el desarrollo industrial, en el manejo del crédito y de los mercados. En fin, es la propuesta de un verdadero estatismo. Estatismo cuya finalidad, según los discursos era terminar con la injusticia y la opresión de los más débiles. Para los partidarios es como decía Martini, solamente un Estado subsidiario, para los opositores un Estado totalitario.

Así, para el convencional radical, Amílcar A. Mercader, ese abultamiento de las funciones del Estado y su consiguiente engrosamiento de las cargas impositivas tenía por finalidad solamente acrecentar la propaganda política del gobierno<sup>89</sup>. Era un “Estado policial” y “en la confusión de Estado y partido”, se evidenciaba “el signo más totalitario y característico del peronismo”<sup>90</sup>.

#### *D. Representación en el peronismo*

En el tema de la representación que, al menos formalmente, debería estar la nota corporativa, formadora del poder del Estado, como lo auspiciaban ciertos nacionalistas, no existe. En la composición y formación de las cámaras del Congreso, debería haber surgido el tema de la representación funcional o corporativa, pero el tema no aparece en los debates. En general, se ocupan de la elección directa del presidente y de los senadores. Ahí centran el cambio a introducir y las formas de representación que no difieren mayormente de la Constitución de 1853.

Eduardo José Navarro, convencional de Entre Ríos y autotitulado representante obrero, defiende la representación popular en Diputados y en Senadores, en cualquiera de las dos cámaras. Fundándose en el principio democrático, tanto cuando se amplían las condiciones para que los extranjeros ciudadanizados o naturalizados accedan a la representación, como cuando se le suprime al senador la exigencia de una renta anual. En este caso queda perfectamente aclarada su oposición a un sistema fundado en la riqueza: “la posición económica no debe determinar la capacidad política”<sup>91</sup>.

El convencional radical Mercader, no menciona el término corporativismo, solamente se lamenta de la imposibilidad de enfrentar a la mayoría peronista y señala la idea de representación contenida en el art. 22 C.N. de 1853, alegando que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, pero que eso no significaba que la mayoría pudiera actuar arbitrariamente, como lo hacía en ese Estado policial “encarcelando a los trabajadores del país”<sup>92</sup>. Ante esto, Giovanelli, otro convencional que se autodefine desde su “posición de obrero” y no de jurista, como dice, le contesta a Mercader, si bien ponderando la

Constitución del '53, reafirma su voluntad reformadora, *“porque por medios legales y argumentos de ley se ha desvirtuado el espíritu de aquella Constitución, comenzando por la justicia hecha para la clase privilegiada, porque los únicos por ella condenados eran los humildes: se ha dado más pena a quien robaba un huevo para satisfacer su hambre que a quien robaba media República. Estamos de acuerdo con la reforma porque no podemos permitir que en el futuro se burle la voluntad popular, ya que muchas veces estaba en manos de unos cuantos electores la asignación de quienes debían regir el país”*<sup>93</sup>.

¿Se puede interpretar que al definirse como representantes obreros, y mencionar la representación popular, formulan una propuesta corporativa? A nuestro juicio no. Inclusive las palabras de Giovanelli, simplemente describen lo que luego teorizarán Zampetti, García Pelayo, Loewenstein, Habermas, Grossi. Estos afirman que al incorporarse la “democracia social”, como la denomina el peronismo, o al ampliarse la base del sufragio activo, con las mujeres y pasivo con la consiguiente llegada de obreros, que eran representantes sin base económica suficiente, se quiebra el orden constitucional liberal, en tanto los poderes reales, cual era la burguesía instauradora del sistema, abre la participación a sectores sociales sin real poder económico.

Así también lo interpretó Luder, como convencional, al defender la reforma del sistema representativo por las siguientes razones: a) porque “la presencia de las masas en el ágora política, quiebra los recaudos estructurados por la Constitución del 53”; b) por “la incongruencia que se advierte entre el texto constitucional y la realidad sociológica”; c) porque “la supresión del sistema de elección indirecta y su reemplazo por el de la elección directa de presidente y vice de la República, destruye una ficción constitucional y al mismo tiempo incorpora un procedimiento para registrar con mayor fidelidad la voluntad popular”<sup>94</sup>.

Los convencionales peronistas hicieron hincapié en la elección directa de senadores y del presidente que fue la reforma concreta que se operó sobre el sistema de representación de la Constitución de 1853. Así lo planteó Angel J. Miel Asquía, abogado también como Luder, asentándose en que el presidente representa *“... a los argentinos, cuya voz reza y pesa para todo el pueblo, y cuando se extiende al exterior es la voz misma de la Nación”*<sup>95</sup>. Lo mismo Sampay muestra claramente su adhesión al sistema representativo junto a un sistema electoral que propicie la formación de una mayoría en el Legislativo, se expresa en contra de la representación proporcional. Respecto de los intereses, o la representación corporativa, o “plurificada”, como la denomina también Loewenstein, aclara: *“el Poder Legislativo organizado en la Constitución vigente y, en especial, el sistema eleccionario que lo anima, ha resultado un acierto, y su perduración se justifica porque contribuyó a robustecer la acción gubernativa del Poder Ejecutivo (...) un Poder Legislativo que, por su base electoral, no fue el escenario plurificado de intereses económicos inconciliables, y que por eso pudo mantener con el Poder Ejecutivo la cohesión política de los órganos del Estado”*<sup>96</sup>.

Igualmente ante las modificaciones en la Cámara de Diputados como cámara de origen para la ley de presupuesto, impuestos y reclutamiento de tropas, que el peronismo fundaba en la igualdad del origen popular en que quedarían ambas cámaras integradas por elección directa. En cambio, para Antonio Sobral (UCR) *“esta reforma permite al Poder Ejecutivo que inicie estas leyes fundamentales por el Senado, que como cámara de origen, mantendrá el privilegio de la sanción definitiva. Esto significa que no estando representadas en el Senado las varias opiniones, se le habría quitado a la cámara de origen popular la iniciación exclusiva de las leyes sobre contribuciones”*<sup>97</sup>.

En realidad, supone Sobral que en Diputados habría más pluralidad de opiniones que en Senadores. Esta aporía, no tiene en cuenta, en primer lugar que el sistema electoral para elegir diputados en esos años, la llamada ley Sáenz Peña, promueve el bipartidismo y como tal, sólo la presencia de dos fuerzas políticas en los cuerpos colegiados, sean las cámaras legislativas o los electores de presidente. En Senadores, la elección indirecta por las legislaturas ni la directa por el pueblo, garantiza ninguna pluralidad, como en los hechos fue antes de estas reformas. El Senado elegido por las legislaturas en 1946 tenía unanimidad peronista. En estricto sentido, desconfía del voto popular y de la consecuente representación popular. Porque si nos remontamos a Siefés, las sucesivas elecciones indirectas, tenían como significado el sustraer al pueblo el supuesto poder que le habían otorgado.

Finalmente, la representación funcional o corporativa no fue incorporada a la Constitución de 1949, ni tampoco fue propuesta por ninguno de los proyectos presentados por su bloque a la Convención. Tampoco lo hemos encontrado referido en ninguna de las epístolas del Archivo PAR, ni en los periódicos consultados. Incluso en una carta de Pablo A. Ramella al gobernador de San Juan, considera que los gremios deben ser ajenos a la política, compartiendo la idea del gobernador: *“Hace bien en reafirmar la idea, tantas veces enunciada por el general Perón, de que los gremios deben ser ajenos a la política. Los gremios representan la fuerza del trabajo y todo lo que tienda a desnaturalizarlos conspira contra ellos y, por consecuencia, contra los propios trabajadores. Los gremios son elementos necesarios de la sociedad y es verdaderamente antinatural destruirlos o corromperlos, de ahí que los partidos políticos no deban utilizarlos para sus fines ni aquellos pretender inmiscuirse en la vida política porque es función que escapa de su órbita”*<sup>98</sup>.

En efecto, Perón, asumiendo las críticas que ya en 1944 le hacían, dice *“no somos sindicalistas de Estado, ni corporativista, ni ninguna de esas cosas raras: solamente somos hombres que queremos gremios unidos y bien dirigidos, porque las masas inorgánicas son siempre las más peligrosas para el Estado y para sí mismas”*<sup>99</sup>.

Por ello llama la atención que Floria, Torcuato Di Tella, Iturrieta, por citar solamente las obras más recientes, hablen de corporativismo en el peronismo, sin hacer distinciones entre la constitución de las nuevas provincias, como Chaco y la constitución en el orden nacional. Cuáles corporaciones estaban presentes y cuáles no.

La presencia de representantes que procedían de las agrupaciones obreras, no significa que fuera corporativa, porque no eran elegidos por sus mismas corporaciones. Porque si la sola influencia de un cuerpo fuera la nota sustancial del corporativismo, cabría preguntarse si era corporativo el gobierno de Yrigoyen, o los de la década del '30, habida cuenta que muchos legisladores y ministros eran socios de la Sociedad Rural Argentina, en ese caso ¿eran sus representantes?<sup>100</sup>.

Era un Estado, como lo caracterizaba Luder, en el cual *“la democracia en cuanto técnica de denominación de los titulares del poder político, debe integrarse en una concepción del Estado que adscriba a sus finalidades, la de asegurar a sus componentes la libertad y la igualdad”*<sup>101</sup>. En fin, era un Estado con “democracia social”, como con redundancia terminológica caracterizaba el peronismo a la democracia durante su gobierno, redundancia necesaria ante la significación que el vocablo tenía desde la instauración de las repúblicas liberales posteriores a la Revolución Francesa, en las que el supuesto “pueblo” era solamente un sector de la población, como se ha dicho en cita de constitucionalistas y politólogos alejados de la caracterización del peronismo.

## V. El Estado y la economía

Este es el tema de mayor afinidad con el discurso nacionalista, aunque con múltiples interpretaciones según sea el actor que expone su discurso. Esta última parte estará referida al debate y análisis realizados en la Convención Constituyente sobre el art. 38 de la propiedad y el art. 40. Este tiene cuatro párrafos: en el primero están los enunciados básicos inspirado en la justicia social; en el segundo, la propiedad de la nación sobre los minerales, caídas de agua y fuentes naturales; el tercero referido a la propiedad estatal de los servicios públicos y el cuarto, a la expropiación de las empresas concesionarias de servicios públicos.

### A. La justicia social fundamento de la economía

La justicia social es el elemento central del ideario peronista. Estrictamente el aporte no fue

hecho por el nacionalismo o, al menos, no exclusivamente por los nacionalistas católicos. Se inspira en la doctrina social católica. Pío XI en la Encíclica *Divini Redemptoris* la define como “aquella que exige de los individuos cuanto es necesario para el bien común”. Según Buchrucker, la importancia del tema de la justicia social en los nacionalistas, con variaciones según el grupo, “representaba, en realidad, el intento de integrar en la ideología nacionalista algunos trozos de la temática *izquierdista*”<sup>102</sup>. En realidad, no tiene filiación izquierdista salvo si se entiende por justicia social el mejoramiento de las condiciones laborales.

Eran dos palabras que estaban cargadas de una gran simbología. Desde los años '30 ambos términos fueron utilizados, por ejemplo, por Gino Arias, católico; César Belaúnde, de origen español; Carlos J. Rodríguez, radical<sup>103</sup>. Vimos que los menciona Juan B. Molina en su carta publicada en “Nuevo Orden”. No todos tienen la misma percepción de dicho principio. Por ejemplo, una vez derrocado Perón, Jauretche, reconocido nacionalista populista y peronista también, define al peronismo como perteneciente doctrinariamente al grupo de “*vanguardia de las ideas políticas nacionales, con tendencia a universalidad en las ideas políticas contemporáneas. Para nosotros, el peronismo es la teoría y la práctica de la autodeterminación nacional, la justicia distributiva y la soberanía de la Nación y del continente en la época de las más violentas luchas imperialistas*”. Mientras que al ser derrocado habían vuelto, el liberalismo salvaje, el imperialismo a fijar las normas<sup>104</sup>. Es decir, habla de la justicia distributiva y no social. En el mismo sentido se expresa el periódico “Palabra Argentina”, dirigida por Alejandro Olmos, nacionalista<sup>105</sup>.

En estos casos se le da la significación de justicia distributiva; es decir, se entiende como una obligación del Estado, de promover el bienestar social a través de la legislación y la previsión, sin asociarlo al principio de subsidiariedad, propio también del catolicismo y que lo filia a una de las virtudes cardinales cual es la caridad.

Pablo A. Ramella lo interpreta en la siguiente forma: es el “*principio informativo de nuestra economía*” y sobre el pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, agrega “*es la proporción que existe entre los individuos y el Estado, por la cual los primeros están obligados a dar al segundo todo lo necesario para el bien común*”<sup>106</sup>. Que es un tanto diferente a la idea del Estado de bienestar que, como se sabe, tuvo su inspiración teórica en Keynes y a la justicia distributiva de la cual, el autor, expresamente la distingue.

“*Por justicia social, señor presidente -dice Sampay- debe entenderse la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales (...) moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida que contribuyen a su realización*”. Luego amplía este concepto a todo el sistema económico: “*Sólo legitimando la actividad económica no usuraria, como se lo propone la reforma constitucional, podrá restablecerse el espíritu económico precapitalista o tradicionalista -así llaman Weber y Sombard, respectivamente a la ética económica cristiana- con lo que la riqueza quedará sometida a una función social, que obliga no sólo a distinguir entre medios lícitos y no lícitos para su adquisición, sino también a discriminar entre la intensidad lícita y no lícita en el uso de los medios. Con este sentido, señor presidente, es que la reforma instaure un orden económico esencialmente anticapitalista*”<sup>107</sup>.

El convencional Martini, fundamentando este párrafo del art. 40, alega que no tiene sentido clasista sino que abarca al trabajador y al hombre de empresa, porque se trata de defender tanto a la clase productora como trabajadora. Agrega: “*la organización de la riqueza implica la solución del problema de la renta individual, es decir, la justa distribución de la renta entre los tres factores principales de la producción: tierra, trabajo y capital; implica, además, la noción de un concepto sano de renta nacional, que es la suma de todas esas rentas individuales bien distribuidas*”<sup>108</sup>.

Los convencionales de origen obrero lo ven como un derecho de ellos, así, Salvo dice: “*los derechos del trabajador no encierran solamente la enunciación del propósito de justicia social que inspira a nuestro gobierno, sino que tiene el valor de un estandarte, como lo tiene para nosotros la bandera azul y blanca (...) Las masas obreras deben estar dispuestas, en defensa de los derechos del trabajador a realizar el esfuerzo máximo para acrecentar la producción de*

*nuestro país para liberarlo económicamente”*<sup>109</sup>.

Como se puede apreciar, un mismo principio común a todos los convencionales peronistas, tiene interpretaciones diferentes, porque está enfocado desde distintas perspectivas. Con esto queremos decir que si bien la justicia social no es un principio aportado por el nacionalismo, estrictamente, cada uno le dio su significación según fuera el marco ontológico y doctrinario que lo inspirara. Así, para unos será la justicia distributiva solamente, lo que finalmente fue lo que en la acción de gobierno se hizo. Para otros, en cambio, era una obligación personal, de cada uno para con el otro, en clara referencia a la doctrina social de la Iglesia y al principio de subsidiariedad.

### *B. Funciones económicas del Estado*

Vimos la idea de los nacionalistas respecto de la economía y sus principios de independencia económica, nacionalización de los servicios públicos, derogación de la libre navegación de los ríos, en fin, la defensa de la soberanía nacional; aunque en las fuentes consultadas no se explicitara que fuera una atribución del Estado, ésta se sobreentendía.

Indudablemente, esta es la influencia más notoria del nacionalismo en Perón y en los peronistas. Desde la declaración de la independencia económica realizada formalmente en Tucumán el 9 de julio de 1947, manteniendo las formas de la declaración de 1816, hasta la incorporación en la Constitución de 1949, en el art. 40, en sus tres últimos párrafos, estatuyendo la propiedad del Estado sobre las fuentes naturales, los hidrocarburos y servicios públicos, se ve plasmado el pensamiento nacionalista en sus diferentes vertientes. Los términos son parecidos, tanto en los convencionales como en los discursos de los ministros que difundían la necesidad de la reforma, como Borlenghi, Cereijo, Ivanessevich. Sería largo referirme a cada uno de los convencionales analizados y a los discursos de los ministros, pero para conocer las inflexiones de dicho pensamiento, reseñaremos algunos de los convencionales menos conocidos, con el objeto de analizar dichas variantes. Por ejemplo: para Francisco Parera: *“La revolución está en el pueblo y se va a realizar por los órganos del Estado, que representa genuinamente a ese pueblo”*. Por revolución entiende *“ante todo un proceso de recuperación nacional, no necesita fijarse en modelos foráneos para encontrar su propio justificativo (...) basta mirar en la propia historia, le basta sondear la esencia del alma nacional para encontrar rutas inquebrantables de su destino”*<sup>110</sup>.

Miel Asquía señala los aspectos propios de todo movimiento, cuales son las injusticias que las políticas económicas anteriores habrían producido, juntamente con el adversario y con los actores sociales con los que se identifica: *“La economía de nuestra patria estaba totalmente sojuzgada a las potencias extranjeras, podríamos mejor decir, del capitalismo que no tiene Dios ni tiene Patria (...) teníamos campos ubérrimos (...) Pero (...) con el espectáculo indignante de conventillos sucios en las ciudades y de ranchos miserables en el campo...”*. Contrapone la situación de la clase trabajadora antes del gobierno de Perón con *“... los representantes de la oposición, colocados en todas las posiciones del gobierno, aceptaban los suculentos puestos de asesores de empresas extranjeras (...) para poner al servicio del capitalismo extranjero toda la economía nacional”*<sup>111</sup>.

Miguel Aníbal Tanco, a su vez, luego de exponer las cotizaciones de cereales y granos, dice en un tono nacionalista, similar a Sacalabrini Ortiz: *“Nuestras materias primas iban, se vendían en el extranjero a precios miserables y volvían industrializadas al país. Todos los gastos eran a nuestro cargo y mientras aquí nos veíamos privados de trabajo, con nuestra materia prima se creaba trabajo en las fábricas de otras naciones. (...) Ya he expresado (...) cómo se vincula la fórmula económico social con la Constitución”*<sup>112</sup>.

Maturo prefiere fundamentarlo en las doctrinas políticas económicas, evidenciando sus preferencias teórico-doctrinarias y una tangencial descalificación hacia sus adversarios doctrinarios: *“Hoy se discute, entre políticos y economistas de nuestro país, la oportunidad o la*

*conveniencia de la industrialización (...) Aun hay economistas que no han penetrado el secreto de las economías colectivas o de las naciones, que vacilan en proponer una planificación de nuestra economía nacional y una intervención del Estado, no sólo para proteger la producción nacional, sino para organizarla racional y equilibradamente”* <sup>113</sup>.

Los convencionales representantes de provincias más alejadas del litoral, como Félix Antonio Nazar, de Catamarca y Carlos Arturo Juárez, de Santiago del Estero, tienen un discurso que más que nacionalista es de un carácter que se podría denominar patriótico, exaltando todo lo que a su juicio significa patria, reivindicando al indígena, por ejemplo, en un tono grandilocuente, por momentos poético, como Nazar que declama: “*Vuelve a ser esta Constitución riel, nervio, oro y sangre; que hace posible la resurrección del grano; Evangelio que revive del Gólgota el mensaje; amor que eleva, que dignifica... que hace universal la mesa de este pueblo soberano. Por ello llegan de nuevo a nuestras playas el eco multiforme de los himnos, las confundidas voces de mil lenguas, las igualadas sangres de mil razas...*” <sup>114</sup>.

La distinción entre patria y nación la hace Juárez: “*... un pueblo que siente la identidad absoluta de un pasado y de un porvenir común, en el que se confunden hermanados todos los regionalismos disgregantes, como se funden en la virtualidad evocativa de los símbolos más augustos de la patria (...) Una nación no es una mera congregación de individuos reunidos bajo un mismo pabellón y ubicados en una dimensión geográfica común. Hay resortes espirituales, vínculos subjetivos (...) que elevan a una muchedumbre que habita un territorio a la categoría eminente de nación*” <sup>115</sup>.

Indudablemente hay un sustrato del discurso nacionalista común a todos ellos, pero como se ha ido apuntando, cada uno con enfoques diferentes. Los primeros apuntarán casi en idénticos términos con el nacionalismo, a los aspectos económicos, a las injusticias para el país en general como un actor colectivo cohesionado. Entonces se referirán a la plutocracia internacional, la independencia económica, la nacionalización de los servicios públicos, la industrialización; en fin, la mayor intervención del Estado en la economía, con el agregado de que fortaleciendo el dominio económico del Estado, se tutelaba mejor al obrero y a los más humildes. Los últimos, en cambio, reemplazan la palabra nación por patria; ya no son las cuestiones económicas internacionales solamente, sino la cuestión social interna, la injusticia para con las provincias del interior, el desconocimiento de la complejidad social en todo el territorio. Su nación, su patria más bien, era su terruño, su provincia.

### *C. Propiedad en función social*

En el tema de la propiedad, como diría Chartier, reformularon las propuestas del nacionalismo populista, declarando la función social de la propiedad. En realidad, al igual que en el principio de justicia social, no se inspiraba en el nacionalismo sino en la doctrina social de la Iglesia. En verdad, algunos nacionalistas se declaraban católicos, como se ha señalado *ut supra*, pero, no obstante esta modificación del régimen de la propiedad, no fue formulada por ellos. En el discurso de los nacionalistas populistas, está la construcción de viviendas económicas, la subdivisión de la propiedad, pero, sin modificar, ni atenuar el régimen de propiedad individual, salvo los límites establecidos por Vélez Sársfield.

La propiedad es el principio sustentante del orden constitucional, o “*eje fundamental del ordenamiento jurídico que diseñaron los códigos*”, como dice López y López, prologando a Grossi, tanto en Europa como en nuestro país. Así lo articula la Constitución del '53, lo cual no fue suprimido por la del '49, pero sí con más límites que los previstos por Vélez Sársfield. Se debe advertir que en el mismo peronismo no todos lo compartían. La forma en que llega este discurso a los peronistas es disímil. Así, en carta de Hugo de León, éste dice: “*Con relación a la propiedad, en el proyecto, el Estado se desentiende del aspecto privado de la misma. Resulta peligroso y contrario a la doctrina cristiana, que el Estado garantice la propiedad como*

*'función social', enumere todas sus restricciones y cargas y no diga nada de la garantía que debe acordar a la propiedad privada como atributo de la persona y de la familia. Yo creo que todos los derechos naturales, como el de la propiedad son inviolables, y no se diga que se trata de limitar el concepto individualista; porque aquello que es contrario al bien común no puede ampararse en el derecho natural, de manera que nosotros al sostener la legitimidad del derecho individual lo hacemos en la medida que autoriza la equidad o ley natural, la cual armoniza perfectamente con la función social. Definir sin decir una palabra del aspecto individual o personal, parece ser sumamente peligroso, sobre todo, cuando se trata de la Constitución del país en el punto consagrado a garantizar el derecho de propiedad: el silencio con relación a la faz señalada, podría llevar a su negación. Mi humilde fórmula es ésta: La propiedad como atributo de la persona humana, es inviolable; en función social está sometida a todas las cargas, restricciones y obligaciones que la ley determine, en orden al bien común''.*

El convencional Martini que es el que fundamenta este artículo dando muestras de una gran erudición -se basa en economistas católicos y extranjeros como Rutten, L. Garriguet, en las encíclicas papales, en Santo Tomás de Aquino- hace toda la historia de la propiedad individual y colectiva, para concluir que la función social de la propiedad *“adopta el principio del bien común de la tercera posición argentina”*<sup>116</sup> que lo diferencia de ambas posiciones: individual y colectivista y se inserta en un principio madre para el peronismo cual era la justicia social, como lo expuso Sampay en su informe general<sup>117</sup>.

Hay algunas semejanzas con el pensamiento nacionalistas, en especial, respecto de la colonización de tierras y la propiedad rural, pero no es directa, ni la esencia fundamental de este principio incluido en la Constitución. Como bien dicen Grossi y López y López, producía una inflexión importante en la cosmovisión de la propiedad y, por ende, fue el aspecto más controvertido de dicha Constitución y, a nuestro juicio, la razón fundamental para su derogación. Así también, ya derogada la Constitución de 1949, entendemos que el hecho de que se retiraran los partidos del Centro y el consiguiente fracaso de la Convención Constituyente de 1957, que quedó sin *quorum*, fue porque se aproximaba la revisión del art. 17 C.N. de 1853, sobre la propiedad.

## **VI. Consideraciones finales**

En el desarrollo de este trabajo se entiende haber demostrado cómo el discurso nacionalista sufre varias inflexiones, interpretaciones y no llega con la eficacia que suponen las teorías y la bibliografía. El problema de base está en la misma idea de identidad. El discurso nacionalista se filtra a través de las primigenias identidades de los diversos actores sociales que integraban el peronismo.

La construcción de una identidad tiene muchas aristas. Desde el último tercer decenio del siglo XX, las teorías sobre los movimientos sociales han insistido en el tema de la identidad, construida a partir de un discurso, en singular, que se supone homogeniza a los distintos actores sociales, bajo símbolos como la nación, la patria y las injusticias sociales, que cohesionan la idea de pertenencia a un movimiento y los distinguen del adversario que, generalmente, es el extranjero, las ideologías capitalistas que oprimen a la nación y a los sectores más humildes; en el caso analizado, los partidos políticos tradicionales, oligárquicos -según la terminología de esos años- o de izquierda, que avalaban esas injusticias.

Tanto las teorías como la bibliografía sobre el peronismo, no tienen en cuenta la complejidad de su composición y parten de la base de un discurso único, tanto del nacionalismo como del peronismo. El primero habría sido asimilado por el líder del movimiento, Perón y de ahí, incorporado sin variaciones por ese actor colectivo que es el peronismo. Pero esa homogeneidad de esa supuesta identidad peronista, en su interior, no es tal. Los símbolos operan en el imaginario de los actores sociales según sea la primera pertenencia social, confesional,

ideológica. Pensar que el líder, Perón, imponía un discurso único y captado en forma idéntica por sus seguidores es no tener en cuenta toda esa complejidad de orígenes sociales, de ideas políticas y religiosas que conformaron el peronismo, ni tampoco la posibilidad de las personas de tomar de ese discurso, los aspectos que accedían a su propia cosmovisión.

La bibliografía sobre el peronismo, en sus posiciones dicotómicas, no lo hace porque conservan en su memoria, el imaginario propio de los años en que surgió este movimiento y continúa contraponiendo el “nosotros” y el “ello”, es decir, las mismas filiaciones y adversarios de antaño. Además, interpretan ese proceso como la historia global, universal, en singular y se resisten, como diría Ricœur<sup>118</sup>, a incorporar la pluralidad humana que, con las palabras del autor, constituye “una paradoja”.

Por ello, en el análisis del Estado que se desarrolló, vimos que se confunde el corporativismo con los grupos de presión y factores de poder. De este modo, se mantienen las categorías del período de entreguerras y se dejan de lado las comparaciones y asociaciones con todos los sistemas políticos de posguerra, europeos y estadounidenses. Por otro lado, se imagina un discurso nacionalista en el que abreva el peronismo, el más reaccionario, el que evidencia su filiación corporativista, según la definición de corporativismo adoptada. Finalmente, entienden que la incorporación del nuevo actor político, los trabajadores, era el signo claro y evidente de su corporativismo.

Pero la pluralidad de actores sociales que intervienen tanto en el nacionalismo como en el peronismo, muestra cómo se interpreta en diferentes formas el discurso nacionalista, de modo que se observa que no hay un vínculo social firme entre el peronismo y el nacionalismo, ni siquiera con la doctrina social de la Iglesia. Por esa razón se explican las distintas interpretaciones que se le da a la justicia social, a la propiedad en función social que, estrictamente son las bases del ideario peronista. Los términos son los mismos pero la interpretación y simbología de éstos tiene una multiplicidad de significados.

Esto explicaría también, por qué en la acción concreta del gobierno de Perón, principio del fin de su gobierno, se enfrenta a la Iglesia y contrata con la Californian Petroleum Company, que deriva en el alejamiento de los católicos y de aquellos nacionalistas que habían avalado al peronismo. También adquiere más significado la nueva cohesión del movimiento, posterior a su derrocamiento, al ser considerado por su adversario, como un “otro” idéntico, sin matices, sin variaciones en el pensamiento, ni en la acción política concreta.

En fin, tanto las teorías, como la bibliografía sobre el peronismo, como los mismos adversarios e incluso partidarios al hacer una las diversidades, no logran comprender ese proceso histórico tan multifacético.

\* Se analiza la identidad del peronismo comparado su discurso con el nacionalista. Las fuentes mostrarán que las interpretaciones de la bibliografía específica no contemplan las inflexiones y reformulaciones que sufre el discurso nacionalista en su reconstrucción por el peronismo, no llegando con la eficacia y unicidad que suponen teorías e historiografía. La simbología nacionalista se filtró a través de las primigenias identidades de los sectores que lo integraron para intentar cohesionar al movimiento. Las unió sin llegar a subordinarlas.

\*\* Investigadora del CONICET, profesora titular de Historia Institucional Argentina, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N. de Cuyo.

<sup>1</sup> El Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Cuyo, subsidia el proyecto “Aportes del nacionalismo a las características movimientistas del peronismo”. El equipo está integrado por científicos políticos, comunicadores sociales y sociólogos y son los siguientes: Lic. Julio Repeto, Lic. Jorgelina Bustos, Mag. Viviana Ocaña, Lic. Gustavo Ortiz, y los alumnos avanzados: Adolfo R. Medalla Araya y Belén Levatino.

<sup>2</sup> HESPANHA, Antonio, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad. Moderna*, trad. Ana Cañellas Haurie, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 329.

<sup>3</sup> Ricoeur interpreta a Freud en su noción de patologías de la memoria, se referirá a “traumatismos colectivos, de heridas de memoria colectiva. La noción de objeto perdido encuentra una aplicación directa en las ‘pérdidas’ que afectan también al poder, al territorio, a las poblaciones que constituyen la sustancia de un Estado” (RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido*, 1ª ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 107).

<sup>4</sup> Sobre esta idea de *concepto* conf. BARTHES, Roland, *Elementos de semiología*, San Pablo, Cultrix, 1977, p. 17, el que, a su vez, se funda en G.G. Granger, el que considera que “un concepto es un útil y una historia, es decir, un haz de posibilidades y de obstáculos insertados en un mundo vivido”.

<sup>5</sup> Confr. Las definiciones de teorías en distintas disciplinas en: GAËTAN PIROU, *Traité d'économie politique* en 1929, cit en PRELOT, Marcel, *La ciencia política*, Colección Cuadernos, Eudeba, 1964; LÓPEZ, Mario J., *Introducción al estudio de los partidos políticos*, vol. I, *Teoría política*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 111; BRECHT, A., *Teoría política*, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, t. 10; DAVIS, Kingsley, *Apreciación crítica de Malthus*, en *Introducción al Ensayo sobre el principio de la población*, T.R. MALTHUS, Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

<sup>6</sup> Desde la epistemología, con planteos más o menos críticos a la conceptualización tradicional en diferentes disciplinas, confr. KHUN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 6ª ed., México, F.C.E., Cap. IX; NAGEL, E., *La estructura de la ciencia. Problema de la lógica de la investigación científica*, versión castellana supervisada por Gregorio Klimovsky, Paidós, Buenos Aires, 1968; BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1977. Además, los planteos epistemológicos desde la revolución científica provocados por la física cuántica en: HAWKING, S.W., *Historia del tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, Crítica (grupo editorial Grijalbo), Buenos Aires, 1988; PRIGOGINE, Ilya, *El fin de las certidumbres*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1996.

<sup>7</sup> GADAMER, Hans-George, *Verdad y método, Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, 5ª ed., Sígueme, Salamanca, 1993, p. 33.

<sup>8</sup> Fragmento extraído del artículo “La historia social en la encrucijada”, Sudamericana-Di Tella, y reproducido en la introducción a HALPERIN DONGHI, Tulio, *Ensayos de historiografía*, Ediciones El Cielo por Asalto, Buenos Aires, Imago Mundi, 1996, p. 14.

<sup>9</sup> MCADAM, Doug, “Marcos interpretativos y tácticas utilizadas por los movimientos: dramaturgia estratégica en el Movimiento Americano Pro-Derechos Civiles”, en AA.VV., *Movimientos sociales: perspectivas comparadas. Oportunidades políticas, estructuras de movilización y marcos interpretativos culturales*, Ed. por Doug McAdam, John D. McCarthy, Mayer N. Zald, traducción de Sandra Chaparro, Madrid, Istma, 1999, p. 495.

<sup>10</sup> SABUCEDO, José y otros, “Los movimientos sociales y la creación de un sentido común alternativo, en AA.VV., *Los movimientos sociales*”, editores Pedro Ibarra y Benjamín Tejerina, Trotta, Madrid, 1998, p. 173.

<sup>11</sup> COHEN, Jean, “Estrategias o identidad: paradigmas teóricos nuevos y movimientos sociales contemporáneos, en AA.VV., *Teoría de los movimientos sociales*”, Cuaderno de Ciencias Sociales, FLACSO, p. 26.

<sup>12</sup> Conf. RICOEUR, Paul, *La memoria, la historia, el olvido...* cit., ps. 282 a 284. El tema de la identidad fue el centro de la historiografía del último tercio del siglo XX. Según el autor hay tres líneas divergentes en su análisis: una, los grados de eficacia y coerción de las normas sociales; otra, el grado de legitimación que tiene lugar en las múltiples esferas de pertenencia en las que se distribuye el vínculo social; y la última es la idea misma de cambio social.

<sup>13</sup> ECO, Humberto, *Tratado de semiótica general*, trad. de Carlos Manzano, Lumen, Barcelona, 1988, p. 60.

<sup>14</sup> DI TELLA, Torcuato, *Historia social de la Argentina contemporánea*, Troquel, Brasil, 1999, p. 277.

<sup>15</sup> ALTAMIRANO, Carlos, “El peronismo no fue un movimiento ideológico, ni Perón un doctrinario” (entrevistado por Analía Roffo) en *Clarín*, 17/6/01, Opinión, p. 34 En sentido similar, pero señalando su “multiclasismo” se expresa Gino GERMANI, *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, Temas, Buenos Aires, 2003, p. 213.

<sup>16</sup> CHARTIER, Roger, *El mundo como representación. Estudio sobre historia cultural*, Gedisa, Barcelona, 1996, p. 50.

<sup>17</sup> RICOEUR, Paul, *Temps et récit*, ob. cit., en CHARTIER, C., ibidem, p. 69.

<sup>18</sup> TOURAIN, Alain, *Actores sociales y sistemas políticos en América Latina*, Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Programa Regional del Empleo para América Latina y el Caribe (PREALC), Santiago, Chile, 1987, p. 133.

<sup>19</sup> ALBERONI, Francesco, *Movimiento e institución. Teoría general*, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 365.

<sup>20</sup> FLORIA, Carlos, “La tradición nacionalista. El recorrido histórico de una ideología social”, en AA.VV., *El pensamiento político contemporáneo*, ed. preparada por Aníbal Iturrieta, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Políticos y Sociales, Buenos Aires, 1994, ps. 47 y 57; confr. además, BUCHRUCKER, Cristian, *Nacionalismo y peronismo. La Argentina en la crisis ideológica mundial (1927-1955)*, Sudamericana, Buenos Aires, 1987, ps. 111-113 y Cap. III; ZULETA ÁLVAREZ, Enrique, *El nacionalismo argentino*, La Bastilla, Buenos Aires, 1975; QUIJADA, Mónica, *Manuel Gálvez: 60 años de pensamiento nacionalista*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1985.

<sup>21</sup> RAMELLA, Susana T., *Una Argentina racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950)*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N. de Cuyo, Mendoza, 2004, Cap. VI.

<sup>22</sup> GUIBERNAU, Monserrat, *Los nacionalismos*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 58.

<sup>23</sup> RAMELLA, Susana T., *El peronismo como movimiento*, apartado del Undécimo Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 2001.

<sup>24</sup> Movimiento de la Renovación, Buenos Aires, agosto y octubre de 1942, N<sup>ros</sup> 10 y 12 (dos ejemplares) de 16 páginas, las autoridades del Movimiento eran, además de su director, Del Carril, los siguientes: Consejo Nacional: Francisco Ramos Mejía (h), Bonifacio Lastra, Adalberto Goñi, Harold Darquier, Julio A. Leguizamón, Antonio J. Cafferata, José L. Astelarra, Santiago Sánchez Elia, Alfredo Lanari, Basilio Serrano y Enrique J. Molina Mascias,

secretario de redacción: Julio V. Aquino. Ver. Archivo Pablo A. Ramella (en adelante, Archivo PAR), Carpeta 265.

<sup>25</sup> MONTEMAYOR, Mariano, “Las dos revoluciones del 16 de septiembre”, Cuadernos de “Azul y Blanco”, octubre 1959, N° 1, Buenos Aires, en Archivo PAR, Carpeta 265.

<sup>26</sup> El volante lleva el título “*Principios propuestos para la iniciación del movimiento*”, en el siguiente orden lo firman: Rodolfo Irazusta, Ernesto Palacio, J. Eduardo Buschiazzi, Ernesto Araujo, Raúl Guillermo Carrizo, Héctor Pastor Méndez, Enrique Harriague Coronado, Alberto Oliden, Antonio Augusto Giménez, Norberto Viggiolo, Alberto Lascano, José J. Venturino, Timoteo Jakas, Horacio Duggan, Carlos M. Dardán, Mario Ortiz Massey (de ellos, Ernesto Palacio, es el que se adscribe al peronismo posteriormente), Archivo PAR, Carpeta 265.

<sup>27</sup> Artículo escrito por DEL CARRIL, Bonifacio, “La juventud debe unirse para que el próximo presidente sea digno del destino de la patria”, Movimiento de la Renovación, 1/10/1942, Buenos Aires, N° 12.

<sup>28</sup> MONTEMAYOR, Mariano, “Las dos revoluciones...” cit., p. 6.

<sup>29</sup> “*Principios propuestos para la iniciación del movimiento*” cit..

<sup>30</sup> DEL CARRIL, Bonifacio (secretario del Ministerio del Interior, en la presidencia de Ramírez), “La juventud debe unirse...” cit..

<sup>31</sup> Idem, artículo de GÓMEZ JORBA, C., titulado “Negación del totalitarismo”, p. 5.

<sup>32</sup> MONTEMAYOR, Mariano, “Las dos revoluciones...” cit., p. 1.

<sup>33</sup> BORLENGHI, Angel, discurso como ministro del Interior en el Senado de la Nación, el 27/8/1948, en PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1950, t. I, p. 115. Los discursos de la Convención Constituyente de 1949 son trabajados con dos fuentes complementarias: la primera de ellas fue editada por la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit.; que contiene los antecedentes legislativos y doctrinarios del proceso, además, de una versión taquigráfica de las sesiones; la segunda es CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, Diario de Sesiones, año 1949, 24 de enero - 16 de marzo, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1949 (en adelante, CNC '49). Esta última fuente sirvió para completar la versión taquigráfica de la primera, que omitía algunas de las intervenciones de los convencionales.

<sup>34</sup> Los discursos de los ministros, además del de Borlenghi, están transcritos en PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., ps. 93 a la 141.

<sup>35</sup> CNC '49, cit., p. 190.

<sup>36</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 528.

<sup>37</sup> Idem, t. II, p. 526.

<sup>38</sup> Idem, t. II, p. 534.

<sup>39</sup> Idem, ps. 528, 529 y 531. En el mismo sentido se expresan: Emilio Borlenghi, señalando a un convencional radical, Mario Bernasconi, que decía ser representante obrero también; y a Levenshon, por decir que ellos no “*representaban al pueblo sindical organizado*”. Apuntándole las situaciones de injusticia que a su juicio era que durante sus gobiernos no habían sancionado las leyes laborales reclamadas y ante la referencia de Levenshon de la ausencia de libertad de prensa durante el peronismo, alega que los obreros nunca tuvieron esa libertad. Discursos similares tienen los demás convencionales que se autodefinen obreros.

<sup>40</sup> Ver RAMELLA, Susana T., *El peronismo como movimiento y Cartas de la Resistencia. La otra historia...* cit..

<sup>41</sup> Citado en PAVÓN PEREIRA, *Perón. El hombre del destino*, Abril Educativa y Cultural, Buenos Aires, 1973, p. 207.

<sup>42</sup> Idem, t. I, p. 234 y BUCHRUCKER, Cristian, *Nacionalismo y peronismo...* cit., p. 281.

<sup>43</sup> Copia de la carta pública del gobernador de San Juan, Ruperto Godoy, San Juan, 4/1/1948, en Archivo PAR, Carpeta 212.2.

<sup>44</sup> Carta del Dr. Oscar Tascheret al Pbro. Hernán Benítez, fechada en San Juan, 21/10/1957, en Archivo PAR, Carpeta 212.

<sup>45</sup> CNC '49, cit., ps. 113-116.

<sup>46</sup> Idem, ps. 327-331.

<sup>47</sup> CHÁVEZ, Fermín, *Perón y el peronismo en la historia contemporánea*, Ed. Oriente, Buenos Aires, 1984, t. II, ps 185 y 176.

<sup>48</sup> La segunda parte del trabajo mayor, referida al análisis del discurso político a través de los teóricos del discurso y de las fuentes nacionalistas, realizado por la comunicadora social Lic. Jorgelina Bustos, sobre la versión de Eliseo Verón, de Foucault, desmenuza el discurso según sea dirigido al “nosotros” o al “ello”, como así también, el contexto histórico en que se vierten las palabras.

<sup>49</sup> Confr. RAMELLA, Susana T., *Una Argentina racista...* cit., Cap. VI y HARROD, R.F., “Keynes, John Maynard. Aportaciones a la economía”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, t. VI, p. 420.

<sup>50</sup> HARDY, Marcos Armando, *Esquema del Estado justicialista. Su doctrina e instituciones político-jurídicas*, Quetzal, Argentina, 1957, ps. 14 y 15.

<sup>51</sup> FAYT, Carlos S., *Naturaleza del peronismo*, Viracocha, Buenos Aires, 1967, p. 155.

<sup>52</sup> JAMES, David, *Resistencia e integración. El peronismo y la clase trabajadora argentina. 1946-1976*, Sudamericana, Buenos Aires, p. 24.

<sup>53</sup> Idem, p. 39.

<sup>54</sup> DI TELLA, Torcuato, *Las dos primeras presidencias de Perón (1946-1955)...* cit., p. 279.

- <sup>55</sup> ITURRIETA, Aníbal, “Apuntes sobre el largo recorrido del pensamiento peronista”, en AA.VV., *El pensamiento político argentino contemporáneo*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, p. 241.
- <sup>56</sup> HOROWICZ, Alejandro, *Los cuatro peronismos*, Legasa, Buenos Aires, 1984, p. 120.
- <sup>57</sup> Confr. BUCHRUCKER, Cristian, *Nacionalismo y peronismo...* cit., p. 268.
- <sup>58</sup> ALTAMIRANO, Carlos, “El peronismo no fue un movimiento ideológico...” cit., p. 35.
- <sup>59</sup> FLORIA, Carlos, “La tradición nacionalista. El recorrido histórico de una ideología social”, en AA.VV., *El pensamiento político argentino contemporáneo...* cit., p. 60.
- <sup>60</sup> CHÁVEZ, Fermín, *Perón y el peronismo...* cit., ps 143-144.
- <sup>61</sup> BUCHRUCKER, C., op. cit., p. 150.
- <sup>62</sup> La historiografía, más que las fuentes, califica al peronismo como corporativo, así ITURRIETA, Aníbal, “Apuntes sobre el largo recorrido del pensamiento peronista...” cit., p. 241.
- <sup>63</sup> Nos referimos a la *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. SILLS, Aguilar, Madrid, 1974, vol. III, p. 194 que para conocer qué significa corporativismo, dice: “Véase Fascismo”. Como al Suplemento del *Diccionario de Política*, dirigido por Norberto BOBBIO, Incola MATEUCCI y Gianfranco PAQUINO, Siglo XXI, México, 1988, en el que directamente el término no aparece. En cambio, en Julio César DE LA VEGA, *Diccionario Consultor Político*, Librex, Buenos Aires, 1987, p. 108, sí, expone la definición como “*el que propugna organizar el Estado sobre bases profesionales, sin tener en cuenta la división política territorial*”, luego analiza la aplicación del corporativismo en distintos escenarios y tiempos políticos del mundo.
- <sup>64</sup> GERMANI, Gino, *Autoritarismo, fascismo y populismo nacional*, Temas, Buenos Aires, 2003, p. 150.
- <sup>65</sup> Se suele mencionar como corporativa a la Constitución de la provincia Presidente Perón (hoy, provincia del Chaco) sancionada el 22 de diciembre de 1951, porque ésta en su art. 33 disponía que una mitad de la Cámara de Representantes sería elegida por “ciudadanos que pertenezcan a las entidades profesionales que se rigen por la ley nacional de asociaciones profesionales, debiendo estar integrada la lista de candidatos con miembros de dichas entidades”.
- <sup>66</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 98.
- <sup>67</sup> ZAMPETTI, Pier Luigi, *La participación popular en el poder*, EPESA, Madrid, 1977, p. 45. Confr. además, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983.
- <sup>68</sup> GOZZI, *Estado contemporáneo*, en BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola y GIANFRANCO PASQUINO, Gustavo, *Diccionario de Política*, suplemento, Siglo Veintiuno Editores, México, 1988, p. 107.
- <sup>69</sup> Idem, p. 105.
- <sup>70</sup> HESPANHA, Antonio, *La gracia del derecho...* cit., p. 329; el autor se refiere a la obra de BOURDIEU, P., *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales 64, 1986, ps. 3-19.
- <sup>71</sup> Se dice artísticos porque así lo señala SCHWARTZ-KATES, Deborah, en su trabajo sobre la ópera de Felipe Boero, “*El matrero*”, que intenta con dicha figura reconstruir la “identidad nacional” perdida por las olas inmigratorias.
- <sup>72</sup> “¿Qué quieren los comunistas?”, *Movimiento de la Renovación*, Buenos Aires, año II, N° 15, enero de 1943, p. 11.
- <sup>73</sup> IRAZUSTA Rodolfo, “El presidente Ortiz y el ‘Cabildo Abierto’”, *Nuevo Orden*, Buenos Aires, N° 46, año II, 28/5/1941, p. 1.
- <sup>74</sup> FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Encuesta sobre la revisión constitucional*, Buenos Aires, 1949 (en adelante, UBA, *Encuesta...*), p. 152.
- <sup>75</sup> Idem, p. 59.
- <sup>76</sup> Idem, p. 181.
- <sup>77</sup> Idem, p. 191.
- <sup>78</sup> AA.VV., *Reforma de la Constitución Nacional*, Departamento de Acción Social de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1948, p. 75.
- <sup>79</sup> Idem, p. 93.
- <sup>80</sup> Idem, ps. 107-110.
- <sup>81</sup> Confr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución...* cit., ps. 459-461.
- <sup>82</sup> Confr. FRAGA IRIBARNE, Manuel, *La reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952.
- <sup>83</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 352.
- <sup>84</sup> Idem, t. II, p. 477.
- <sup>85</sup> Idem, t. II, p. 465.
- <sup>86</sup> Idem, t. II, p. 458.
- <sup>87</sup> Idem, t. II, p. 458.
- <sup>88</sup> Idem, t. II, p. 474.
- <sup>89</sup> CNC ‘49, cit., p. 157.

- <sup>90</sup> Idem, p. 156.
- <sup>91</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 536.
- <sup>92</sup> CNC '49, cit., ps. 156-157.
- <sup>93</sup> Idem, p. 159.
- <sup>94</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 392.
- <sup>95</sup> Idem, t. II, p. 271.
- <sup>96</sup> Idem, t. II, p. 352, en el mismo sentido, se expresó el convencional Valenzuela, t. II, p. 389.
- <sup>97</sup> CNC '49, cit., p. 296.
- <sup>98</sup> Carta de Pablo A. Ramella, entonces senador nacional al gobernador de San Juan Ruperto Godoy, Buenos Aires, 11/1/1948, Archivo PAR C. 212.2.
- <sup>99</sup> Discurso pronunciado el 17/11/1944, extractado en PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. I, p. 37.
- <sup>100</sup> Sobre la pertenencia de dichos funcionarios a la SRA, conf. GALLO, Ezequiel y SIGAL, Silvia, *La formación de los partidos políticos contemporáneos. La UCR (1890-1916)*, en *Argentina sociedad de masas*, dirigida por Torcuato DI TELLA, Buenos Aires.
- <sup>101</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 393.
- <sup>102</sup> BUCHRUCKER, Cristian, *Nacionalismo y peronismo...* cit., p. 115.
- <sup>103</sup> RAMELLA, Susana T., *Una Argentina racista...* cit., p. 267.
- <sup>104</sup> "EL 45", Buenos Aires, 16/11/1955, año I, N°1, p. 2, colm. 3-6, periódico dirigido por Arturo Jaureche.
- <sup>105</sup> Confr. "Palabra Argentina", Buenos Aires, 27/11/1956, año II, N° 12, el artículo "Cumplimos un año".
- <sup>106</sup> RAMELLA, Pablo A., *Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, sin pie ed., 1960, ps. 427-428.
- <sup>107</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *La reforma...* cit., t. II, p. 359.
- <sup>108</sup> Idem, p. 474.
- <sup>109</sup> Idem, t. II, p. 526.
- <sup>110</sup> Idem, t. II, p. 402.
- <sup>111</sup> Idem, t. II, ps. 471- 472.
- <sup>112</sup> Idem, t. II, p. 476.
- <sup>113</sup> Idem, t. II, p. 477.
- <sup>114</sup> Idem, t. II, p. 550.
- <sup>115</sup> Idem, t. II, p. 552.
- <sup>116</sup> Idem, t. II, ps. 544-546.
- <sup>117</sup> Idem, t. II, ps. 357-359.
- <sup>118</sup> RICOEUR, Paul, *Memoria...* cit., p. 396.

## CIUDAD Y PODER POLÍTICO EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. LA TRADICIÓN CASTELLANA

Alejandro AGÜERO \*

**Sumario:** I. Autonomía local. Modelo castellano y coyuntura indiana. II. Ciudad y poder político en un mundo corporativo. III. Gobierno y justicia en el ámbito municipal castellano. 3.1. Representación corporativa e instituciones municipales. 3.2. Gobierno político y económico. El regimiento. 3.3. Justicia del rey en el ámbito municipal. 3.3.1. La justicia municipal en cabeza del corregidor. Oficio, territorio y jurisdicción. 3.3.2. Los alcaldes ordinarios como justicias de la república. 3.3. Justicia del rey en el ámbito municipal. 3.4. Justicia y regimiento: un cuerpo indiviso. IV. A modo de conclusión.

### I. Autonomía local. Modelo castellano y coyuntura indiana

En un reciente libro que compila una serie de trabajos precedentes, José Carlos Chiaramonte propone explicar las “tendencias autonómicas” surgidas en el marco de los procesos independentistas latinoamericanos, a partir de las creencias difundidas por el discurso jurídico prerrevolucionario, esto es, a partir del derecho natural dominante por entonces <sup>1</sup>. Este enfoque permite, dice el autor, superar la limitada interpretación de las tendencias autonómicas en términos de “anarquía”, “egoísmos localistas” o “caudillismos”, entre otros <sup>2</sup>. Comprender desde esta perspectiva los reclamos de autonomía exhibidos por algunas ciudades desde los primeros movimientos revolucionarios decimonónicos, permite superar escollos y malentendidos derivados, nos dirá un poco más adelante el autor, “*del criterio de proyectar sobre el momento de la independencia una realidad inexistente, las nacionalidades correspondientes a cada uno de los actuales países iberoamericanos, y en virtud de un concepto, el de nacionalidad, también ignorado entonces en el uso, hoy habitual...*” <sup>3</sup>.

Por su parte, Víctor Tau Anzoátegui, en una de sus contribuciones a la *Nueva historia de la Nación Argentina*, señala cómo el “*paradigma del Estado contemporáneo ha creado la imagen de la ciudad sometida enteramente a un poder exterior, fuerte y centralizado, desde donde se imparte las normas*”. Por ello, dice el mismo autor, “*se impone matizar, y en buena parte rectificar, dicha imagen y atender a una organización del espacio donde cobran valor propio las relaciones entre centro y periferias. En esta nueva mirada -concluye- es patente la relevancia de la ciudad y la comarca aledaña, que se destaca por una vigorosa autonomía que le permite disfrutar de poderes jurisdiccionales y normativos propios, indisponibles para cualquier autoridad superior*” <sup>4</sup>. Mirando no a la época de emancipación, sino al horizonte colonial, las palabras de Tau recogen el eco de todo un sector de la historiografía jurídica que, desde hace ya varios años, viene apostando por una comprensión diferente de los problemas institucionales de la Edad Moderna.

Efectivamente, siguiendo estas líneas de investigación, puede decirse que en la formación de ese velo metodológico, bajo el que quedaron ocultas las razones de una pretendida autonomía local (no exclusivamente acotada al proceso de independencia), jugó también un papel importante la proyección de esa otra categoría, tanto o más potente en términos hermenéuticos que el concepto de nacionalidad: el concepto mismo de Estado, atribuido (en su versión de *Estado moderno*) al régimen político de la monarquía de Antiguo Régimen y a la postre

identificado con el de Nación <sup>5</sup>. Porque si este último concepto conduce a una lectura sesgada de las tendencias autonómicas de las ciudades manifestadas durante los procesos de emancipación, el paradigma *estatalista* aplicado a la Edad Moderna ha dificultado la comprensión del carácter y relevancia de las instituciones de ámbito municipal, tanto en el caso americano como en el de su modelo de referencia, es decir, el castellano <sup>6</sup>.

En el caso concreto de las instituciones municipales de la Edad Moderna, los resultados del uso (no siempre explícito) del paradigma estatalista <sup>7</sup> se ponen en evidencia cuando la historiografía institucional interpreta que entre la vieja autonomía municipal de raíz medieval y el *Estado moderno (y absoluto)* median unas relaciones de “radical antagonismo”; una suerte de oposición “inconciliable y excluyente”, y entiende, en consecuencia, que en los siglos modernos, los cabildos han quedado reducidos “a la condición de organismos subalternos dotados de escasa vida propia”, en consonancia con el proceso de consolidación “*estatal*” <sup>8</sup>. Entre otras posibles, y al margen de consideraciones estructurales sobre el poder regio, un par de constataciones básicas sobre los aspectos institucionales de los siglos modernos convergen para sostener esta línea argumental: por un lado, la consabida consolidación de los corregidores regios (o sus equivalentes institucionales) que asumieron la jurisdicción ordinaria de las principales ciudades castellanas; y, por el otro, la generalización del sistema venal de regimientos perpetuos, lo que fue visto como una poderosa herramienta de intervención regia en la conformación de los cuerpos concejiles <sup>9</sup>. Sobre la base de estas evidencias, la historiografía liberal decimonónica pudo incluso cifrar concretamente en los sucesos de Villalar (1521) el momento de defunción de las autonomías municipales <sup>10</sup>. A partir de aquí la justicia y el gobierno municipal, constituyendo así la “administración local”, pasaron a situarse en el dócil nivel capilar de un aparato institucional que respondería a la voluntad y los intereses del “poder real absoluto”. Desde aquí, la historiografía nos presenta el devenir del poder municipal como una continua decadencia que nos conduce hasta el siglo XVIII, época en la que “*el dinamismo centralista y centralizador de la administración central*” <sup>11</sup> ha despojado al municipio de cualquier atisbo de autogobierno, confirmando su carácter de “*organismo de la administración real de carácter subalterno y cada vez más alejado de aquellas autonomías locales bajomedievales*” <sup>12</sup>.

Este modelo interpretativo del orden municipal castellano tiene, a su vez, importantes consecuencias en el ámbito de la historiografía relativa a las ciudades americanas. Y es que con esta evaluación de la situación municipal castellana para los tiempos modernos, no podía menos que atribuirse a las condiciones propias del nuevo mundo el protagonismo que llegaron a tener las ciudades, como ámbito político, en las Indias. Una “gran autonomía” de las “ciudades indianas” venía a ser vista como una suerte de efecto por defecto, como una consecuencia de las dificultades para el ejercicio directo del poder real, impuestas por una lejanía que favorecía el “uso y abuso”, por parte de las ciudades, de las facultades para proveer “interinamente las medidas necesarias” o para designar “nuevos oficiales” en casos de vacantes sobrevenidas <sup>13</sup>. Cuando las evidencias mostraban un alto grado de relevancia política manifestada en forma de autogobierno, las explicaciones más vinculadas al análisis jurídico interpretaban como “descentralización” el ejercicio de poderes que, a la luz de una lectura menos sesgada de las fuentes, difícilmente hubieran podido considerarse previamente “centralizados” <sup>14</sup>.

En todo caso, si no como cuestión de hecho o como poder “descentralizado”, la autonomía de las ciudades indianas fue presentada como una prerrogativa -de rasgos similares a las utilizadas durante la “reconquista”- concedida al comienzo de la colonización para estimular este proceso pero que, siguiendo la cadencia de los municipios peninsulares, sería paulatinamente eliminada a medida que se acentuaban los perfiles “absolutistas y centralizadores” de la monarquía. De este modo, si al principio de los tiempos coloniales, la ciudad americana gozó de un grado de autonomía que ya habían perdido para entonces las ciudades castellanas, a partir del reinado de Felipe II, con la designación de corregidores y la venta de regidurías, principalmente, la situación sería ya equiparable a ambos lados del Atlántico. Desde este momento, la pervivencia de prácticas de autonomía sería exclusivamente un rasgo residual acotado a aquellas ciudades menores o que por alguna circunstancia excepcional pudieron resistir los embates absolutistas del rey prudente y sus sucesores. John

Preston Moore, en cuya lectura nos hemos basado para bosquejar esta trayectoria histórica del poder municipal en las Indias, lo expresó, en su momento, con términos inequívocos: *“Indisputably, some cities acquired and held for a longer time more governmental powers than others because of their geographical situation or the particular problems encountered, but for the generality of towns and cities there was an almost uninterrupted downward trend in municipal liberties from the reign of Philip II to the outset of the Revolution. After a brief initial period, freedom of action for the Spanish-American town is a story of decline”*<sup>15</sup>.

Moore asumía igualmente el postulado, según el cual, la derrota de los comuneros en Villalar había supuesto el fin de la autonomía municipal castellana, y esa comprensión del devenir institucional castellano (*the Castilian Background*) estaba en la base de su lectura de la realidad institucional americana<sup>16</sup>. Con el mismo punto de partida y en términos similares se expresaba Zorraquín Becú, para quien el orden municipal en Indias *“fue aceptado como un modo de arraigar a los nuevos pobladores, pero sin otorgarles una completa autonomía que hubiera podido contrarrestar el imperio del monarca”*<sup>17</sup>. Resultaba así la imagen de una implantación del régimen municipal como parte de una estrategia de concesión voluntariamente dosificada desde la cúspide del poder y, en sintonía con la lectura historiográfica del municipio castellano, cualquier evidencia de autonomía debía ser reconducida a una “situación excepcional”<sup>18</sup> o “de hecho” atribuida a las peculiares circunstancias del lugar<sup>19</sup> o, en general, a las del proceso de población del Nuevo Mundo<sup>20</sup>.

La venta de regidurías también estaba entre las razones de la decadencia municipal americana. A ella se atribuyó, entre otras, una suerte de apatía e incompetencia de los miembros concejiles que condescendía bien con la supuesta pretensión regia de reducir el vigor de las instituciones municipales<sup>21</sup>. El protagonismo que mostrarán los cabildos en la ruptura independentista, será visto entonces no como una consecuencia de su función política tradicional, sino como un repentino renacer de un poder revitalizado ahora *“más por efecto del carácter representativo que espontáneamente asumió, que por la índole reducida y limitada de sus atribuciones”*<sup>22</sup>. Al margen de este espasmo de representatividad y su consecuente revitalización en los albores del siglo XIX, se puede decir que en términos generales, la regla de interpretación historiográfica para los siglos XVII y al menos hasta el último cuarto del XVIII, venía dada por la idea de una “monarquía absoluta” en cuya política no cabía la existencia de un poder municipal vigoroso<sup>23</sup>.

La fuerza de esta morfología sobre el devenir del poder municipal castellano-indiano sigue produciendo, de algún modo, consecuencias en la composición historiográfica del orden institucional del municipio de antiguo régimen. Pese a los cambios de enfoque como los propuestos por los autores que hemos citado al comienzo de estas páginas, la cuestión sigue abierta y la lectura tradicional -si se nos permite la expresión- del modelo municipal no deja de producir efectos interpretativos<sup>24</sup>. La idea de la decadencia municipal castellana y, en su caso, la excepción marcada por la coyuntura americana; las dificultades a la hora de calificar las capacidades políticas del municipio y la persistente vigencia del paradigma estalista aplicado a los tiempos modernos siguen, de algún modo u otro, condicionando las exposiciones más recientes de las instituciones municipales castellano-indianas<sup>25</sup>. Por ello, aunque cada vez con mayor fuerza la historiografía trabaja sobre la hipótesis de la alta relevancia política del orden municipal en el mundo colonial y de su notable cota de autonomía -especialmente destacada a la hora de estudiar las décadas del reformismo que preceden a la disolución del imperio-<sup>26</sup> creemos que sigue siendo necesario reflexionar desde un punto de vista histórico institucional sobre la tradición municipal castellana de la Edad Moderna y sobre el discurso jurídico que le daba sentido.

¿Qué lugar ocupan los concejos municipales en el cuadro del conjunto de las instituciones modernas, qué potestades asumen las ciudades, cómo se articulan las instituciones regias con las de orden municipal, hasta qué punto la designación regia de los oficios significa un control institucional centralizado? son algunas de las preguntas -entre muchas otras posibles - cuya respuesta variará según una u otra visión del orden político de antiguo régimen. Si se presupone programa *estatalista*, entonces lo más probable será que el orden institucional de las ciudades tenga un escaso peso en el cuadro expositivo general y se presentará como un reducto de

*administración local*, despojado de potestades políticas propias, o, en su caso, apenas tratadas o reducidas a su mínima expresión. Aun cuando se admita que en la mayoría de las ciudades, la justicia ordinaria civil y criminal está en manos jueces elegidos por el concejo local (los aún poco conocidos “alcaldes ordinarios”<sup>27</sup>), se habrá de privilegiar en la exposición a instituciones regias como las Audiencias que, salvo en la ciudad donde residían, necesariamente tenían un menor impacto en la vida cotidiana de la inmensa mayoría de la población<sup>28</sup>. Difícilmente encajarán aquellos jueces ciudadanos en el cuadro de jueces de primera instancia ocupado por la figura excluyente del corregidor regio (o cualquiera de sus equivalentes institucionales: gobernador, alcalde mayor, asistente, etc.). En cualquier caso, constatada la relevancia política del municipio, sus capacidades institucionales no dejarán de presentarse como desarrollos atribuidos a las condiciones del Nuevo Mundo, esto es, a la coyuntura y no a la estructura<sup>29</sup>.

En este contexto historiográfico, creemos que resulta pertinente preguntar si acaso el desarrollo de ciertos aspectos de autogobierno atribuido a las condiciones iniciales de la colonización no forma parte, en realidad, de un modelo castellano que en su momento resultó cercenado no tanto por el hecho histórico de Villalar, cuanto por el enfoque historiográfico estatista con el que se construyó la imagen de la monarquía en términos de Estado moderno absolutista. Un enfoque alternativo es posible si se atiende a las diversas perspectivas historiográficas que, partiendo de una crítica metodológica al abordaje de las instituciones del antiguo régimen, han desdibujado los postulados del Estado moderno<sup>30</sup>, objetando el alcance del “absolutismo” y poniendo en evidencia la significativa persistencia de la estructura corporativa del espacio político en la Edad Moderna<sup>31</sup>. Es precisamente a partir de aquí, de la constatación de la continuidad de la estructura corporativa de la sociedad de antiguo régimen, por donde se ha podido comenzar a redefinir el estatuto político de los espacios municipales y se ha podido revisar el tipo de relación que mantenían con la Corte, despejando en este caso, la idea de “unidireccionalidad” propia de las tesis de centralización<sup>32</sup>, que predispone a pensar como incompatibles un orden de autoridades regias con otro de base tradicional arraigado en el poder de los municipios.

Un esquema de las instituciones municipales en el ámbito castellano pensado desde estas perspectivas, nos permitirá entonces ajustar las conclusiones sostenidas para los municipios indios y valorar, así, los testimonios americanos para determinar hasta qué punto, o en qué medida, muchas de las prácticas institucionales catalogadas como situaciones excepcionales o “de hecho”, o típicas del orden colonial, podían encontrar su explicación en las claves estructurales del orden castellano. En fin, creemos que es necesario recomponer a la luz de los avances historiográficos, el *Castilian Background* del que nos hablaba Moore. A ello están dedicadas las páginas siguientes. En primer lugar, intentaremos poner de manifiesto las consideraciones historiográficas actuales sobre las consecuencias político-institucionales de la estructura corporativa de la sociedad de antiguo régimen. En un segundo momento, buscaremos componer un esquema de las instituciones municipales castellanas a partir del discurso jurídico moderno, para develar así las claves de su tradición.

## II. Ciudad y poder político en un mundo corporativo

Cuando se afirma la persistencia del carácter corporativo de la estructura social del antiguo régimen, se ponen necesariamente de manifiesto las consecuencias de un profundo orden de creencias que, bajo los enunciados de un discurso sobre la *naturaleza* humana, operan en el nivel propiamente “constitucional” del orden social y, como tal, al tiempo que imponen una determinada configuración en la estructura y dinámica del poder político, resultan -en buena medida- “indisponibles”, es decir, difícilmente manipulables por actos voluntarios del poder<sup>33</sup>.

Era precisamente en este nivel donde conservaba operatividad, en tiempos ya modernos, el apotegma aristotélico del *zôon politikón ... phýsei*, cuya significación venía a sostener, junto con la idea de una naturaleza social o comunitaria (*zôon koinonikón*), la precisa afirmación de ser el

hombre “*por naturaleza un animal de ciudad*”, en un contexto en el que, además, se afirmaba no sólo el carácter previo de la *polis* con respecto al individuo, sino fundamentalmente la constitución *natural* de aquélla <sup>34</sup>. La situación de “parte con relación al todo” en la que se sitúan individuo y comunidad, que implica en definitiva, la primacía ontológica de lo colectivo sobre lo singular, había conducido en el pensamiento medieval a la naturalización de los fenómenos asociativos y su consecuente identificación con el concepto orgánico de *corpus*. Son las claves de una antropología que juega en la transposición organológica mediante la cual los teólogos convirtieron a la Iglesia, a partir de la imagen del *Corpus Christi*, en un “*Corpus mysticum ecclesiae*” y los juristas a cada comunidad política en un “*Corpus reipublicae mysticum*”. La noción de “*corpus mysticum*” o su versión tomista de *persona mystica*, equiparada por analogía al concepto romano de *persona ficta*, resultaba así “aplicable a cualquier tamaño y rango de *universitas* dentro de la jerarquía de las comunidades corporativas”. De este modo, el *zôon politikón* venía a significar la consideración, por naturaleza, del hombre como “*parte de algún cuerpo místico, de algún colectivo o agregado social*”<sup>35</sup>.

La utilización de los conceptos de la tradición jurídica romana de *persona ficta* o *universitas*, aunque denotan la conciencia de *fictio iuris* que asume la existencia de los entes asociativos, no implica necesariamente su “desnaturalización” o una mayor posibilidad de disposición sobre la organización corporativa de la sociedad, y esto no sólo porque tanto los teólogos como los juristas podían considerar las ficciones del derecho como *figura veritatis* o imitación de la naturaleza <sup>36</sup>, sino porque además, para el pensamiento bajomedieval, “*el rasgo más significativo de los colectivos personificados y de los cuerpos corporativos era su proyección en el pasado y en el futuro, la preservación de su identidad a pesar de los cambios, y el hecho de que eran por todo ello inmortales desde el punto de vista jurídico*”<sup>37</sup>.

Mientras dichos conceptos jurídicos (*persona ficta* y más propiamente *universitas*) expresan la unidad esencial que liga a los miembros de la entidad y su consecuente personificación <sup>38</sup>, el concepto de *corpus*, al tiempo que sostiene igualmente la idea de unidad, permite esquematizar su composición interna según un orden de jerarquía que distingue a los diversos componentes en función de la misión que cada uno está llamado a cumplir, fijando a la vez, sus diferencias cualitativas y el carácter necesario e irreductible de cada uno. Así, en los cuerpos místicos, al igual que en los cuerpos naturales, se destaca la cabeza que rige el comportamiento, pero que necesita que el resto de los miembros (corazón, ojos, manos, boca, pies, etc.) desarrolle su misión específica para mantener en funcionamiento al organismo. Ahora bien, tanto el concepto de *universitas* como el de *corpus* son aplicados por el pensamiento medieval a las diversas manifestaciones asociativas en una escala integradora que hace posible que el esquema tenga su reflejo especular en los diferentes rangos (i.e. familia, ciudad, reino, imperio) hasta hacerse compatible con una idea de totalidad compuesta, armónica y jerarquizada, identificada con la noción de un *ordo universal*, trasunto de una lectura teleológica y, por lo tanto, prescriptiva del orden natural de creación divina <sup>39</sup>.

Por su método de composición, que recurre a la virtualidad de unos mismos conceptos para identificar al todo y a cada una de las partes que lo componen, la representación corporativa de la sociedad es capaz de conjugar la unidad totalizante y su organización jerárquica, con la diversidad particularista derivada de la conservación de la identidad propia de cada componente. De este modo, en el plano social, el *ordo* universal se articula en una pluralidad de “órdenes particulares”, reflejando así la compartimentación característica de la realidad sociopolítica del Medioevo <sup>40</sup>. En términos político-institucionales, el efecto de esta representación de la sociedad viene dado por la traslación de propiedades implicada en la equivalencia de los conceptos que definen al todo y a las partes. Si, por un lado, la condición personificante de *corpus* o *universitas* tiene como propiedad fundamental la atribución *natural* de una capacidad de acción que originalmente se asocia con un modo de poder político (atribución de *iurisdictio*) <sup>41</sup> y si, al mismo tiempo, tanto la ciudad como el reino pueden identificarse con aquellos conceptos, esto implica que, si bien relacionados en forma jerárquica, ambos gozan *naturalmente* de algún grado de dicha propiedad, con lo que la distribución del poder político viene a representar un dato constitucional, indisponible, de una sociedad estructurada bajo este orden de creencias.

Virtualidad de unos conceptos y múltiple atribución graduada de sus propiedades, hacen posible la reproducción del mismo esquema de representación organicista y, en consecuencia, la conocida y perdurable metáfora de Juan de Salisbury, según la cual, el príncipe se identifica con la cabeza porque guía el cuerpo entero del reino, no implica que las ciudades dejen de ver en los magistrados locales su propia cabeza, y así la representación de la estructuración política del reino se pueda reproducir en forma completa en la representación de la estructuración política de la ciudad y viceversa<sup>42</sup>. Después de todo, el propio concepto de *civitas*, estrictamente ligado a los de *corpus* y *universitas* y a la concepción aristotélica de *comunidad perfecta*<sup>43</sup>, podía servir no sólo para identificar un determinado espacio municipal y su régimen político sino también para conceptualizar el del imperio todo y aun el de un régimen ideal de carácter celestial, como se prefigura en el mismo título de la obra de San Agustín<sup>44</sup>.

La historiografía institucional ha asumido hace tiempo sin dificultad la idea de que los cambios de todo orden que se experimentan en el comienzo de los siglos de modernidad y afectan de diverso modo a la cultura política, no llegan sin embargo, a generar un orden de creencias radicalmente diferentes que pudiese reemplazar a ese marco de conceptos estructurantes de la sociedad corporativa, gestados en el seno del mundo medieval. La quiebra del universalismo medieval que empuja a la exaltación del poder “soberano” del príncipe como exclusiva referencia de unidad capaz de garantizar el mantenimiento del orden, no trae aparejada la quiebra de la “constitución material” de una sociedad que se sigue estructurando a partir de una red de *cuerpos* interrelacionados<sup>45</sup>. Más aún, desde esta perspectiva, se considera que el desarrollo y expansión por parte de la monarquía de unos cada vez más potentes mecanismos políticos, no se articulará mediante la eliminación de esa red de cuerpos intermedios, sino precisamente a través de ellos. Así, se ha podido sostener que, “más cómplice que antagonista” la sociedad corporativa crece y se desarrolla junto a la monarquía moderna, en un estrecho vínculo que sólo será disuelto con el advenimiento del Estado liberal<sup>46</sup>.

La continuidad de la fuerza operativa de esas claves medievales de raíz aristotélica hacía que fueran, precisamente, los razonamientos del Estagirita sobre la polis y su gobierno aquellos que venían rápidamente citados en los textos jurídicos modernos al comenzar el tratamiento de los temas relacionados con el ámbito político municipal. Podía no sólo recurrir a Aristóteles, un Castillo de Bovadilla a finales del siglo XVI en el arranque de su monumental *Política para corregidores*<sup>47</sup>, sino también un Santayana Bustillo, en la primera mitad del XVIII, para sostener igualmente las frases iniciales de su más modesto *Gobierno político de los pueblos de España*<sup>48</sup>. A su vez, la metáfora organicista seguía proporcionando el esquema conceptual que permitía compaginar la autoridad de la “cabeza” con el carácter irreductible de los miembros, y conformaba así una herramienta de comprensión aplicable al reino todo o a cada una de las corporaciones. Como lo decía un jurista, coetáneo de Castillo, hablando de la buena relación que debía haber entre la ciudad capital del distrito y los lugares de su jurisdicción: “*Porque es orden de naturaleza, que la cabeza rija y gobierne bien y con buen tratamiento, y defienda y conserve a todo su cuerpo y a los miembros del: y que ellos la obedezcan y acaten y defiendan, para que todo se conserve en el ser y orden que Dios le dio*”<sup>49</sup>.

En la composición del discurso jurídico sobre el gobierno municipal, a pesar de la indiscutida filiación principesca con la que se caracterizaba ahora a toda manifestación de poder político, persistían así los principios que naturalizaban la ciudad y su gobierno y que mantenían activos las nociones de *corpus* y *universitas*, con sus implicaciones en términos de personificación y la consecuente capacidad de autogestión. Es por aquí por donde un concepto de *autonomía* puede seguir siendo comprendido, para los tiempos modernos castellanos, como consecuencia de la *naturaleza* misma de la ciudad<sup>50</sup> y continuar operando a pesar de los cambios que alteraron sus mecanismos tradicionales de gestión institucional e inclinaron su configuración hacia unos más vinculados al control de la corona. Es también a partir de aquí por donde, desmitificada aquella lectura de Villalar<sup>51</sup>, puede comenzar a comprenderse el complejo juego de relaciones que se verifican entre los poderes municipales y el poder real fortalecido de la Edad Moderna. No se trata -como ha sostenido Fortea Pérez- “*de negar la evidencia de que el poder real se afirma en los tiempos modernos, sino simplemente subrayar también la evidencia de que esa afirmación del poder real no eliminó la existencia de otros sujetos políticos* -los

*señoríos, las ciudades...- amparados en el disfrute de determinados derechos, privilegios y libertades que los monarcas reconocen y normalmente amparan... ”*<sup>52</sup>.

Ciertamente que la reafirmación mencionada del poder real fue acompañada por la consolidación de un discurso que, desde la Baja Edad Media, también apelaba a la naturaleza corporativa del reino para situar al monarca en su cúspide y así considerar que todo poder político fluía desde él hacia los distintos cuerpos sociales<sup>53</sup>. La imagen del monarca como *fons iurisdictionis*, detrás de la cual se conjuga la representación del reino en términos de unidad, permite legitimar las medidas de intervención tomadas desde la corona hacia los espacios corporativos que aparecen jerárquicamente subordinados a él. Sin embargo, vale la pena insistir en esto una vez más, la consolidación de este principio como eje de la organización expositiva del discurso jurídico<sup>54</sup>, así como la inevitable aceptación de sus consecuencias en el plano institucional por parte de los espacios municipales<sup>55</sup>, no autorizan a extraer como conclusión la idea de un desplazamiento definitivo de aquel orden de principios constitutivos de la sociedad corporativa del que pendía la relevancia de la ciudad como espacio político<sup>56</sup>. Por el contrario, es la convivencia de ambos órdenes de principios, traducida en una constante “*dialéctica entre el poder real y los poderes intermedios*”<sup>57</sup>, lo que mejor explica la diversidad observable tanto en el seno institucional de cada ámbito municipal como en lo que respecta a la multiplicidad de formas posible de relación entre las ciudades y la corona.

Por un lado, la persistencia de los principios constitutivos del orden corporativo permitirá conservar la condición subjetiva y personificada de los ámbitos municipales, con toda la potencialidad latente de sus consecuencias políticas en términos de autogobierno. Por el otro, dichas consecuencias podrán verse afectadas o restringidas en más o en menos, según el mayor o menor despliegue que sobre cada uno de dichos espacios haya hecho la corona a partir de los principios que legitiman su intervención y en función de las más diversas razones coyunturales de tiempo y lugar. Pero será precisamente aquella tensión provocada por la afirmación y el reconocimiento simultáneo de ambos criterios de organización social y de legitimación política, lo que hará impensable un régimen municipal homogeneizado, menos aún por decisiones de carácter general tomadas desde la corte. Antes bien, una serie de argumentos capaces de tender puentes entre ambos, conseguirán dar cobertura doctrinal a las más diversas situaciones.

Es el propio discurso jurídico el encargado de armonizar las consecuencias de ese proceso dialéctico, cohesionando, de un lado, la justificación de los mecanismos de intervención que proporcionaban conceptos desarrollados desde la Baja Edad Media (es relevante la función que cumplieron en este proceso conceptos tales como “fuente de jurisdicción”, “casos de corte”, “mayoría de justicia del rey”, “mengua de justicia”, “justicia retenida”, y su utilización en el diseño de dispositivos que permiten conectar en forma ascendente y descendente los diversos poderes jurisdiccionales con el del monarca que se sitúa por encima de ellos<sup>58</sup>); y del otro, la persistencia de los poderes corporativos, dejando incólume, en el balance, la supremacía simbólica de la monarquía (claramente se ve esto en el papel que juegan constructos técnico-jurídicos tales como el de la “prescripción adquisitiva” o el de la “delegación tácita”, en ambos casos referidos a la jurisdicción, o aun en la tolerancia de costumbres *contra legem* que siendo *razonables* se entienden *aprobadas por el rey*). Por cierto que detrás de este juego discursivo se encuentran factores tan concretos como la presión que cada cuerpo es capaz de oponer al otro, las necesidades militares y financieras de la corona en cada momento<sup>59</sup>, o bien, su misma imposibilidad fáctica de cubrir con su andamiaje oficial un espacio territorial en permanente proceso de expansión.

Partiendo de estas consideraciones y apoyados en la historiografía institucional, podemos proponer, a modo de síntesis, algunas claves de interpretación que nos ayuden a comprender aquella legitimación dual del orden político y el consecuente modo de relación entre el espacio municipal del realengo y la corona. Podríamos sugerir los siguientes postulados:

1. El reconocimiento indiscutido de la supremacía jurisdiccional del príncipe y de su carácter de fuente de toda jurisdicción (*fons totius iurisdictionis*) obliga a reconocer también en el poder público del espacio municipal, una manifestación derivada de aquél. La capacidad jurisdiccional en el municipio ya no se dirá, en primer término, originaria, sino que se conectará

con el poder del príncipe en términos de concesión y confirmación de privilegios y libertades que, predicados del cuerpo municipal, implican en buena medida la garantía de determinados ámbitos de autorregulación<sup>60</sup>. A su vez, la vocación de permanencia derivada de la condición corporativa, quedará asegurada mediante el carácter irrevocable que la doctrina atribuye normalmente a este tipo de privilegios, que, además, son consolidados como derechos adquiridos del cuerpo municipal<sup>61</sup>.

2. Las referidas nociones de “delegación tácita” o “consentimiento tácito” del príncipe permiten, por otra parte, la consolidación de prácticas y derechos de autorregulación que igualmente se incorporan al acervo de privilegios y libertades *como si* hubiesen sido concedidos por el príncipe. En este mismo orden, la estrecha vinculación entre *iusdictio* y territorio y el preeminente valor que se atribuye al derecho consuetudinario de cada comunidad (valor de una costumbre que obedece originariamente a la atribución de jurisdicción en virtud de la existencia corporativa) permiten desarrollos normativos que pasan a integrar igualmente el peculiar espectro de capacidades políticas de cada municipio<sup>62</sup>.

3. La apelación al derecho natural y a la metáfora organicista que impone la necesidad de los cuerpos de estar dotados de miembros directivos (cabeza) para regir su comportamiento, permitirá cubrir de legitimidad aquellos ámbitos de acción municipal dejados de la mano del príncipe, ya por incapacidad operativa, ya por desinterés, servirá, a su vez, de fuente para el desarrollo de prácticas que nos sitúan otra vez en la consideración hecha en el párrafo anterior. De este modo, la persistencia de la personalidad corporativa significará una constante atribución de la capacidad derivada del derecho natural de elegir autoridades, siempre que el príncipe no hiciera valer su supremacía sobre el cuerpo político en cuestión. Esto era así porque por *derecho natural* los cuerpos no debían quedar acéfalos<sup>63</sup>. Era consecuencia de los principios evidentes derivados de la concepción corporativa de la sociedad. Como decía Covarrubias, “*aunque no hubiese ninguna ley humana que lo aprobase, es evidente que el pueblo, que necesita quien le rija, y no tienen ningún magistrado constituido por el príncipe tiene por derecho natural poder de constituirse magistrados, mientras el rey no hace uso de la potestad que el pueblo le ha transmitido*”<sup>64</sup>.

4. En lo que respecta a la relación entre ciudades y corona hay que partir de lo dicho antes, en el sentido de que la representación corporativa unificada del reino que permite situar el origen funcional de todo el poder político en el príncipe como cabeza de una *república*, no elimina, como se ha visto, la propia representación corporativa de cada uno de los espacios jurisdiccionales intermedios (de cada una de las *repúblicas*). De este modo, al margen de la función teórica que cumple la representación unitaria del reino, en los hechos, su dinámica interna no responde a las características de *universitas* sino de *societas*. Es decir que en su dinámica interna, el reino no se comporta como una unidad esencial en cuya virtud sus miembros han fundido su identidad particular en la del todo, sino que lo hace bajo la forma de un agregado de sujetos (*república de repúblicas*) que se reconocen mutuamente y se vinculan mediante lazos recíprocos de lealtad, abriendo así el campo del discurso normativo hacia elementos de tipo pacticio<sup>65</sup>. Dichos vínculos operan juntamente con los de subordinación y obediencia derivados de la ordenación jerárquica que imponen los principios que sitúan al príncipe en la cima de la representación unitaria y que, desde esta perspectiva, le aseguran el rol de garante máximo del equilibrio entre los diversos cuerpos, manteniendo a cada uno en el goce de sus respectivos derechos. El mejor ejemplo de dicha dinámica societaria puede ser visto en el modo de composición y acción de las cortes de los reinos castellanos, cuya estructura “*reflejaba perfectamente el carácter de agregado de comunidades autónomas coordinadas por la superior autoridad del monarca...*”<sup>66</sup>.

5. Esa configuración societaria y aquella misión que en ella debe cumplir la corona, al tiempo que explica la preeminencia de la función jurisdiccional, en el sentido más estricto (como *justicia* o *gobierno de la justicia*), desplegada por el poder real sobre los espacios corporativos, permite comprender también la relativa menor incidencia de la acción regia en las funciones relacionadas con la gestión de los intereses colectivos de cada cuerpo político, naturalmente adscritos a sus esferas de autonomía (*autotutela corporativa*)<sup>67</sup>.

6. Los vínculos de lealtad y servicios mutuos, por su parte, juegan un importante papel en la

configuración pacticia que pueden adquirir las relaciones entre corona y ciudades. Consustanciales a la estructura societaria, son ellos precisamente los que permiten explicar que el estatuto político de cada espacio municipal pueda variar en función de procesos de negociación entre corona y ciudades, donde destacan, por un lado, el compromiso de respeto a los privilegios y libertades y su eventual incremento, a cambio de servicios (económicos, militares, administrativos, o de población y pacificación como en el caso de las ciudades indianas, etc.) junto con manifestaciones diversas de lealtad, por el otro <sup>68</sup>.

A la luz de estas claves de interpretación, podemos adentrarnos ahora en el complejo panorama municipal de la edad moderna castellana. Veamos entonces con más detalle cuáles eran los rasgos generales de la organización institucional de los municipios castellanos y en qué modo se establecían las relaciones con las instituciones regias.

### III. Gobierno y justicia en el ámbito municipal castellano

*“Pertenece, pues, el gobierno político y económico de los pueblos a los ayuntamientos o concejos de ellos, y tan privativamente que, no habiendo queja de parte o instancia fiscal, no pueden las Chancillerías o Audiencias entrometerse en estos asuntos”* <sup>69</sup>.

Empecemos por recordar, con estas palabras de Santayana y en la línea de lo dicho en el párrafo 5 del epígrafe anterior, que aun en tiempos modernos, si el lenguaje jurídico político insistía hasta la saciedad en que toda la *justicia* pertenecía al príncipe, igualmente podía situar como propio y privativo de cada ayuntamiento el *gobierno político y económico de los pueblos*. Esta diferenciación de tratamiento entre el lenguaje de la justicia y el del gobierno resulta en buena medida característica del discurso jurídico político de la Edad Moderna <sup>70</sup> y al tiempo que guarda relación con la estructura social corporativa, tiene consecuencias en la configuración institucional del poder municipal.

La atribución privativa del *gobierno político y económico* a los pueblos era manifestación de aquella autonomía que surgía directamente del estatuto de persona corporativa con que necesariamente era concebida la existencia de una determinada comunidad. Era aquella una expresión que, originalmente ligada al ámbito familiar <sup>71</sup>, identificaba la capacidad del sujeto corporativo de gestionar sus propios intereses. Sólo como *potestas extraordinem* era también una potestad del príncipe, considerado para estos fines como el *Pater familias* del reino unitariamente representado en la imagen de la casa del rey. Predicada de la comunidad era, en definitiva, la facultad natural de la persona colectiva de administrar sus propios bienes y asegurar el bienestar de sus miembros. En la medida en que se presuponía que era un ejercicio de poder que no implicaba conflictos de intereses o controversias de derechos, era una actividad que quedaba reservada al cuerpo social y sólo si devenía en asunto contencioso (*habiendo queja de parte o instancia fiscal*) podía ser materia de justicia y autorizar la intervención de los tribunales del rey <sup>72</sup>. Esto se interpretaba por la doctrina práctica como consecuencia de una expresa reserva hecha por “el pueblo” en la mítica *traslatio imperii*: “*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, y poder, aunque subordinado, y expuesto a la censura del príncipe y sus tribunales, y justicia*” <sup>73</sup>.

La *justicia*, en tanto que ejercicio de *jurisdicción*, se decía, en cambio, toda del rey, siendo indistinto para esto si venía ejercida por un oficial regio o por una magistratura de designación concejil. Era actividad que dirimía conflictos y que se disponía para garantizar el orden y la paz social, manteniendo a cada uno en su derecho. Su lenguaje respondía al elemento nuclear de una larga tradición semántica que identificaba con la expresión *iurisdictione* la imagen principal del poder político <sup>74</sup>. Volveremos con más detalle sobre ella. Baste por ahora decir que gobierno y justicia eran potestades que tenían sede en el ámbito municipal, que se desplegaban sobre el

espacio territorial identificado como su “*término y jurisdicción*”. A partir de estas categorías intentaremos exponer un cuadro de las principales características que, a nuestro juicio, resultan relevantes para comprender la dinámica de poder en el seno del espacio municipal.

### 3.1. Representación corporativa e instituciones municipales

En tanto que persona corporativa, la ciudad actúa por medio de una representación necesaria. No es una representación basada en una regla de mandato representativo, sino en una suerte de identidad mística entre el representante y el representado que rige estructuralmente este tipo de relaciones en la sociedad corporativa<sup>75</sup>. Aunque la designación por elección fuese uno de los mecanismos tradicionales, la noción de representación no se construye a partir de la voluntad de los representados, sino desde una vinculación *natural* entre éstos y los representantes, como la que puede existir entre padre e hijo o, persistiendo en la metáfora organicista, entre la cabeza y el cuerpo. Por ello, “*el Cabildo es, y representa todo el Pueblo, y tiene la potestad suya, como su cabeza...*”<sup>76</sup>. Por ello también la relación de representación se equipara a la de los incapaces, y de ahí que la obligación del *regidor* para con “*su república*” sea “*la misma que la del tutor y curador para con el menor y el pupilo*”<sup>77</sup>.

Son estas reglas fundamentales del discurso político de la sociedad corporativa las que hay que considerar antes de hacer referencia a los mecanismos de nombramiento y composición de los órganos rectores del cuerpo municipal. Así, por un lado se despeja cualquier tipo de tentativa de comparación con los sistemas electivos actuales, como la que llevara alguna vez a sublimar la imagen de los cabildos como genuinos antecedentes de las libertades democráticas<sup>78</sup>. Por otra parte, a partir de ellas se puede explicar que siendo amplísima la gama de mecanismos de designación practicados y observables a lo largo de todo el antiguo régimen, las funciones de los miembros concejiles, en tanto que *tutores* de su república, sean básicamente las mismas. Es decir que la función no dependía del modo de designación, sino de aquella vinculación esencial entre representantes y corporación. En definitiva, la presencia de representantes no venía a satisfacer el derecho de los pobladores a estar representados, sino la necesidad natural del cuerpo social de estar dotado de órganos rectores (...*porque los miembros no sean acefalos, careciendo de cabeza, qual serian los vezinos sin gobernador...*” como decían las palabras antes citadas de Castillo de Bovadilla). Con este discurso, anclado en una lectura del orden *natural* antes que en un edicto principesco, se satisfacían, en definitiva, las necesidades de una estructura social basada en la jerarquía y la desigualdad que funcionaba como presupuesto (y no como consecuencia) del orden jurídico.

*Oficios de república*, o bien, *oficiales públicos para su gobierno*, se podía decir, entonces, con independencia de que su designación fuese hecha por el rey en virtud de su supremacía jurisdiccional, o por el propio cuerpo municipal en ejercicio de unas facultades adquiridas y retenidas (desde los tiempos en los que el rey no intervenía en estos asuntos) por medio de *privilegios, costumbre, prescripción inmemorial* o *tolerancia del príncipe*. No importaba tanto por qué vía quedaban vinculados a la república, lo que importaba era el vínculo y la función, era que estuvieran allí *para su gobierno*; es decir, para ejercer una potestad cuya sede estaba en *la república*, o mejor dicho, en cada una de las repúblicas<sup>79</sup>. Si acaso la vía de designación resultaba objeto de cuestionamiento, como cuando las ciudades se quejan por la intervención regia (ya directa, ya por medio de sus delegados) en la designación de miembros concejiles, lo era en la medida en que dicha intervención se hacía en detrimento de *privilegios y costumbres* del cuerpo y, en todo caso, a partir de los inconvenientes que podían atribuirse a las designaciones hechas desde fuera del cuerpo municipal, pero no se ponía ya en duda la potestad regia de hacerlo, como tampoco resultaba extraño que muchas ciudades continuaran designando por sí a sus regidores<sup>80</sup>.

De modo que si, en principio, lo más cercano al imaginario del orden natural imponía la idea de que fuera el propio cuerpo quien debía decidir sus órganos rectores (a ello obedece la inveterada tradición de sistemas electivos o de insaculación, así como el requisito de ser natural

del lugar al que pertenecía el cargo) <sup>81</sup>, nada impedía que el rey en virtud de su supremacía jurisdiccional, en su condición de cabeza de la representación unitaria del reino (como cabeza de *la república* <sup>82</sup>), interviniese sobre ese orden para designar por sí a quienes, de acuerdo con criterios de *justicia distributiva*, considerase dignos de tal gracia <sup>83</sup>. Pero en cualquier caso, en aquel contexto corporativo, fuera por gracia o por venta, “el nombramiento del rey no implicaba normalmente decisión sobre el designado” <sup>84</sup>. Para los tiempos modernos y hasta finales del antiguo régimen sería la designación formal del rey la primera en destacarse por los juristas, pero nunca vendría considerada exclusiva o excluyente de cara a los mecanismos tradicionales que continuaban operando. De ahí que la formulación genérica de los principios que regían la potestad de designación tuviera que ser capaz de contemplar las diversas alternativas posibles. El lenguaje jurídico otra vez debía conciliar ambos extremos, apuntalando la posición regia y dando cobertura a las prácticas tradicionales de la sociedad corporativa; y lo conseguía por medio de las categorías apropiadas para ello. De este modo, aun en el siglo XVIII, la regla era compuesta, y se podía formular en esos términos: “*En España sólo al Rey pertenece por derecho el nombrar los oficios de la república; porque los pueblos en la creación de sus príncipes, les transfirieron toda la potestad y jurisdicción que tenían. Por privilegio, costumbre o prescripción inmemorial, pueden también las ciudades y demás poblaciones de estos Reinos, como asimismo los señores temporales, nombrar alcaldes, regidores y otros oficiales de república. Y así vemos conservan hoy este derecho muchas poblaciones que le tienen justamente adquirido...*” <sup>85</sup>.

No era cuestión menor el poseer por privilegio, costumbre, prescripción o aun por *tolerancia del príncipe*, la capacidad de designar a los propios rectores. Véase, a la luz de los postulados 1 y 2 que hemos formulado entre nuestras claves de interpretación, cómo se reforzaba el peso de los poderes corporativos de frente a la acción del príncipe: “*En los casos, pues, en que la elección para los oficios de república es propia del pueblo, y en su nombre de los ayuntamientos o concejos que le representan, o ya sea por privilegio, o costumbre, o tolerancia del príncipe, que en cualquier caso debe mantenerseles en la posesión en que se hallan, pues las leyes del Reino establecen que se les mantenga a los pueblos en los buenos usos y costumbres de nombrarse oficiales públicos para su gobierno*” <sup>86</sup>.

Por último, todavía en el siglo XVIII se podía observar la persistencia de aquello que hemos caracterizado como la potencialidad latente de los principios constitutivos de la sociedad corporativa. Seguían siendo válidos aquellos razonamientos que, como adelantamos antes (postulado 3), remitían explícita o implícitamente, a unos principios naturales que se activaban ante la ausencia de manifestación del príncipe. Por ello... “*aún, fuera de costumbre o privilegio, hay casos en que compete a los pueblos la facultad de nombrarse jueces que les gobiernen, como es, si el príncipe no los nombra, o si el corregidor muriese, o estando ausente por más tiempo que el que la Ley le permite; y esto, aunque haya nombrado tenientes, cuya jurisdicción expira por la vacante del corregimiento*” <sup>87</sup>.

Entre una supremacía del príncipe consolidada en el plano simbólico y la persistencia de unos principios naturales que conservan sin hesitación la fragmentación política propia del orden corporativo, intermedian unas prácticas que ya no son principios pero que se ajustan a la diversidad casuística y decantan la balanza para uno u otro extremo, según desiguales condiciones que no se pretenden homogeneizar. De esta suerte, tras el enunciado anterior correspondía la siguiente aclaración:

“*Si bien en estos casos es regular, o que a los tenientes se les despache por el Consejo provisiones, dándoles comisión para que sirvan el oficio de corregidor... o que el regidor más antiguo ejerza la jurisdicción, que es lo que más se practica, principalmente en las poblaciones cortas, donde por ausencia o muerte del alcalde rige la vara el regidor primero*” <sup>88</sup>.

Eran facultades regias, privilegios corporativos y principios naturales de la sociedad corporativa, que estaban en la base del orden político y que no se planteaban necesariamente como elementos antagónicos, por más que su interacción fuera motivo ocasional de conflictos. El reconocimiento de la supremacía regia proporcionaba también un recurso a las ciudades para resolver problemas internos que el propio cuerpo era incapaz de superar por sí, y así se explica que muchas veces fueran las propias ciudades las que solicitaban la intervención regia, ya sea,

para designar sus propios oficios <sup>89</sup>, ya para acoger en su sede oficios o tribunales regios <sup>90</sup>. Por su parte, la corona manifestaba preocupación cuando sus oficiales agredían el orden de privilegios corporativos y de ahí que buena parte de los mecanismos de control institucional (recursos a las Chancillerías, visitas, residencias, jueces de comisión, etc.) estuvieran dispuestos a sofrenar y reparar aquel tipo de transgresiones. Por cierto que, eventualmente, la corona contaba con mayores posibilidades de desbalancear en su favor el delicado equilibrio de estas relaciones. Pero no siempre sus intereses pasaban por eliminar privilegios o costumbres corporativas, antes al contrario, pendían en buena medida de ellos. No sólo acrecentaba oficios concejiles para ofrecerlos al mejor postor, también ofrecía privilegios de villazgo o estaba dispuesta a aceptar las peticiones de las ciudades para consumir los oficios acrecentados por los inconvenientes que aquéllas traían en el orden interno <sup>91</sup>.

A partir de aquellos principios, de esas prácticas y de estas posibilidades de relación, se construía un panorama municipal dominado por la diversidad. Cada municipio se convertía en un peculiar escenario para ese delicado mecanismo institucional en el que *justicia* y *gobierno* se “ayuntaban” ante un coro de personajes que, ya miembros de la corporación, ya magistrados foráneos enviados por el rey, desempeñaban los oficios para el gobierno de la república. De ese mundo de diversidad, nos interesará ahora mostrar aquí simplemente sus elementos constitutivos, en términos de potestades e instituciones, tal como éstas aparecían en el discurso jurídico moderno.

### 3.2. Gobierno político y económico. El regimiento

Hemos hablado ya de unas potestades, “*justicia*” y “*gobierno político y económico*”, y también han ido apareciendo unos oficios de república, *regidores*, *alcaldes*, *corregidores*, *tenientes*. Se ha dicho que el Cabildo es la cabeza del pueblo y que como tal tiene su potestad y puede “*lo que el Pueblo junto*” <sup>92</sup>. El cabildo, ayuntamiento o concejo, es así la expresión institucional de la ciudad. En su sede concurren los oficios y se ejercen las potestades que hacen al gobierno de la república; se han de reunir (ayuntar) en ella, “... *las justicias y regidores, y oficiales, a entender en las cosas cumplideras a la República que han de gobernar*” <sup>93</sup>. Siguiendo estas palabras de los Reyes Católicos, los juristas definen: “*Cabildo, es ayuntamiento de personas señaladas para el gobierno de la República, como lo son la justicia, y regidores*” <sup>94</sup>. La misma definición del XVII vale para el XVIII <sup>95</sup>. Justicia y regidores, aparecen así como los elementos constantes en un mundo plagado de variables. Empecemos por los últimos.

A comienzos de la Edad Moderna, el municipio típico castellano se compone de un concejo cerrado de regidores que *representan* y, en cuanto tal, *son* el pueblo. En virtud del referido concepto de representación, se dirá que ellos son *cabeza de la ciudad*, y pueden lo que todo el pueblo, habiendo quedado atrás para estas épocas y en la mayoría de las ciudades, el antiguo concejo abierto integrado por la congregación y *universidad de todo el pueblo* <sup>96</sup>. Lo que se ha dicho del *gobierno político y económico* con relación al *pueblo*, puede ser dicho entonces con relación a los regidores. “*Regidores*” puede sustituir a “*pueblo*” en la formulación de aquella reserva a la *traslatio imperii* para hacer referencia a “*la administración de muchas cosas concernientes à otros menores gobiernos de la República, en los cuales los Regidores tienen absoluta mano y poder, aunque subordinado y expuesto à la censura del príncipe y de sus corregidores y consejeros*” <sup>97</sup>. Siendo pues el *regimiento* la representación (por identidad) del pueblo, la potestad que a éste podía ser atribuida en forma privativa, se atribuye con expresión equivalente a aquéllos: “*A los regidores toca la economía y gobierno de los pueblos tan privativamente, que no habiendo instancia de parte o del Fiscal del Rey, no pueden entrometerse en ellos los Tribunales Superiores*” <sup>98</sup>. Se puede observar así la vinculación entre una potestad, el *gobierno político y económico*, y una institución, los *regidores* <sup>99</sup>, cuyo colegio *representa*, a los fines de dicha potestad, a todo el cuerpo social del municipio.

La consolidación de este sistema de regimiento, no era más que la traducción institucional de una prolongada tradición previa que había ido situando el dominio de la gestión municipal en

manos de los sectores privilegiados, en un contexto marcado por el dominio de las aristocracias urbanas que ha podido calificarse como “casi único en el mundo por su amplitud”<sup>100</sup>. En este marco, los regidores, que pertenecen, por lo general, a los grupos privilegiados, capitalizan simbólicamente en el regimiento todas las atribuciones implicadas en el concepto político de *pueblo* (que remite a las capacidades políticas del *populus* que aparece en las fuentes romanas), acaparando en sí la representación corporativa de *todos los estados* pertenecientes a la república<sup>101</sup>. Por su parte, los estamentos no privilegiados, aun cuando sean vistos como parte del pueblo, tienen en el discurso político un campo de acción limitado a la defensa de sus intereses y su expresión colectiva no remite entonces a un *populus* sino al *común*, de suerte que su manifestaciones institucionales, tales como *jurados*, *procuradores de pecheros*, *sexmeros*, *diputados o personeros*, allí donde logran materializarse, suelen limitarse a cumplir la función de portavoces estamentales, quedando por lo general, al margen del ámbito gubernativo de decisión adjudicado al regimiento<sup>102</sup>.

Este cuadro general, sin embargo, no implica desconocer que nos seguimos moviendo en un campo donde la nota determinante viene dada por la diversidad de situaciones y éstas no dejan de ser relevantes desde que constituyen, por un lado, el reflejo persistente de la desigualdad subjetiva propia de la sociedad corporativa, y, por el otro, denotan la presencia de alternativas institucionales que continúan operando en paralelo con los esquemas más difundidos. Indudablemente, la tendencia general, sobre todo en las ciudades principales, estaba dada por la identificación entre el núcleo de gobierno municipal con los grupos privilegiados, que solían defender su posición de privilegio a través de sus peticiones en las cortes<sup>103</sup>. Pero no se debe olvidar que siguen funcionando muchos concejos municipales constituidos a partir de la elección anual de sus propios regidores e incluso puede apreciarse también la persistencia de una tradicional regla de representación estamental que dividía los oficios por mitades entre privilegiados y pecheros<sup>104</sup>.

De modo que bajo las líneas maestras que construyen el panorama general, hay hasta finales del antiguo régimen un cuadro municipal dominado por una diversidad que torna casi imposible una sistematización rigurosa. Así, una descripción general de su época, no tiene más alternativas que recurrir a un lenguaje vago e impreciso, por respeto a unas diferencias que se asumen irreductibles, desde que son vistas como imposición de una naturaleza desigual de los cuerpos personificados, en un contexto en el que el eminente valor asignado al derecho consuetudinario local permitía, además, legitimar prácticas que ahondaban así las razones de la diversidad. Valgan como ejemplo, una vez más, las palabras de Santayana: “*El Ayuntamiento, o Concejo en lo formal, es el congreso o Junta de las personas que lo componen. El número de las que lo forman, según la diversidad de los pueblos, es diverso. En los de Castilla y ciudades principales de ella, a más del corregidor, regidores, síndico procurador y escribanos, asisten a los Ayuntamientos y lo forman los sexmeros y procurador general de la tierra. En los pueblos cortos, y en los de la Corona Aragón, el Ayuntamiento o Concejo sólo se compone de la justicia, regidores, síndico general y escribano, o fiel de hechos. En los pueblos grandes el número de regidores es numeroso, en unos más que en otros. En las villas y aldeas no pasan de cuatro; en otros hay sólo dos. En todos un solo síndico. En algunos un alcalde; en los más dos. En todos se tendrá aquel número que por ordenanza o costumbre está introducido*”<sup>105</sup>.

La diversidad institucional, reflejo de la diversidad “natural” de los pueblos, destacada con todo acierto como característica de la organización del nuevo mundo, tenía así su raíz en el modo en que se concebían por entonces los sujetos del poder político y, por ello, no dejaba de afectar al orden municipal castellano<sup>106</sup>. Todas las posibles variantes, en las que aquí no podemos detenernos, formaban parte, con mayor o menor peso, de la tradición municipal castellana.

Más allá de los modos de conformación del regimiento y de la eventual participación de otras figuras institucionales en nombre del común, la atribución del *gobierno político y económico* se traduce en una serie de facultades que ejerce el cuerpo concejil, con mayor o menor autonomía, según las características peculiares de cada municipio y el tipo de decisión de que se trate. Los regidores aparecen genéricamente facultados en todo lo relativo a la gestión de la comunidad y sus bienes, es decir, a “*lo que es útil a la república, de cuya hacienda ellos son*

*governadores à su arbitrio y sin participación del Corregidor ... salvo para presidir, y proveer que no se haga cosa ilícita ni indevida... ”*<sup>107</sup>.

En función de dicha atribución, el regimiento provee oficios menores. Una clasificación de los mismos nos da una idea del espectro de cuestiones que políticamente eran referibles al poder municipal. Se distinguían aquellos que servían para “*la administración y manejo*” de los caudales de la población, sus propios y rentas y aquellos que tenían por finalidad “*la asistencia de los vecinos y moradores del pueblo*”<sup>108</sup>. Entre los primeros, se ubican procuradores de cortes, comisarios de abastos, fieles, mayordomos, abogados y procuradores de ciudad, escribanos, contadores, etc... En la segunda categoría se incluye a médicos, cirujanos, boticario, maestro de gramática, guarda de monte y huerta, veedores y examinadores de oficios, etc. El nombramiento correspondía al concejo y se hacía según el método que fuera costumbre en cada lugar<sup>109</sup>. Sea cual fuere el mecanismo, la doctrina ponía énfasis en que la designación estuviese exenta de intervenciones extracorporativas<sup>110</sup>. Como potestad atribuida al *pueblo*, lo era entonces de los *regidores* y la indemnidad de esta regla del orden corporativo estaba garantizada por los tribunales del rey, frente a los posibles agravios del corregidor<sup>111</sup>.

La intervención del oficial regio estaba autorizada, no obstante, para los casos de igualdad de votos, así en ésta como en otras cuestiones que eran propias del regimiento<sup>112</sup>. Se perfilaban de este modo los ámbitos de acción en los que el regimiento se desenvolvía con la autonomía propia de su condición de persona, según los principios corporativos que la justicia del rey debía garantizar manteniendo para ello una posición expectante sólo autorizada a intervenir en los casos en que el cuerpo era incapaz de expresarse con la unidad que daba sentido a sus atribuciones políticas. Como se verá más adelante, esta posición de la justicia regia frente a la autogestión del regimiento, no sólo es consecuencia del respeto al orden corporativo, sino que además es la que posibilita mantener el valor simbólico de su carácter imparcial indispensable para legitimar su función arbitral, en un reflejo a escala local de la posición que se esperaba del príncipe con relación a la diversidad de cuerpos y estamentos que integraban el reino.

Donde los ámbitos no parecían estar tan definidos era en lo relativo a la potestad estatutaria, es decir, en la capacidad de dictar ordenanzas con fuerza legal en el ámbito municipal. La cuestión se torna problemática debido a que en una concepción jurisdiccional del poder como la que prima entonces, dicha capacidad forma parte de la potestad de *iurisdictio*<sup>113</sup>, de modo que en su tratamiento concurren, por un lado, la atribución tradicional de poder (de *iurisdictio*) derivada de la composición corporativa del orden social, y, por el otro, el discurso jurídico político que considera al príncipe como único poseedor legítimo de aquella potestad. Por una parte, el primer principio parece seguir operando sin dificultad en las manifestaciones del orden jurídico donde continúa primando la “factualidad” jurídica típica de los tiempos medievales, y así no resulta llamativo que una gran parte de la normatividad local pasara por un derecho consuetudinario (atribuido al *populus legislator* y equiparado sustancialmente al concepto de *lex*)<sup>114</sup> que los regidores en cuanto *pueblo* estaban autorizados a *introducir*. Las innumerables remisiones “*a lo que se halla establecido por uso o costumbre*” que se pueden encontrar en los tratados que tocan la materia municipal nos dan una idea de la relevancia y dimensión que podía alcanzar esta fuente normativa<sup>115</sup>.

Pero, por otra parte, también aquella capacidad podía alcanzar a las instancias más formalizadas de producción normativa y así está claro que las ciudades tradicionalmente dictaban ordenanzas municipales y lo continuaron haciendo a lo largo de todo el antiguo régimen<sup>116</sup>. Es aquí donde el discurso jurídico tenía que esforzarse nuevamente para conciliar unos principios con una realidad que, *prima facie*, aparecían como contradictorios. En la rigurosa ortodoxia regalista ni siquiera cabía la distinción entre unas ordenanzas hechas sólo a los fines de regular las potestades gubernativas reservadas para el pueblo y otras que por su contenido perteneciesen a la jurisdicción del príncipe. Ambos eran actos jurisdiccionales y, por lo tanto, en ambos debía participar el poder real<sup>117</sup>. El punto de conflicto venía dado por las consecuencias de la *traslatio imperii*, porque después de dicho acto, “*al pueblo no le quedo facultad de ejercer ni un mínimo acto de jurisdicción, ni de hazer leyes ni ordenanças generales ni particulares, sin la autoridad del príncipe, ó del corregidor que le represente, según la ley Real... porque el hazer estatutos y ordenanças, es acto de jurisdicción...*”<sup>118</sup>.

Ciertamente que la ley real, a la que se refiere este texto de Castillo, instruía a los oficiales regios para que revisaran las ordenanzas que estuvieran en vigor en las ciudades a donde eran destinados, disponiendo que “*las que fueren buenas*” (sin mención de cómo hubiesen sido producidas) fuesen guardadas y las que fuese necesario enmendar, las hicieran nuevamente con “*acuerdo del regimiento*”<sup>119</sup>. El texto real parecía reflejar una realidad en la que la práctica de establecer ordenanzas municipales se mostraba como parte del ejercicio de una potestad compartida por las ciudades y la corona<sup>120</sup>. De hecho, así tenía que interpretarlo el propio Castillo, a pesar de sus rotundas afirmaciones en contrario, aceptando que aunque el corregidor tuviese el poder de iniciativa para determinar la conveniencia de reformar las ordenanzas “... *la acción, modo, forma, y ordenación dello, toca copulativamente al corregidor y regidores, y no a los unos sin los otros*...”<sup>121</sup>. Nuevamente la práctica aquí se abría a una diversidad de situaciones donde la relación entre las potestades regias y la de los cuerpos municipales no siempre se orientaban en sentido contrapuesto. Así, junto a ordenanzas municipales dictadas por propia iniciativa de los reyes para una ciudad se presentan casos en los que son los propios concejos los que solicitan a los monarcas que se les otorgue ordenanzas sobre determinadas cuestiones. Del mismo modo, los corregidores eventualmente podían hacer valer su iniciativa y jurisdicción para dictar ordenanzas, o bien, hacerlo como consecuencia de un mandato otorgado para tal fin por los propios miembros del cuerpo concejil<sup>122</sup>.

Ahora bien, con respecto a si en el ejercicio del *gobierno político y económico* cabía el dictado de ordenanzas de forma autónoma, la doctrina del derecho común (“*la qual siguieron y llamaron común Avendaño, Orozco, Avilés y otros...*”), criticada por Castillo, parecía conciliar mejor con una práctica cuyo arraigo no resultaba fácil de desconocer aun por el propio discurso regalista moderno<sup>123</sup>. Por eso se tenía que admitir que “*En algunas cosas leves y de poco momento, si huviese costumbre de hazer ordenanças, los regidores solos sin el corregidor, bien valdrá...*”<sup>124</sup>. De hecho, parece ser precisamente aquella doctrina la que a la larga terminaría siendo asumida ya como no problemática por una literatura jurídica menos erudita, tal vez menos comprometida por razones históricas con una necesidad de afirmación de la supremacía jurisdiccional regia, y quizás, por ambos motivos, más ajustada a la descripción elemental de una práctica consolidada: “*Tienen los pueblos de España facultad de hazer ordenanzas; pero ordenanzas que sólo sirvan para el gobierno político de los pueblos*”<sup>125</sup>. Desde esta perspectiva, la práctica de hacer este tipo de ordenanzas (“*para el gobierno político*”) no se mostraba en conflicto con las potestades del príncipe, ya que podían entenderse como una manifestación de los poderes “reservados” por el pueblo en el acto de la *traslatio imperii*. En consecuencia, su tratamiento venía equiparado a todas aquellas cuestiones en las que los regidores, actuando como pueblo, tenían derecho a un ejercicio autónomo de la tutela corporativa.

“*El hazer ordenanzas es privativo y peculiar de los ayuntamientos o concejos. No es necesario se junte el pueblo para establecerlas. En su formación sólo los regidores tienen voto; no el corregidor, que, como ya se dijo, sólo lo tiene decisivo en concurrencia de votos iguales, si bien será su inspección ver si el pueblo necesita o no de que hagan ordenanzas para su régimen*”<sup>126</sup>.

Una amplia variedad de cuestiones podían quedar incluidas en dichas ordenanzas para el gobierno político: elecciones de oficios, provisiones de abastos, limpieza de calles, uso y ejercicio de los oficios mecánicos, menestrales, sobre caza y pesca y, en general, todas “... *las que se forman para la administración de las rentas y propios del pueblo, uso y goce de los bienes comunes, y cuantas conduzcan al bien común de los pueblos dentro de los límites de una pura economía*”<sup>127</sup>. El campo conceptual de una disciplina (la *económica*) que implicaba un modelo de gestión doméstico de la ciudad, constituía así el límite material al ejercicio autónomo de esta manifestación, como potestad normativa, del gobierno político y económico. Y es que el fundamento último de una potestad estatutaria municipal cualitativamente diferente de la del príncipe y por ello autónoma, pasaba precisamente por la comunidad de intereses que ligaba a los vecinos en una suerte de pacto familiar al que podían equipararse las obligaciones dispuestas en el cuerpo concejil<sup>128</sup>.

Más allá de estas ordenanzas sobre el gobierno político y económico, la participación de la

autoridad regia portadora de la jurisdicción real podía ampliar el espectro estatutario sin que esto implicara entrar en colisión con el problema de la falta de capacidad política de la ciudad. Como hemos visto, en estos casos, el representante del príncipe actuaba *copulativamente* con el regimiento y así dotaba al acto con la potencia política de la jurisdicción real. El límite específico, en este caso, venía dado por la cuota de jurisdicción atribuida al oficial regio. Así, por ejemplo, se planteaba la cuestión de si en las ciudades sin privilegios jurisdiccionales especiales, podían las justicias y regidores conjuntamente dictar ordenanzas que estableciesen penas corporales o infamantes, considerando que tal capacidad correspondía, en principio, sólo a la *jurisdicción alta*, es decir, al *mero imperio*, atributo exclusivo de la *persona real*. Una distinción entre el ejercicio autorizado del mero imperio y la facultad para innovar el derecho, llevaba a Castillo a negar tal posibilidad y a sostener que “*ni aun para dar autoridad à ello tienen poder los Corregidores: porque del dicho imperio usan con facultad de la ley, pero no para hazer ley nueva*”<sup>129</sup>. Sin embargo, las posibilidades para la producción de este tipo de normas penales dentro del ámbito municipal no quedaban en absoluto cerradas. Aquí también podía operar un principio atributivo de poder tan abierto como el de la *costumbre antigua*, o bien, considerarse subsanada la falta de jurisdicción por medio de la *confirmación regia*. Por ello, a pesar de los principios expuestos, la práctica a lo largo de todo el antiguo régimen demuestra que no es posible delimitar la potestad estatutaria municipal por vía de un criterio material definitivo<sup>130</sup>.

La confirmación regia, a la que se acaba de hacer referencia, era otro mecanismo de justificación de la fuerza obligatoria de las ordenanzas municipales<sup>131</sup> y, aunque más formalizado, cumplía la misma función que otros conceptos como el de la *tolerancia del príncipe* o el del *consentimiento tácito*, es decir, atribuía al poder del príncipe los resultados del ejercicio de un poder específico por parte de un cuerpo que, en el plano teórico, carecía de legitimidad para ello. La práctica de la temprana edad moderna castellana parece indicar que no existía en principio necesidad de que las ordenanzas municipales fuesen confirmadas por el rey para que tuviesen fuerza obligatoria, aunque no era extraño que los concejos la solicitasen para dotarlas así de “mayor poder coercitivo”<sup>132</sup>. Ahora bien, el discurso regalista del XVI procedía aquí como con otros dispositivos similares, afirmando en principio la necesidad de confirmación regia para dotar de fuerza obligatoria a cualesquier ordenanzas municipales y luego, a través de los casos particulares, se daba entrada a una realidad en la que se seguía verificando aquella práctica que la hacía, al menos, no indispensable. Por esta vía se podía aceptar que no era necesaria la confirmación regia para los casos de ordenanzas no sólo relativas a cuestiones de *buena gobernación*, sino a las de cualquier tipo que *por su antigua observancia y costumbre* hubiesen adquirido fuerza de ley<sup>133</sup>. Para el discurso del XVIII, en cambio, la distinción parecía más clara, y así se podía comenzar afirmando que no siempre era necesaria la confirmación del príncipe, en especial, cuando se tratase de aquellas ordenanzas relacionadas *con el gobierno político y económico*. La aprobación regia, en cambio, se hacía necesaria cuando la posibilidad de un perjuicio a tercero quebraba aquel presupuesto de unidad de intereses que estaba en la base de la *económica corporativa*<sup>134</sup>. Era ésta la clave de una antigua distinción entre lo *político económico* y lo jurisdiccional que seguía pues operando<sup>135</sup>.

Con lo dicho hasta aquí, podemos sostener, en términos generales, que en el modelo municipal castellano, todos aquellos aspectos que podían ser adjudicados a la comunidad de intereses de los miembros del cuerpo municipal quedaban así adscritos a una potestad económica que en principio era atributo de los representantes de la ciudad que la ejercían en sustitución / representación del pueblo. Por esta atribución pasaba no sólo la gestión de los bienes comunes y toda la estructura de oficiales que se disponían para cumplir con la misión de atender a las necesidades comunales, sino también una importante capacidad de producción normativa cuyos límites rozaban con las potestades mismas de la jurisdicción regia. Veamos ahora cómo la manifestación más importante de ésta, la *justicia* del rey, se posiciona en el ámbito municipal moderno y qué tipo de relación se establece entre ella y el poder concejil.

### 3.3. Justicia del rey en el ámbito municipal

“Desde los Reyes Católicos, don Fernando, y doña Ysabel, à esta parte se embian à las ciudades y villas destos Reynos Corregidores por gobernadores y juezes ordinarios dellas, con plenísima jurisdiccion... Y ya se han quitado casi todas las alcaldías que provehian por los ayuntamientos, y quedan suspendidas con los oficios de Corregimientos”<sup>136</sup>.

En términos generales, la historiografía institucional nos enseña que en el municipio castellano de la Edad Moderna, al menos, en los de mayor entidad o importancia, la *justicia* está en manos de un oficial regio que absorbe la jurisdicción tradicional de los magistrados elegidos por las ciudades. Este modelo se presenta como la culminación de un largo y conocido proceso histórico que desde la Baja Edad Media habría llevado al reemplazo paulatino del sistema de *justicia de fuero*, caracterizado por el ejercicio honorario de la jurisdicción por personas elegidas entre los naturales del lugar (cuyo arquetipo lo constituían los *alcaldes ordinarios*), por un sistema de *jueces de fuera* o *de salario*<sup>137</sup>, es decir, por oficios rentados de designación regia, que absorbían la jurisdicción local y cuyo ejercicio recaía en personas ajenas a la comunidad (siendo aquí la figura paradigmática, la del *corregidor*)<sup>138</sup>. Este oficio regio aparece originalmente en tiempos de Alfonso XI y se presenta a comienzos del XVI como el estándar de toda una serie de mecanismos tendientes a normalizar la supremacía del poder regio en los tradicionales ámbitos *foreros*. La Real Pragmática del 9 de julio de 1500 que contiene los llamados capítulos para corregidores y jueces de residencia, perfila en su texto los rasgos característicos de este tipo institucional que alcanzaría por esas épocas su grado máximo de “perfección y virtualidad”<sup>139</sup>.

Sin entrar en los detalles de este bien estudiado proceso, baste recordar que aunque las claves discursivas para estas transformaciones ya figuraban en los textos alfonsinos<sup>140</sup>, en su concreción a gran escala mucho tuvo que ver el convulsionado acceso al trono de Isabel I, con las luchas de la corona por pacificar las ciudades y su consecuente intervención en la composición de las estructuras de poder de éstas<sup>141</sup>. En poco tiempo, la resistencia originaria de las ciudades sería revertida por una suerte de opinión favorable hacia el corregidor, dejando atrás las tradicionales peticiones para que no se enviaran dichos magistrados a las ciudades salvo que éstas lo solicitaran<sup>142</sup>. Las cortes castellanas comenzaron a aceptarlos mostrando incluso el grado de protagonismo que hacia la tercera década del XVI el oficio había adquirido en la administración de justicia. La justicia del rey de primera instancia comenzaba a ser percibida, a fuerza de su prestigio y mayor cotidianeidad, como más importante aun que la de los supremos tribunales<sup>143</sup>. Por esta vía, el corregidor se sitúa como la pieza de arranque de la justicia real y resume en sí los caracteres de un modelo de justicia regia de primera instancia, que se reproducen en mayor o menor medida en otras figuras institucionales equivalentes<sup>144</sup>.

Conviene, por lo demás, recordar que el cambio hacia este modelo de justicia no se limitaba a un simple problema de designación del oficio, antes de la *república* y ahora del rey, sino que, además, traía aparejado consigo una transformación mucho más profunda. Se trataba en realidad de un cambio inmerso en toda una *política de reformación*<sup>145</sup> dinamizada por un modelo de justicia que, como se ha dicho, ya no apoyaba su legitimidad en la pertenencia del juez al cuerpo social, sino que por el contrario, buscaba afanosamente aislarlo de su entorno social, prohibiendo que la designación recayera en naturales del lugar y asegurando su imparcialidad por medio de una renta profesional y de un riguroso régimen disciplinario que apuntaba a reforzar su desarraigo<sup>146</sup>. Por otra parte, también se trataba de la imposición de un derecho común, y de un derecho regio, que exigían la intervención letrada como medio de garantizar una administración de justicia basada en el conocimiento de dichos campos normativos, desplazando al antiguo ideal de juez lego conocedor del fuero y la costumbre local<sup>147</sup>. La presencia del corregidor en las ciudades habría consagrado así el ideal del rey como fuente de toda jurisdicción. Los corregidores (y sus equivalentes, cualesquiera jueces regios) convertidos así en *longa manu regis* portarían la justicia del rey al territorio. Con este contexto de fondo, veamos las claves que determinan, dentro del gobierno municipal, la acción de la *justicia* en cabeza del corregidor.

### 3.3.1. La justicia municipal en cabeza del corregidor. Oficio, territorio y jurisdicción

Comencemos por recordar una diferencia. Mientras el discurso que estructuraba el poder del regimiento pasa primordialmente por aquella potestad de *gobierno político y económico* que se consideraba en buena medida reservada al *pueblo* y remitía a los esquemas de una gestión doméstica de los intereses de cada comunidad, el que operaba en torno a la justicia, como potestad pública y como institución política, venía contextualmente determinado por el concepto de *jurisdictio*, e imponía, en consecuencia, el sentido de un poder jerárquicamente organizado y gradualmente distribuido desde lo más alto hasta lo más bajo de su estructura <sup>148</sup>. Por ello, mientras aquél se podía seguir diciendo “del pueblo” (de cada *república*), ésta se dijese, siempre, del rey.

La diferencia fundamental estribaba en que por su modo de configuración, el primero carecía, pese a su relevancia, de legitimación teórica para actuar como poder de imposición frente a derechos controvertidos, ya que se asumía simplemente como el ejercicio de las funciones naturales que cualquier persona (en este caso, colectiva) podía realizar para la gestión de sus bienes, la satisfacción de sus necesidades y la preservación de sus miembros, todo ello en virtud de su unidad constitutiva. La *justicia*, en cambio, representa el poder público por antonomasia, la capacidad de imponer comportamientos coactivamente, de dictar normas generales y particulares, de resolver contenciosos entre parte, de perseguir y castigar las transgresiones al orden y de mantener a cada uno en su derecho, según la clásica definición. Por ello, siendo la *justicia* del rey, el ayuntamiento, a estos fines, venía equiparado a un órgano consultivo, sin “*poder ni autoridad de mandar, ni determinar, ni poner en ejecución sus pareceres y deliberaciones*” y esto porque “*regularmente el concejo y cabildo no tiene jurisdicción para dar pena de muerte, ni otra corporal... porque no tiene mero mixto imperio, por haberle el pueblo Romano transferido en el príncipe y en sus ministros...*” <sup>149</sup>. Además, como lo recordaba Castillo a propósito de las ordenanzas municipales, el poder jurisdiccional también implicaba la potestad de establecer normas generales para la comunidad.

A partir de esas premisas, la función de la *justicia* en el ámbito del municipio se desarrolla, en principio, en un doble sentido. Por un lado, a través del ejercicio de la *jurisdicción ordinaria de primera instancia*, lo que le asigna al oficio una posición precisa en la red jurisdiccional y lo vincula por diversas vías con las instancias superiores; y, por el otro, integrando el ensamblado institucional que componía el gobierno municipal (según el binomio característico, “*justicia y regimiento*”), donde debía presidir indefectiblemente las sesiones del concejo y avalar con su autoridad todas sus decisiones. Mientras que por el primero, la *justicia* conocía de todas las causas civiles y criminales del fuero común en primera instancia, poniendo los medios necesarios al servicio de un ideal de *justicia judicial*, por el segundo se situaba, junto al *regimiento*, en la cabeza del cuerpo político, orientada por el ideal de un *gobierno de la justicia*, o *justicia civil*, y legitimada en virtud de ello para el ejercicio de un mandato genérico de conservación del orden social y de dirección política de su comunidad. En este sentido, la *justicia* era también cabeza del cuerpo político y frente al *regimiento* y aun en desacuerdo con él, tenía poder para “*... ejecutar todo lo que convenga al servicio de Dios, y del Rey, y utilidad pública, en las ocasiones que le pareciere ser forzoso y necesario, como cabeza que es del ayuntamiento, y el fiel, y veedor principal del bien común de su República...*” <sup>150</sup>. Y no ha de extrañarnos, en el marco de un razonamiento tópico, el hecho de que ahora sea el corregidor quien aparece como *cabeza* cuando antes se ha afirmado lo mismo respecto de los regidores. En la cultura del antiguo régimen abundan ejemplos de bicefalías políticas, y, en este caso, el municipio podría pensarse así como un sujeto bicéfalo, donde una cabeza la compondrían sus representantes corporativos y, la otra, la *justicia* del rey <sup>151</sup>.

Ambos sentidos funcionales, *justicia judicial* y *gobierno de la justicia* (que se traducen institucionalmente en su papel de *juez ordinario* y *gobernador*), convergen en unos modos de acción que vienen impuestos por su denominador común y son susceptibles de ser incluidos dentro de una misma definición <sup>152</sup>. Por ello, cualquier circunstancia que en el ejercicio del gobierno político y económico del regimiento deviniese en conflictiva o transgresora del orden, autorizaba la intervención de la *justicia*, al margen de sus propias posibilidades de acción en aquellos asuntos dichos de *gobierno*. Como hemos sugerido antes, las limitaciones que de cara

al regimiento se pregonaban de la *justicia* obedecían, en buena medida, al hecho de que frente a las deliberaciones y votaciones de los regidores, el corregidor debía conservar “*la libertad para ser juez en lo que sobre ellos se apelare y ventilare ante él*”<sup>153</sup>. De este modo, se ha sostenido con acierto que la presencia del corregidor, como *justicia* del rey, no debe ser interpretada exclusivamente como un mecanismo del autoritarismo regio en el ámbito municipal, sino que también puede verse como manifestación a escala “de esa capacidad de arbitraje que parece consustancial al poder real en la primera modernidad”<sup>154</sup>. Por otra parte, muy ligado a este segundo sentido funcional, la justicia regia tenía el deber de velar por los intereses del rey y ejercer en el ámbito municipal las potestades que se relacionan con el *gobierno político y económico* de la “casa” regia, que para estos fines venía identificada con el realengo todo. Esto le abría al oficio un amplio campo de acción en cuestiones relacionadas con las necesidades militares, fiscales y de policía<sup>155</sup>, no ya necesariamente de *su* república sino de *la* república con la que se identificaba el régimen de la monarquía en términos de su representación unitaria. De ahí que la configuración típica del corregidor haya sido presentada, amén de su carácter de juez, como la de un gobernante administrador y representante directo de la monarquía en su ciudad y distrito<sup>156</sup>.

Representante de la monarquía en el distrito municipal sí, pero también representante de *su* república en la que se integraba con el *regimiento* en un “*cuero indiviso, del qual aunque sea la cabeça el corregidor, no puede estar sin los miembros, que son los regidores...*”<sup>157</sup>. Doble vinculación, pues, que es producto de su ambivalencia funcional impuesta, por un lado, por la filiación regia de la jurisdicción que importa su oficio, y, por otro, por la conservación de la identidad corporativa del municipio (del cual, el corregidor es cabeza) y que le convierte necesariamente en representante de *su* república. La estrecha vinculación dogmática entre *territorio* y *jurisdicción* a la que hicimos referencia en el punto 2 de nuestros postulados de interpretación no había perdido en tiempos modernos toda su virtualidad. La identidad corporativa de la ciudad significaba en buena medida, la posesión de un ámbito de jurisdicción que, aunque se dijese originaria del rey, podía seguirse considerando “accesoria” a la ciudad. De ahí que, aunque se tratase de un oficio de jurisdicción real, no resultase indistinto a la hora de su ejercicio el estatuto de la ciudad que operaba como sede. El que fuera un oficio del rey, no impedía seguir afirmando que se trataba de la *jurisdicción* aneja a tal o cual ciudad. El orden corporativo seguía siendo en esto el criterio rector. Por ello se podía decir, como lo hacía Covarrubias, que un castillo o una comunidad tiene jurisdicción: “*cuando no está sometido a ninguna comunidad o ciudad en cuanto al primer conocimiento de las causas criminales y civiles, aunque esta jurisdicción sea ejercida por algún prefecto regio o por algún noble: duque, conde o marqués, que sea señor del lugar*”.

Y esa jurisdicción formaba parte accesoria (con todas las implicancias que el derecho civil romano adjudica al régimen de los bienes anejos o accesorios) de la ciudad, con independencia de si el magistrado era regio o elegido por la corporación: “*la jurisdicción y el mixto imperio van anejos a alguna ciudad, castillo o fortaleza, no tan sólo cuando han de ser ejercidos por el pueblo o los magistrados del mismo, sino también cuando la jurisdicción y el mero y mixto imperio que, al menos, son accesorios a la ciudad pasiva y materialmente, han de ser ejercidos en el mismo lugar por otro en calidad de señor del lugar y príncipe inmediato que, en nombre de aquel pueblo y comunidad posee el mando y jurisdicción*”<sup>158</sup>.

Doble vinculación pues que seguía teniendo su fundamento teórico en la fragmentación corporativa del orden social y que podría tener un importante valor heurístico para comprender el comportamiento de los oficiales de justicia del rey en este ámbito<sup>159</sup>. Si se mira desde esta perspectiva y a la luz de las palabras del célebre teólogo, no resultará paradójico ni extraño asumir que la consolidación y expansión del sistema de jueces regios en los territorios municipales no podía ni debía necesariamente conducir a la clausura definitiva de los tradicionales mecanismos de legitimación corporativa y, en consecuencia, no parece que el espacio municipal dejara de ser relevante a la hora de condicionar, en su ámbito, el ejercicio de la justicia. Ya hemos visto varios ejemplos de cómo el discurso jurídico aun para sostener la primacía jurisdiccional del príncipe tenía que tender puentes con la persistencia de una realidad que, en muchos casos, continuaba organizada bajo las estructuras tradicionales. Nuevamente

aquí, frente a la idealizada visión unitaria que transmiten las imágenes que construyen el “árbol” jurisdiccional, entraban a jugar los privilegios, las costumbres inmemoriales, y unos principios “naturales” que seguían siendo el soporte del lado oscuro y complejo de la realidad institucional moderna. Hemos hecho referencia a cómo, además de todas las cuestiones que podían quedar referidas al gobierno político y económico, una buena parte de las normas de comportamiento en el ámbito municipal venían determinadas por un derecho consuetudinario que no era otra cosa que la manifestación de un importante poder jurisdiccional atribuido al *populos legislator*, que a la postre se identificaba con el *regimiento*. Igualmente hemos mencionado cómo la potencialidad latente del orden corporativo autorizaba a los pueblos a nombrar “*persona que le governasse, y juzgasse*”, allí cuando faltaba la manifestación del príncipe por razones de tiempo o distancia. En este contexto no es nada extraño, como veremos, que la figura de los tradicionales alcaldes ordinarios se mantuviera en muchos lugares de la monarquía, como alternativa institucional válida basada en la persistente legitimación de una justicia corporativa dentro del flexible marco de la constitución tradicional <sup>160</sup>. Frente a las rotundas palabras de Castillo de Bovadilla con las que abrimos este epígrafe podemos leer ahora las de Diego de Covarrubias, apenas anteriores en el tiempo: “*Hay que advertir que la mayor parte de los pueblos de este reino de Castilla tienen por privilegio del príncipe o por costumbre o prescripción, el derecho de elegir los que vulgarmente son llamados jueces ordinarios. A éstos compete el primer conocimiento de las causas...*” <sup>161</sup>.

### 3.3.2. Los alcaldes ordinarios como justicias de la república

Un primer acercamiento a través de la historiografía institucional de los municipios castellanos nos inclina a pensar que desde el envío sistemático de corregidores a las ciudades, durante el reinado de los Reyes Católicos, las alcaldías ordinarias persistieron sólo en lugares pequeños, generalmente, pertenecientes a la jurisdicción de otras villas o ciudades mayores, con una potestad limitada para causas civiles de menor cuantía y privados para conocer de causas criminales, salvando, en este caso, las primeras diligencias conducentes a la prisión del reo y embargo de sus bienes. Este parece ser el estatuto que tiende a normalizarse para las alcaldías ordinarias que, sin desaparecer, siguen operando con un poder jurisdiccional disminuido. En estos casos, aunque los alcaldes ordinarios son oficios de *justicia* en sus concejos, su función queda supeditada a la jurisdicción principal que normalmente está en manos de un oficial regio, y sólo ejercen un poder jurisdiccional mínimo que eventualmente asumen por completo cuando por alguna circunstancia dicho oficial (corregidor o su teniente) está ausente por más tiempo del autorizado o hasta la nueva designación en caso de vacante <sup>162</sup>.

Frente a estas líneas generales, una primera matización se debe hacer con respecto a las villas eximidas o de jurisdicción propia, donde “*es propia de sus alcaldes la jurisdicción toda*” <sup>163</sup>. Como es conocido, la concesión o adquisición del privilegio de villazgo permitía a un núcleo de población eximirse de la jurisdicción a la que había estado tradicionalmente sometido (ya se tratara de una jurisdicción realenga o señorial). Al estar la concesión de este privilegio, desde el siglo XVI, directamente ligada a los intereses recaudatorios de la corona, su mayor o menor virtualidad quedaba condicionada a las posibilidades de negociación y a las necesidades del fisco regio en el marco de aquel juego de servicios por privilegios que hemos destacado como factor característico de las relaciones entre la monarquía y las corporaciones <sup>164</sup>. Lo importante, en todo caso, es que su utilización por parte de la corona denota hasta qué punto las bases tradicionales de una jurisdicción asumida corporativamente estaban presentes y activas como para autorizar a gran escala el recurso a una opción institucional de esta naturaleza, sin que esta fragmentación política, (al margen del perjuicio que pudiera implicar para las jurisdicciones principales que se veían desposeídas) <sup>165</sup>, resultara incompatible con los principios de la monarquía dicha *absoluta* <sup>166</sup> y sin que, por otra parte, aquello redundara necesariamente en un deterioro de las condiciones de la administración de justicia tal como entonces se podía percibir <sup>167</sup>. Se configuraba, o en todo caso se conservaba, así, una *justicia* municipal de base corporativa, ejercida por alcaldes ordinarios seleccionados por el cuerpo concejil. Precisamente,

la fuerte tradición de la organización corporativa hacía que no resultara dificultoso para las villas asumir el incremento jurisdiccional que implicaba el privilegio <sup>168</sup>.

Por la concesión del villazgo, las autoridades concejiles usualmente quedaban investidas de “mero mixto imperio” para ejercer la jurisdicción civil y criminal en nombre del rey <sup>169</sup>, y todas las otras facultades que venían implicadas en dicha potestad, entre ellas, la de hacer ordenanzas para regir sus asuntos <sup>170</sup>. De este modo, se podía afirmar genéricamente entonces que en esas villas, sus alcaldes tenían “*toda la jurisdicción ordinaria plena de poder sustanciar, sentenciar y ejecutar sus sentencias...*” <sup>171</sup>. El privilegio no implicaba, empero, que la villa quedase al margen de toda posibilidad de control regio. A los efectos del control jurisdiccional, los alcaldes ordinarios se situaban en la escala de *jueces inferiores*, junto con los demás jueces ordinarios de primera instancia, como los corregidores y sus tenientes <sup>172</sup>, y en cuanto tal quedaban sometidos a las vías recursivas que garantizaban el acceso a los tribunales supremos del rey. Por otra parte, existía siempre la posibilidad de control institucional implementado a través de comisiones de visita y residencia despachadas, por lo general, en favor del corregidor de la jurisdicción a la que había pertenecido la villa antes de la exención <sup>173</sup>. Al margen de ello, salvo que alguna limitación expresa constara en la carta de privilegio, los alcaldes ordinarios de las villas exentas ejercían, en su término, las mismas funciones de justicia “*civil y criminal, alta y baja, mero mixto imperio*” y, en cuanto tal, eran además, la cabeza política de su concejo <sup>174</sup>.

Pero el privilegio de villazgo no es la única razón por la que se pueden encontrar alcaldes ordinarios no relegados a una jurisdicción eventual o mínima. Siendo los alcaldes ordinarios fruto de la antigua tradición foral, también es posible encontrarlos allí donde la relación entre ciudad y corona ha dejado a salvo la vigencia del orden foral para adosar por encima las nuevas instituciones regias, estableciéndose así una suerte de cohabitación entre alcaldes ordinarios y jueces reales, donde unos y otros, en tanto que justicias ordinarias, suelen actuar a prevención, según el principio que rige los conflictos de jurisdicción acumulativa. Según Covarrubias, era costumbre en Castilla que el rey enviase jueces “forasteros” a todas las ciudades, “*aun a las que tienen jueces ordinarios llamados alcaldes*” <sup>175</sup>. Un ejemplo significativo de este doble orden lo puede constituir el caso de Córdoba, en Andalucía, donde todavía en el siglo XVIII se habla de cuatro representantes de la *jurisdicción foral* “conocidos como alcaldes ordinarios (dos por el estado noble y dos por el estado llano)” que prácticamente con la “misma jurisdicción” y “competencias”, conviven con un corregidor y dos alcaldes mayores de nombramiento regio. La convivencia de justicias *forales* y regias en la ciudad andaluza daría lugar a una serie de controversias tanto de orden político como jurídico, estas últimas derivadas de la consecuente aplicación de un derecho foral que los jueces regios de primera instancia tienden a desconocer, desencadenando la intervención de los tribunales superiores, generalmente favorable al derecho local <sup>176</sup>. Pero, en cuanto al poder jurisdiccional se puede decir que “la única diferencia” entre unos y otros, “consistiría en la jurisdicción territorial ya que mientras que los alcaldes ordinarios han de atenerse a Córdoba y su término, los corregidores lo extenderían, además, a las villas de la jurisdicción cordobesa” <sup>177</sup>.

No ha de resultar extraño, pues, encontrar en los estudios locales referencias a los alcaldes ordinarios, con una variedad de poderes jurisdiccionales, según el lugar de que se trate <sup>178</sup>. Cuando Santayana se refiere a aquellos alcaldes ordinarios que “*exercen toda la jurisdiccion, y tienen asimismo el exercicio del mero imperio*”, además de referirse a los de las villas exentas, habla también de los “*que suelen tener algunas ciudades, como oy los tiene la de Segorve, en el Reyno de Valencia, y que exercen la jurisdiccion à prevención con el Alcalde mayor de la misma ciudad...*” <sup>179</sup>. De manera que por privilegios adquiridos, como el de villazgo, o bien por la pervivencia de unos derechos tradicionales, sin contar aquí además con la práctica de las villas y ciudades de señoríos <sup>180</sup>, aparecen por doquier *alcaldes ordinarios* situados como justicia ordinaria de sus pueblos <sup>181</sup>.

En términos generales, y al margen de que su estatuto pudiese variar en función de los privilegios que cada municipio ostentara para justificar su presencia <sup>182</sup>, estas justicias de origen concejil, allí dónde no había justicias del rey, desempeñaban en sus concejos la posición y funciones propias de la *justicia*, tal como la hemos descrito en el caso del modelo de los corregidores. En este sentido, aun cuando su legitimación estuviese radicada en su pertenencia

corporativa, para los tiempos modernos ellos también representan la *justicia del rey* en su ámbito jurisdiccional. Por esto, no sólo están al servicio de un derecho y costumbres locales, sino que están igualmente vinculados por un derecho regio y un derecho común que se hacían presentes, a través de la exigencia de contar con una asesoría letrada como requisito para fallar las “causas arduas”, del mismo modo que se exigía para los jueces regios que no fuesen letrados. Era éste, tal vez, el punto de convergencia que hacía posible, en estos tiempos, la convivencia de ambos modelos. Como cualquier justicia ordinaria de primera instancia, su ejercicio jurisdiccional estaba sometido al control por vía de recurso <sup>183</sup>, pero también, por contrapartida, estaba protegido contra las avocaciones arbitrarias que pudieran cometer los jueces superiores o aun los regios de grado equivalente, cuando concurrían a prevención en un mismo distrito <sup>184</sup>. Como a todas las justicias de primera instancia, sin distinción de si eran regias o concejiles, se les impuso la exigencia de consultar con los tribunales superiores antes de poner en ejecución sus sentencias penales de muerte, mutilación o de gravedad equivalente <sup>185</sup>.

Ciertamente que, aunque en muchos casos, los alcaldes ordinarios resultasen así equiparados a los jueces ordinarios regios, algunas matizaciones se imponían. Amén de la mayor presencia de letrados entre los oficiales regios, lo que les daba, sin duda, un plus de prestigio; ya hemos visto cómo una diferencia fundamental venía dada por el alcance territorial del poder. Mientras los primeros eran las *justicias* ordinarias exclusivamente para el término municipal de la villa o ciudad, los corregidores eran las *justicias* ordinarias no sólo en ciudad principal de su jurisdicción, sino en todas aquellas que pudiesen estar incorporadas al distrito del *corregimiento* que no necesariamente coincidía con un término municipal <sup>186</sup>. En el primer caso, el límite obedecía a la misma lógica de legitimación tradicional que concebía a la jurisdicción como una emanación del territorio, mientras que en el segundo, era el territorio el que se concebía a partir de la proyección del poder regio, acotado por los parámetros espaciales de la delegación que, al menos en principio, estaban más expuestos al arbitrio regio <sup>187</sup>. Por otra parte, siendo los corregidores (o sus equivalentes institucionales) representantes de la justicia del rey sobre un territorio así configurado, sólo a ellos cabía, en principio, el calificativo de *Justicia Mayor* <sup>188</sup>. Cuando concurren en un mismo distrito, magistrados regios y alcaldes ordinarios, esta denominación cualifica y distingue al juez regio de las justicias capitulares en el término de la ciudad. Tal vez, a raíz de estas diferencias se pueda explicar que eventualmente se observen referencias a relaciones recursivas entre uno y otro tipo de magistrado, aun cuando en principio tuviesen el mismo grado de poder jurisdiccional <sup>189</sup>. A la postre, aun sin tener necesariamente un poder jurisdiccional superior en cuanto al conocimiento de las causas en primera instancia, los corregidores (o sus equivalentes) cuando convivían con los alcaldes ordinarios, aparecían como autoridades superiores en virtud de su origen regio, de su prestigio profesional y de su mayor proyección territorial <sup>190</sup>.

Para concluir, digamos que la presencia de alcaldes ordinarios en los pueblos castellanos no debía ser escasa ni insignificante, a juzgar por la literatura jurídica del XVIII. En un repertorio alfabético de la segunda mitad de ese siglo, tras la entrada “Alcaldes Ordinarios” se expresa: “*Su jurisdicción en primera instancia, así en pelytos civiles, como Criminales, de oficio, ó á instancia de Parte, con acuerdo de asesor, es la misma que la de los alcaldes Mayores, hasta determinar, y sentenciar difinitivamente; y no se les puede quitar el conocimiento radicado por derecho en sus juzgados...*” <sup>191</sup>. Los alcaldes ordinarios podían resultar así incluidos sin dificultad, por esa literatura, en el catálogo de *jueces ordinarios*, con la única salvedad hecha por el origen de su designación <sup>192</sup>. Para estos jueces concejiles, generalmente legos, además de la asesoría letrada, preceptiva ya para todo juez no letrado, se hacían necesarias obras de nivel elemental que les instruyeran en sus funciones, como la *Instrucción de alcaldes ordinarios* <sup>193</sup> de Berní y Catalá, o el más pretencioso *Tratado de la jurisdicción ordinaria* de Vizcaíno Pérez que hemos citado. De este modo, no sería desproporcionado afirmar -hoy por hoy- que un inestimable sector de la justicia municipal castellana, pasaría por estos alcaldes ordinarios que en algún momento la historiografía institucional pareció dar por extintos en el siglo XVI.

### 3.4. Justicia y regimiento: un cuerpo indiviso

Tenemos hasta aquí un esquema de instituciones y potestades donde confluyen autoridades regias y corporativas. Una *Justicia* dicha del rey, ejercida por un oficial regio ajeno a la corporación, o por unos alcaldes ordinarios necesariamente vinculados a ella, o por ambos órdenes institucionales a la vez, según casos y circunstancias, con igual o diverso grado jurisdiccional, que representa la potestad del rey, hace justicia y preside necesariamente el concejo municipal. Un *regimiento* que representa, y en cuanto tal, es la corporación misma, compuesto por oficios ya designados por el rey ya mediante mecanismos de elección o cooptación, pero en cualquier caso, todos ellos miembros naturales del cuerpo municipal y depositarios del gobierno político y económico.

El discurso jurídico que nos ha guiado en el desarrollo de este esquema, parece reflejar un cierto equilibrio entre la tendencia a la localización teórica del poder en el monarca y el necesario reconocimiento a la fragmentación política derivada de la conservación de la identidad subjetiva de los cuerpos intermedios. El carácter irresuelto de esa tensión y sus consecuencias en el orden institucional se manifiestan con nitidez en el seno de la corporación municipal, determinando en buena medida el perfil de los elementos centrales que convergen para definir al Cabildo o Concejo como “ayuntamiento” de *justicia* y *regimiento*. Si el *regimiento*, con independencia de su modo de conformación, se presenta como un *populus* que ejerce con relativa autonomía un poder reservado para la gestión de sus bienes y la asistencia de sus miembros, la *justicia* aparece como el poder público transferido en su totalidad al príncipe y ejercido, por ende, siempre en su nombre.

Sin embargo, ambos órdenes de potestades constituyen y se ejercitan en un ámbito institucional complejo donde no siempre las líneas divisorias entre uno y otro campo están definidas. Justicia y regimiento pueden ser, también según casos y circunstancias, cabeza de su comunidad aunque la primacía de aquella, derivada de su filiación principesca, es indiscutible. Justamente, en virtud de ello, los oficios de justicia, en tanto que cabeza política de su comunidad y, en su caso, representantes del rey, resultan responsables de todas aquellas cuestiones que en principio parecían reservadas a los regidores. Por ello, toda una serie de actividades típicas del gobierno político y económico, como abastos, limpieza de calles, caminos, uso de bienes comunes, etc., podían ser materia de cargos en residencia para el corregidor. En el municipio moderno, estas cuestiones están asimismo bajo la garantía de la justicia del rey <sup>194</sup>, en la medida en que justicia y jurisdicción también implican necesariamente “gobierno”. Por el contrario, aunque al regimiento le estén vedadas, en principio, las funciones jurisdiccionales en general, y, en especial, las propiamente judiciales <sup>195</sup>, ello no clausura definitivamente las razones para que diversas manifestaciones de *iurisdictio* puedan seguir siendo atributo del *populus* constituido en cada espacio municipal.

Como hemos visto, por vía de costumbre, privilegio o tolerancia, aun con costo en términos de servicios y lealtades al príncipe, el *pueblo* de cada municipio, es decir, el *regimiento*, no sólo puede introducir costumbre y dictar ordenanzas, sino que también puede designar, en muchos casos, a la *justicia*. La capacidad del *pueblo* de otorgar *jurisdicción ordinaria* no ha desaparecido de las fuentes del discurso jurídico <sup>196</sup>. La presencia de alcaldes ordinarios en los espacios municipales, allí donde están presentes, es una significativa muestra de la persistente capacidad jurisdiccional del regimiento, en tanto que *pueblo* que les designaba. Además, el desempeño de diversas funciones jurisdiccionales, algunas propiamente *judiciales*, por parte del regimiento, a veces obtenidas en negociaciones con la corona, queda plasmado en el propio derecho regio. Así, aun en los municipios regidos por una justicia del rey, el regimiento constituye tribunal de apelación para las causas civiles de menor cuantía <sup>197</sup>; designa de entre sus miembros dos diputados para acompañar, con igual jurisdicción, al juez ordinario recusado <sup>198</sup>; elige alcaldes de la hermandad <sup>199</sup>; está autorizado a resistir sacas ilícitas o menoscabos a las rentas reales; controla y sanciona en visita, conjuntamente o no con el juez regio, la violación de disposiciones relativas a boticas, casas de monedas, y comercios, en este caso, en el ejercicio de

las funciones de fiel ejecutor<sup>200</sup>, etc..

Por otra parte, el regimiento se presenta frente a la *justicia* del rey como un constante centro de poder potencial en virtud del cual puede: intervenir en su auxilio cuando aquélla, por la entidad de los conflictos o la calidad de los sujetos involucrados, se muestra incapaz para gestionarlos por sí sola; actuar en su lugar, en caso de negligencia o remisión injustificada en la ejecución de mandamientos y privilegios o en la represión de personas acusadas de alterar el orden de la república<sup>201</sup>; o bien, sustituirla transitoriamente en caso de muerte o ausencia, según los principios naturales de la sociedad corporativa a los que hemos hecho referencia varias veces. Por último, en la expresión más radical de estas manifestaciones de poder latente, no faltaban elementos discursivos para sostener que el regimiento podía llegar, *in extremis*, a desautorizar a la justicia del rey frente a una acción notoriamente *injusta*. Aunque excepcionales y desaconsejados, estos casos, no resultan imposibles en un sistema en el que el orden de lo justo se configura con relativa independencia de una idea de legalidad positiva, y del mismo modo que el pueblo universal podía (en sentido normativo) desobedecer y aun matar al príncipe devenido en tirano, el regimiento, en tanto que pueblo municipal podía actuar "*con jurisdicción*" para evitar los excesos de la *justicia*, tales como despojos, prisiones o ejecuciones de muerte, en los que el juez hubiese actuado con notoria injusticia<sup>202</sup>.

Justicia y regimiento, pueden ser pensados así, en palabras de Castillo de Bovadilla, como integrantes de un "*cuerpo indiviso*" y la interacción entre ellos resulta más compleja de lo que *a priori* podía parecer. Por un lado, la doble vinculación de la justicia, al rey y a la república que le toca gobernar, y, por el otro, la indeleble identidad subjetiva de la corporación y la constante atribución de un poder al *populus* que no necesariamente se reduce a al gobierno político y económico (por mucho empeño que el discurso regalista pusiera en ello), tornan difusas las fronteras entre uno y otro ámbito y refuerzan la idea de integración y mutua dependencia entre ambos.

#### IV. A modo de conclusión

La imbricación institucional últimamente señalada entre monarquía y corporación, ha permitido repensar el lugar asignado tradicionalmente al ámbito municipal -como espacio de poder- por las visiones historiográficas de una modernidad de corte absolutista y centralista. El triunfo de la monarquía en la lucha simbólica y efectiva por la supremacía jurisdiccional no implicó, como parece desprenderse de aquel discurso jurídico, la posibilidad de prescindir del escenario institucional de la ciudad o, más bien, del "pueblo" constituido en cada regimiento. Frente a las líneas interpretativas que tienden a situar como elementos antagónicos a un poder regio consolidado como suprema potestad del reino y unos poderes de autogobierno municipal, el esquema aquí propuesto se inclina en función de las posiciones historiográficas que han señalado la estrecha "complicidad", o la mutua dependencia entre la monarquía católica y el orden corporativo.

De acuerdo con esta perspectiva, la persistencia de la estructura corporativa de la sociedad de antiguo régimen impone unas determinadas consecuencias político-institucionales que se manifiestan con evidencia en la fragmentación del poder y en los esquemas de representación que rigen la vinculación entre el cuerpo social y la cabeza política, en una estructura que se repite desde la representación unitaria del reino hasta la de cada uno de los sujetos corporativos que lo integran. La capacidad del esquema corporativo para replicarse a escala en los distintos niveles de agregación le permite al discurso jurídico conciliar un orden de instituciones que se mueve entre una imagen unitaria del reino concebido como *universitas* y una dinámica interna que se desenvuelve en términos de *societas*. La adecuada comprensión del problema de la representación implicado en este esquema institucional, permite evitar el equívoco de vincular la autonomía municipal con la suerte corrida por los mecanismos electivos de los cuerpos concejiles y de los oficios para el gobierno de las repúblicas. Desde un punto de vista teórico acorde con el discurso jurídico de entonces, ni la presencia estable de corregidores, ni la venta

de regidurías son razones suficientes para dar por extinguido el poder municipal de los tiempos modernos.

La propia estructura institucional de los municipios castellanos, junto con todas las potestades que se despliegan en su seno, constituyen, tal vez, el mejor ejemplo de aquella permanente dialéctica entre los medios de legitimación del poder político que atraviesa toda la época y que lejos de presentarse como necesariamente conflictiva, puede considerarse como una característica esencial de la constitución monárquica, en su momento, imprescindible para afrontar su conservación como agregado de comunidades y asumir los desafíos de su propia expansión. Un valioso testimonio de esto lo constituye el proceso de organización política del nuevo mundo. Desde estas perspectivas, aun rescatando su diversidad y sus particularismos, no será necesario salvar a los municipios americanos de una supuesta decadencia municipal castellana para explicar una relevancia política (en tiempos coloniales y de emancipación) que podría derivarse no tanto de su propia coyuntura cuanto de unas claves firmemente arraigadas en las creencias y el discurso que estructuraba el orden político del antiguo régimen hispano.

\* Miembro asistente del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>1</sup> “El hecho de que una comunidad política soberana -que podía ser una ciudad o una provincia- fuera concebida como “persona moral”, en igualdad de derechos con las demás, independientemente de su tamaño y poder, es una de las nociones que fundamentan la reivindicación de autonomía en sus distintos grados por parte de los “pueblos” y que había sido ampliamente difundida entre las elites iberoamericanas a través del derecho natural” (CHIARAMONTE, José Carlos, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Buenos Aires, 2004, p. 13). Es notable la presencia del derecho natural a lo largo de toda esta obra (i.e. Caps. IV y V), como objeto de interés del historiador argentino. Para la cuestión que habrá de interesarnos en estas páginas, también debe verse, CHIARAMONTE, José Carlos, *Ciudades, provincias, Estados: orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, 1997.

<sup>2</sup> CHIARAMONTE, José Carlos, *Nación y Estado en Iberoamérica... cit.*, p. 13.

<sup>3</sup> Idem, p. 60.

<sup>4</sup> TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “La monarquía. Poder central y poderes locales”, apartado de *Nueva historia de la Nación Argentina*, t. II, segunda parte: “La Argentina en los siglos XVII y XVIII”, Buenos Aires, 1999, ps. 211-250, p. 234, para los textos citados.

<sup>5</sup> Sobre esta identificación, véase CHIARAMONTE, José Carlos, *Nación y Estado en Iberoamérica...*, capítulo II, “Mutaciones del concepto de nación durante el siglo XVIII y la primera mitad del XIX”, ps. 27-57, *passim*.

<sup>6</sup> Para la comprensión de lo que aquí se designa como “paradigma estatalista” aplicado a la Edad Moderna, remito al volumen de la revista *ISTOR*, año IV, número 16, primavera de 2004, que bajo el título de “Historia y derecho, historia del derecho”, está dedicado por completo a los problemas actuales de la iushistoriografía española. En especial, véase la presentación a cargo de GARRIGA, Carlos, ps. 3 a 8 y, del mismo autor, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, ps. 13-44.

<sup>7</sup> GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico y poder político...” cit., p. 23.

<sup>8</sup> Confr. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “El régimen municipal y sus reformas en el siglo XVIII” en id., *Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid 1981, ps. 203-234, p. 204. Las palabras de González Alonso están referidas a la situación “en que se hallaban los municipios al iniciarse el siglo [XVIII]”. Para el siglo XVI, sin embargo, el autor rechaza la clásica imagen de que el municipio no era más que un instrumento del poder absoluto y que sus instituciones estaban “muertas” (GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Peripecia de los oficios municipales en la Castilla de Felipe II”, en VV.AA., *La monarquía de Felipe II a debate*, Madrid, 2000, ps. 185-205. No resulta satisfactoria, desde nuestro punto de vista, la propuesta de conciliar “Estado absoluto” con poder municipal, en los términos que lo hace BERNARDO ARES, José M. de, “Poder local y Estado absoluto. La importancia política de la administración municipal de la Corona de Castilla en la segunda mitad del siglo XVII” en Bernardo ARES, J.M de y MARTÍNEZ RUIS, E. *El municipio en la Edad Moderna*, Córdoba, 1996, ps. 113-155.

<sup>9</sup> Para la consolidación de los corregidores regios, confr. GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El corregidor castellano*, Madrid, 1970, esp. p. 41 y ss.; también, con especial interés para el período de los Reyes Católicos, LUNENFELD, Marvin, *Keepers of the City. The Corregidores of Isabella I of Castile (1474-1504)*, Cambridge, 1987, esp. Cap. III, ps. 24-51 (hay trad. castellana de Leonor Vernet Martínez, Barcelona, 1989). Con respecto al sistema de regimientos, específicamente, sobre la venalidad de dichos oficios, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Venta de oficios públicos en Castilla durante los siglos XVII y XVIII” en id., *Gobierno e instituciones de la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, ps. 151-177. Puede verse, también, GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Notas sobre los acrecentamientos de oficios en los municipios castellanos hasta fines del siglo XVI”, en VV.AA., *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al Profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, 1990, ps. 173-194 y,

en términos generales y con muchas referencias bibliográficas, POLO MARTÍN, Regina, *El régimen municipal de la Corona de Castilla durante el reinado de los Reyes Católicos (organización, funcionamiento y ámbito de actuación)*, Madrid, 1999, p. 34 y ss.. Más recientemente, GARRIGA, Carlos, “Sobre el estado de Castilla a mediados del siglo XVI: regidurías perpetuas y gobernación del la república” en *INITIUM - Revista Catalana d'Història del Dret*, n. 5 (2000), ps. 203-238 y GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Peripécia de los oficios municipales... *passim*”.

<sup>10</sup> Baste recordar las palabras de SACRISTÁN Y MARTÍNEZ: “*Triunfante el principio monárquico en los campos de Villalar, terminó la larga lucha sostenida por el elemento popular en defensa de las antiguas libertades... La justicia y la parte principal de la administración municipal quedaron en manos de los corregidores y concejales perpetuos, uno y otros de nombramiento real, concluyendo de hecho la antigua autonomía y la jurisdicción forera: las corporaciones municipales cambiaron la base fundamental de su existencia, y en lugar de considerarse como la representación del pueblo y derivar directamente su autoridad de la soberanía nacional, adquirieron el carácter de funcionarios reales, aceptando como fuente de su poder la delegación de la corona*” (SACRISTÁN Y MARTÍNEZ, Antonio, *Municipalidades de Castilla y León. Estudio histórico - crítico*, [Madrid 1877], Estudio preliminar por Alfonso M. Guilarte, Madrid, 1981, ps. 423 y 428.

<sup>11</sup> La expresión es de MERCHAN FERNÁNDEZ, Carlos A., *Gobierno municipal y administración local en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, 1988, p. 216.

<sup>12</sup> Son palabras de Tomás y Valiente que introducen a SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos* [Zaragoza 1742], estudio preliminar de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, 1979, ps. XXXII - XXXIII.

<sup>13</sup> Confr. GARCÍA GALLO, Alfonso, “Alcaldes mayores y corregidores en Indias” en id. *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid, 1972, ps. 695-741, esp. p. 727. En todo caso, el reconocimiento de una autonomía de “escasa medida” como “unidad local de gobierno” situada en el “peldaño inferior de la jerarquía administrativa”, no impedía reconocerle una gran importancia a los cabildos americanos debido a su supuesta representatividad del estamento criollo (HARING, Clarence H., *El imperio hispánico en América* (1947), trad. de Horacio Pérez Silva, Buenos Aires, 1966, p. 164.

<sup>14</sup> Esta contradicción fue intuida en alguna ocasión por Altamira, aunque el título de su artículo ya adelanta el sesgo metodológico (ALTAMIRA, Rafael, “Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII” (2ª parte), en *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. XXI (1945), ps. 1-52, esp. p. 35.

<sup>15</sup> MOORE, John Preston, *The Cabildo in Peru under the Hapsburgs*, Durham, 1954, p. 75.

<sup>16</sup> Idem, Cap. I, *passim*, esp. p. 31.

<sup>17</sup> Las citas pertenecen a ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización política argentina en el período hispánico*, 4ª ed., Buenos Aires, 1981, ps. 312-313. El autor también se hacía eco de la lectura decimonónica mencionada unos párrafos más arriba: “*Los ayuntamientos perdieron su antigua preponderancia y autonomía, y la batalla de Villalar puso término a la última tentativa destinada a restaurar las perdidas libertades ciudadanas*”, p. 312.

<sup>18</sup> Por ejemplo, la facultad de la ciudad de Lima, de la que estuvo en posesión durante casi toda su vida colonial, para regirse por sus alcaldes ordinarios, era interpretada como una “situación excepcional de autonomía” con respecto al resto de ciudades “tanto indianas como metropolitanas” (LOHMANN VILLENA, Guillermo, “El corregidor de Lima (Estudio histórico-jurídico)” en *Anuario de Estudios Americanos*, Sevilla, 1952, t. IX, ps. 131-171, en el arranque del texto y al final, p. 171, para la expresión citada.

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, LEVENE, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, Buenos Aires, 1946, t. II, ps. 392-393, en donde se atribuye a una “conurrencia de factores” la preponderancia institucional del cabildo de Buenos Aires.

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, un estudio de derecho indiano, relativo a las ordenanzas penales de dos cabildos americanos, va precedido por el relato del auge y la decadencia de la autonomía municipal castellana, para tomar luego posición al respecto: “*Con todos los precedentes señalados, que podrían simplificarse en el crecimiento y decadencia de la autonomía municipal en Castilla, no tenemos más que el anuncio de lo que va a ser realidad americana. Si bien, como señala García Gallo, no hay una diferencia institucional jurídica entre el municipio castellano y el indiano, sí la hay de hecho, dados los inmensos territorios en el caso americano, la participación de los vecinos en la vida capitular, y la enorme distancia del poder central*”. Si estas condiciones fácticas podían producir una señal de autonomía en el arranque colonial, la “venta de oficios capitulares” y la “estabilización institucional indiana, serán en esencia, las circunstancias que aniquilarán el inicial vigor municipal...”, REIG SATORRES, J., “Normas penales en las ordenanzas de Quito y Guayaquil (siglo XVI)” en *X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, 1995, t. II, ps. 1345-1368, p. 1351.

<sup>21</sup> PARRY, John H., *The sale of public office in the Spanish Indies under the Hapsburgs*, Berkeley, 1953, p. 70; MOORE, John Preston, *The Cabildo in Peru under the Hapsburgs*... esp. p. 97 y p. 265; LYNCH, John, “Intendants and Cabildos in the viceroyalty of La Plata, 1782-1810”, *The Hispanic American Historical Review* [en adelante, *HAHR*], v. 35, n. 3, Aug. 1955, ps. 337-362, p. 338; MOORE, John Preston, *The Cabildo in Peru under the Bourbons. A Study in the decline and resurgence of local government in the Audiencia of Lima 1700-1824*, Durham, 1966, p. 18; LYNCH, John, *Spanish colonial administration, 1782-1810. The intendant system in the Viceroyalty of the Rio de la Plata* (1958), Nueva York, 1969, ps. 201-236 (hay trad. cast. de Germán O.E. Zjarks, Buenos Aires, 1962); FISHER, John, “The Intendent System and the Cabildos of Perú: 1784-1810” en *HAHR*, vol. 49, N° 3, Aug., 1969, ps. 430-453, p. 431.

<sup>22</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires,

1981, p. 173. Para esta suerte de revitalización del poder municipal hacia finales del período colonial, ocasionada, por un lado, en el incremento de la actividad económica promovida por la implantación del régimen de intendencias y, por el otro, por la creciente representatividad del estamento criollo, véanse los trabajos de LYNCH, FISHER y MOORE, citados en la nota anterior. La idea de un “renacimiento” municipal hacia finales de la época colonial puede verse también, por ejemplo, en LOBOS, Héctor R., “Los cabildos y la dinámica revolucionaria en el Río de la Plata. Un esfuerzo de compresión a partir del caso cordobés”, en *Anuario de Estudios Americanos*, XLVI, Sevilla, 1989, ps. 383-407, esp. p. 393 y ss. Para un análisis crítico de la historiografía relativa a los procesos de emancipación y el papel que debe asignarse a los “pueblos”, PORTILLO, José M., “Autonomía y constitución. La historiografía y la crisis atlántica de 1808”, en *ISTOR*, año IV, número 16, primavera de 2004, ps. 72-90.

<sup>23</sup> Para el consenso historiográfico, hasta el momento de las reformas borbónicas “*Any evidence of strength or independence on the part of the cabildos was abnormal and ephemeral*”, LYNCH, J., “Intendants and Cabildos...”, p. 343, donde antes de la afirmación citada, se ha dicho que “*It was no part of the policy of an absolute monarchy to nurture vigorous municipalities, and neither in fact nor in theory was independence countenanced*” (p. 339); también en LYNCH, J., *Spanish colonial administration...* cit., p. 204.

<sup>24</sup> El propio Chiaramonte parecía asumir los términos generales de este esquema en sus trabajos precedentes (confr. CHIARAMONTE, José Carlos, *Ciudades, provincias, Estados...* cit., p. 89).

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, SANZ CAMAÑES, Porfirio, *Las ciudades en la América hispana*, siglos XV al XVIII, Madrid, 2004, esp. ps. 121-134, donde además de un lenguaje institucional completamente anacrónico, la retroproyección de categorías llega al insólito punto de presentar al orden indiano, siguiendo la desafortunada tesis de Pérez Prendes (*La monarquía indiana y el Estado de derecho*, Madrid, 1989), no ya como parte de un Estado moderno absoluto, sino como un “Estado de derecho”.

<sup>26</sup> Además de las referencias a los clásicos citados en notas 21 y 22, un panorama de esta historiografía puede verse en los textos compilados en BELLINGERI, Marco (coord.), *Dinámicas del Antiguo Régimen y orden constitucional. Representación, justicia y administración en Iberoamérica. Siglos XVIII-XIX*, Otto Editore, Torino, 2000. También puede verse, más brevemente, PORTILLO VALDÉS, José M., “Autonomía y constitución”, citado.

<sup>27</sup> Se han referido a la dificultad para conocer el modo de actuación de las justicias de primera instancia y, en especial, de los alcaldes ordinarios; KAGAN, Richard, *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, trad. Margarita Moreno, Salamanca, 1991, ps. 236-237; HESPANHA, Antonio M., “Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica”, en ID. *La gracia de derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, ps. 17-60, p. 20; VILLALBA PÉREZ, Enrique, *La administración de la justicia penal en Castilla y en la corte a comienzos del siglo XVII*, Madrid 1993, p. 42. Para el caso americano, destacaba lo ignota que era aún la justicia de los alcaldes ordinarios, ARENAL FENOCHIO, Jaime del, “Los órganos de administración de la justicia ordinaria en la ciudad de México durante el primer tercio del siglo XVIII” en VV.AA., *Homenaje al Profesor Alfonso García Gallo*, Madrid 1996, t. III, vol 2, ps. 25-50, p. 26; MARTÍNEZ PÉREZ, ha llamado especialmente la atención sobre la mayor preocupación que la historiografía del antiguo régimen ha mostrado por las instituciones que funcionaron al servicio de un proceso de centralización de la justicia, dejando un poco de lado las que operaban en los espacios exentos, como en buena medida lo eran los alcaldes ordinarios (confr. MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1821)*, Madrid 1999, p. 428. En la misma línea, recientemente Carlos Garriga ha señalado, lo poco que se sabe sobre quiénes ejercían la justicia de primera instancia, “*que desde luego eran muchísimo más numerosos que los poco más de sesenta corregidores designados por el rey a mediados del siglo XVI*”, en GARRIGA, Carlos, “Estudio preliminar” a la edición facsímil de SALGADO CORREA, Alejo, *Libro nombrado de regimiento de jeez, (Sevilla 1556)*, Madrid, 2004, ps. 5-46.

<sup>28</sup> Si bien las Audiencias constituían centros políticos que inspiraban todo un modelo de justicia, cuando se mira las instituciones y las prácticas de gobierno desde las periferias, se tiene la sensación de que -en palabras de Cutter- “*the centers, not the peripheries, were the exceptions*” (CUTTER, Charles R., *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*, Albuquerque, 1995, p. 6).

<sup>29</sup> Sin que por esto quede empañada su excelente factura y su enorme utilidad como exposición de conjunto, el reciente manual de BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *El gobierno de las Indias*, Madrid-Barcelona, 2004, resulta un buen ejemplo de lo que acabamos de decir. Aun cuando el autor se muestra advertido de que el estudio del gobierno de las Indias ha de hacerse desde una perspectiva histórica que no se oscurezca con “*nuestras preconcepciones actuales*” (p. 44), asume sin ambages la tesis de la configuración plena, en tiempos de los Reyes Católicos, del “Estado moderno” y “absoluto” en Castilla (p. 43, p. 45, etc.) En consecuencia, no puede evitar la lectura de la decadencia municipal castellana a partir de aquellos reyes y sus corregidores (p. 218), la idea del debilitamiento municipal a causa del modo de designación de los regidores (p. 220) y la nula mención a los “alcaldes ordinarios” en el capítulo dedicado a la Justicia (segunda parte, Capítulo V, “Del gobierno temporal de las Indias: justicia”, ps. 151-181, de las cuales, 28 páginas están dedicadas a las Audiencias y de las otras dos restantes, media página a los “Partidos y Justicia Mayores” (p. 179) y una y media (ps. 180-181) a las “Judicaturas especiales en Indias”). Ciertamente es que en el capítulo dedicado a “La república de los españoles” (tercera parte, Capítulo I, ps. 211-228), se dedican 17 páginas las instituciones de las ciudades, las que a causa de la “lejanía” podían ejercer jurisdicción y aquí entran los “alcaldes ordinarios” (p. 219). Para la coyuntura americana como razón del poder municipal, p. 218.

<sup>30</sup> Para las críticas metodológicas, basta la remisión a los textos citados *ut supra* en nota 25. Para los problemas teóricos en torno del “Estado moderno”, puede verse, FIORAVANTI, Maurizio, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, esp. Cap. I, ps. 9-104. Para el ámbito español, remitimos al reciente trabajo de Carlos Garriga citado *supra*, en nota 6.

<sup>31</sup> Sigue siendo de referencia la señera crítica de OESTREICH, Gerhard, “Strukturprobleme des europäischen

Absolutismus”, aquí citado en la versión portuguesa “Problemas estruturais do absolutismo europeu” en HESPANHA, Antonio M., (comp.) *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime...*, ps. 179-200, esp. ps. 185-186, para la persistencia del orden corporativo. En el ámbito hispano Vicens Vives, en su momento, señaló la distancia que separaba la percepción del orden político en la corte, fomentada por un discurso apologético del poder principesco, y la del resto de los ámbitos de ejercicio de poder político y prácticas efectivas de gobierno. La falta de esta precaución metodológica, según este autor, pudo llevar a caer en “burdos errores, como el de calificar de absoluto un poder por el solo mérito de las teorías de unos cuantos letrados situados en el ápice del gobierno” (VICENS VIVES, Jaime, “Estructura administrativa estatal en los siglos XVI y XVII” en id., *Coyuntura económica y reformismo burgués y otros estudios de historia de España*, 4ª ed., Barcelona, 1974, ps. 99-141, esp. ps. 104-109. Interesa también aquí, la introducción de PORTILLO VALDÉS, José M., *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las Provincias Vascas (1760-1808)*, Madrid, 1992, ps. 25-50.

<sup>32</sup> HESPANHA, Antonio M., *Vísperas del Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Madrid, 1989, p. 26.

<sup>33</sup> “Car, il ne peut pas y avoir des pactes ou des déterminations volontaires de l'ordre politique lorsque celle-ci découle de la nature de la société, à son tour liée à la nature même de l'homme”, HESPANHA, Antonio M., “Qu'est-ce que la 'constitution' dans les monarchies ibériques de l'époque moderne?”, en *Themis*, año I, n. 2 (2000), ps. 5-18, p. 9.

<sup>34</sup> “Para él [Aristóteles] la ciudad es una entidad natural y una entelequia; la polis es anterior al individuo como el todo es anterior a las partes, y no existe por un mero acuerdo, sino por naturaleza” (GARCÍA GUAL, Carlos, en “Introducción” a ARISTÓTELES, *Política* (19ª ed. de Espasa Calpe-Colección Austral, trad. Patricio de Azcárate), Madrid 1997, p. 27. En la p. 28, la referencia que tomamos sobre la traducción de la expresión *zōon politikón*.

<sup>35</sup> KANTOROWICZ, Ernst H., *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval* (1957) trad. Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy, Madrid, 1985, ps. 202-204.

<sup>36</sup> Según Baldo “la ficción imita a la naturaleza. Luego, la ficción tiene lugar únicamente allí donde la verdad reside”, idem, p. 290. El argumento seguía operando entre los juristas del siglo XVII. La ficción era verdad de derecho. “Entre lo verdadero y lo ficticio hay tanta diferencia como entre la imagen y la cosa misma”, dice YAÑES PARLADORIO, Juan, en sus *Quotidianarum differentiarum sesquicenturia*, Madrid, 1612, diferencia 10, que cita en castellano CLAVERO, Bartolomé, “Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus ordenanzas de justicia”, en *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla* (1603) ed. facs., Sevilla, 1995, ps. 5-95, p. 25.

<sup>37</sup> KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos...* cit., p. 295. Tanto este tipo de afirmaciones de los juristas, como la ontología del discurso aristotélico tomista, tendían a reafirmar “o carácter natural, e, logo, tendencialmente permanente e indisponível das organizações humanas”, confirmando así la idea de “perenidade das realidades institucionais” y tornado tan “estranho ao pensamento medieval a ideia de “morte das instituições” quanto lhe era familiar e presente a ideia de “morte dos indivíduos” (HESPANHA, Antonio M., “Dignitas Nunquam Moritur”. On a durabilidade do poder no Antigo Regime” en VV.AA., *Centralismo y autonomismo...* ps. 445-455, ps. 445-446, para las expresiones citadas.

<sup>38</sup> Efectivamente, la noción de *universitas* remitía directamente a un tipo de asociación que en virtud de su unidad interna, constituía en sí mismo una persona, condición de la que derivaba esencialmente su capacidad de gestionar y velar por sus propios intereses. En el derecho común bajo medieval “*universitas fingatur esse una persona*”, HESPANHA, Antonio M., *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra 1982, p. 212. Sobre el valor heurístico de la noción de *universitas* y el concepto alternativo de *societas*, para la comprensión de la estructuración del poder político en la Edad Moderna (OAKESHOTT, Michael, *On human conduct*, 1ª ed., 1975, Oxford, 1991, Cap. III “On the character of a Modern European State”, ps. 185-326, esp. p. 203, donde se precisa el concepto de *universitas*: “It is persons associated in a manner such as to constitute them a natural person; a partnership of persons which is itself a Person, or in some important respects like a person”.

<sup>39</sup> Confr. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. F. Tomás y Valiente y C. Alvarez, Madrid 1996, p. 96 y ss.; KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos...* cit., p. 202 y ss. “Il messaggio (per così dire ‘assoluto’) della metafora organicista è l’idea di una necessaria diseguaglianza collaborativa fra gli elementi dell’insieme. Ecco perché la metafora del corpo e l’idea medievale dell’ordine esprimono logiche distinte, ma complementari” (COSTA, Pietro, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, t. 1, *Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 12.

<sup>40</sup> GROSSI, *El orden jurídico...* cit., p. 97; COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., p. 9.

<sup>41</sup> COSTA, Pietro, *Iurisdicção. Semántica del potere político medioeval (1100-1433)*, Milán, 1969, esp. ps. 171-175; VALLEJO, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992, ps. 56-65, 128-137 (HESPANHA, Antonio M., “Representación dogmática y proyectos de poder” en id., *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, ps. 61-84, ps. 80-81.

<sup>42</sup> COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., ps. 10-12; KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos...* cit., p. 208. Sobre la metáfora organicista en el derecho medieval castellano, MARAVALL, José Antonio, “Del régimen feudal al régimen corporativo en el pensamiento de Alfonso X” en id., *Estudios de historia del pensamiento español*, Edad Media - Serie Primera, Madrid, 1967, ps. 89-140, esp. ps. 117-119. Para la persistencia moderna de la identidad de representación entre ciudad y reino. FORTEA PÉREZ, José I., “Les villes de la Couronne de Castille sous l’ancien régime: une histoire inachevée” en *Revue D’Histoire Moderne et Contemporaine*, avril-juin 1994, ts. 41-2, ps. 290-312, p. 305; FORTEA PÉREZ, José I., “Poder real y poder municipal en Castilla en el siglo XVI” en REYNA PASTOR y otros, *Estructuras y formas de poder en la historia*, Salamanca, 1991, ps. 117-142, p. 122.

<sup>43</sup> ARISTÓTELES, *Política*, IV, p. 153 y ss..

<sup>44</sup> COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., p. 4. Sobre las posibilidades de extensión del concepto de ciudad, MARAVALL, “Del régimen feudal al régimen corporativo...” cit., p. 113. Para la influencia de San Agustín en la literatura hispana bajomedieval sobre la ciudad, ANTELO IGLESIAS, Antonio, “La ciudad ideal según Fray Francese Eiximenis y Rodrigo Sánchez de Arévalo” en VV.AA., *La ciudad hispánica durante los siglos XIII al XVI*, Madrid, 1985, t. I, ps. 19-59, esp. ps. 22-24. También la influencia de Aristóteles y San Agustín en la literatura de los siglos XVI y XVII sobre las ciudades, puede verse en QUESADA, Santiago, *La idea de ciudad en la cultura hispana de la Edad Moderna*, Barcelona, 1992, ps. 33-35 y 41-53.

<sup>45</sup> COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., ps. 66-73.

<sup>46</sup> MANNORI, Luca y SORDI, Bernardo, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001, p. 19.

<sup>47</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, Jerónimo, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra* (1597), Amberes 1704, ed. facsimilar, Madrid, 1978, Lib. I, Cap. I, n. 30, p. 12.

<sup>48</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. I, § 1, p. 7.

<sup>49</sup> SALGADO CORREA, *Libro nombrado de regimiento...* cit., p. LIX.

<sup>50</sup> “L’*autonomie des villes est, jusqu’à un certain point, la conséquence de leur nature même, dans la mesure où l’on admettait que ces communautés étaient celles qui savaient le mieux quelles étaient les décisions les plus appropriées pour obtenir le bien-être de leurs membres*” (FORTEA PÉREZ, “Les villes de la Couronne de Castille...” cit., p. 307.

<sup>51</sup> INFANTE MIGUEL-MOTTA, Javier, “En torno a la cuestión municipal en las comunidades de Castilla”, en VV.AA., *Centralismo y autonomismo...*, ps. 241-264, esp. ps. 259 y ss.

<sup>52</sup> FORTEA PÉREZ, “Poder real y poder municipal...” cit., p. 118.

<sup>53</sup> Para el caso castellano, MARAVALL, “Del régimen feudal al régimen corporativo...” cit., p. 117 y ss.; ALONSO ROMERO, María P., “La monarquía castellana y su proyección institucional (1250-1350)”, en *La expansión peninsular y mediterránea (c. 1212 - c. 1350)*, I. *La Corona de Castilla* (JOVER ZAMORA, J.M. (dir.), *Historia de España Menéndez Pidal*, Madrid, 1990, t. XIII, ps. 507-577).

<sup>54</sup> HESPANHA, “Representación dogmática...” cit., ps. 72-73.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, para el caso de la absorción de las jurisdicciones foreras por parte de los corregidores regios en las principales ciudades castellanas durante el reinado de los Reyes Católicos, LUNENFELD, *Keepers of the City...*, p. 51. Igualmente inevitable resultó la implantación de un régimen de distribución venal de las regidurías capitulares, aunque no faltaron duras críticas sobre sus consecuencias negativas para el gobierno de las repúblicas (GARRIGA, “Sobre el estado de Castilla a mediados del siglo XVI...” *passim*, esp. ps. 213 y ss..

<sup>56</sup> Confr. COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., ps. 52-53.; FORTEA PÉREZ, “Poder real y poder municipal...” cit., p. 124. Como se ha podido sostener con respecto al reinado de los Austrias en Castilla, “*town liberty and royal absolute power were necessary for each other*”, NADER, Helen, *Liberty in absolutist Spain: the Habsburg sale of towns, 1516-1700*, Baltimore, 1990, p. 207.

<sup>57</sup> FORTEA PÉREZ, José I., *Fiscalidad en Córdoba. Fisco, economía y sociedad: alcabalas y encabezamiento en tierras de Córdoba (1513-1619)*, Córdoba, 1986, p. 16.

<sup>58</sup> Una introducción al desarrollo histórico de este proceso en Castilla, con abundante información bibliográfica en GARRIGA, Carlos, “Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la ‘visita’ del Ordenamiento de Toledo (1480)” en *A.H.D.E.*, LXI, 1991, ps. 215-390, esp. §2, ps. 219-226.

<sup>59</sup> VICENS VIVES, “Estructura administrativa...” cit., p. 211.

<sup>60</sup> COSTA, *Civitas. Storia della...* cit., p. 28 y ss. En palabras de Fortea, “*la liberté entendue comme capacité d’autogouvernement*”, FORTEA PÉREZ, “Les villes...” cit., p. 309.

<sup>61</sup> HESPANHA, *História das instituições...* cit., ps. 218-219.

<sup>62</sup> Un panorama sobre el valor de la costumbre a escala local nos lo brinda Castillo de Bovadilla, que citando autoridades del derecho común, hace afirmaciones, aunque tópicas, tan contundentes como las siguientes: “... *la costumbre tiene autoridad, y potestad de Príncipe y fuerza de ley... la costumbre da y concede jurisdicción, 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... el privilegio y la costumbre se equiparan en derecho y aun tiene la costumbre fuerza de privilegio especial... la costumbre es mas fuerte que el derecho comun, y que el estatuto, y aunque el privilegio y todo lo que se adquiere por privilegio, se adquiere por costumbre: pues por privilegio es llano que se adquiere la jurisdiccion, según derecho comun y destos Reynos; luego bien se sigue que tambien se adquirira [sic] por costumbre...*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 194-196. Véase, además, todo su análisis dedicado a “la fuerza de la costumbre”, en la que recomienda a los jueces a que conozcan y juzguen según las costumbres de las ciudades y provincias que gobiernan, en Lib. II, Cap. X, n. 34-51. Sobre la identidad sustancial entre “*lex*” y “*consuetudo*”, en el marco jurisdiccional del bajomedioevo, que opera aun detrás de las palabras de Castillo de Bovadilla; VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada...*, ps. 283-295. Para la vinculación entre *iurisdictio* y territorio, HESPANHA, Antonio M., “El espacio político” en id., *La gracia del derecho...*, ps. 85-121. También, PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial...*, ps. 429 y ss..

<sup>63</sup> La capacidad de elegir jueces para gobernar la república, si bien dicha ya del príncipe, siempre estaba presente en cualquier comunidad para suplir la ausencia de elección regia, y esto se entendía “*de derecho natural: porque los miembros no sean acephalos, careciendo de cabeça, qual serian los vezinos sin gobernador...*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. I, Cap. II, n. 24-30.

<sup>64</sup> COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Textos jurídico-políticos*, selección y prólogo de Manuel Fraga Iribarne, traducción de Atilano Rico Seco, Madrid 1957, p. 305. El texto está extraído del Capítulo IV de las *Practicarum Quaestionum Liber*, vol. I de las *Omnium Operum*, Salamanca, 1577.

<sup>65</sup> “The idea societatis is that of agents who, by choice or circumstance, are related to one another so as to compose an identifiable association of a certain sort. The tie which joins them, and in respect of which each recognizes himself to be socius, is not that of an engagement in an enterprise to pursue a common substantive purpose or to promote a common interest, but that of loyalty to one another... Juristically, societatis was understood to be the product of a pact or an agreement, not to act in concert but to acknowledge the authority of certain conditions in acting” (OAKESHOTT, On human conduct... cit., ps. 201). Para la significación de los conceptos de universidades y societatis en este autor, y su impacto en la discusión sobre el problema del Estado moderno (FIORAVANTI, Stato e Costituzione..., ps. 79-83).

<sup>66</sup> FORTEA PÉREZ, “Poder real y poder municipal...” cit., p. 130. Insiste el autor en esta misma idea con motivo de analizar el sistema de recaudación por encabezamientos que, en su criterio, implicaba “la adaptación del sistema fiscal de la Corona a la íntima estructura de un Reino concebido como agregado de comunidades en la que se delega la gestión autónoma del auxilium que previamente [las ciudades] han concedido al Rey al acordar con él en las cortes el valor global del encabezamiento” ibid, p. 134. Véase, también, José I. FORTEA PÉREZ, “Las ciudades, las cortes y el problema de la representación política en la Castilla moderna” en id., (ed.) *Imágenes de la diversidad. El mundo urbano en la Corona de Castilla (S. XVI-XVIII)*, Santander, 1997, ps. 421-445, esp. ps. 428-429.

<sup>67</sup> MANNORI y SORDI, *Storia del...* cit., ps. 17 y ss.. Con mayor énfasis en la persistencia de la autotela corporativa; CLAVERO, Bartolomé, “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannori, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío)” en *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), ps. 419-465. Véase, también, FORTEA PÉREZ, “Les villes...” cit., p. 307.

<sup>68</sup> “En el fondo, todo ese edificio reposa en el intercambio de servicios por privilegios. Esos grandes sujetos políticos que son las ciudades prestan a su soberano el *auxilium* y *consilium* al que están obligados, respondiendo a sus demandas en las Cortes o prestándole servicios financieros y militares, en las Cortes o fuera de ellas, a cambio de protección y tutela en el marco de un esquema de relaciones en la que la *fidelidad* mutua es el concepto clave” (FORTEA PÉREZ, “Poder real y poder municipal...” cit., p. 119).

<sup>69</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. I, § 1, p. 7. El autor remite a N. R. 2, 5, 52, que es en realidad 2, 5, 53: “Para que los Oidores, ni Alcaldes no se entremetan en cosas tocantes á ordenanzas, y rentas de los pueblos, salvo guardando el tenor de esta ley”.

<sup>70</sup> Confr. HESPANHA, ANTONIO M., “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução”, en CLAVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco (coords.), *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales, Atti dell'incontro di studio, Firenze - Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, Milán, 1990, vol. 1, ps. 135-203.

<sup>71</sup> En pocas palabras resumía Castillo de Bovadilla la filiación doméstica de la potestad política y económica. Después de definir la política como “buena gobernanza de ciudad” agregaba: “Equiparase la política à la económica, que trata del gobierno de la casa, porque la familia bien regida, es la verdadera imagen de la Republica, y la autoridad domestica semejante à la autoridad suprema, y el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la Republica...” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. I, Cap. I, n. 28 y 29, t. 1, p. 12. Véanse, además, las citas de la nota siguiente.

<sup>72</sup> Sobre todo esto, CLAVERO, “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville...” cit., ps. 424 y ss.; GARRIGA, Carlos, voz “Gobierno”, en *Diccionario de términos sociales y políticos del siglo XIX*, Madrid, 2002, ps. 319-335, esp. p. 320; en cuanto a la potestad política y económica como potestad extraordinaria del príncipe en tanto que padre de familia del reino, FRIGO, Daniela, *Il Padre di famiglia. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell' "Economica" tra cinque e seicento*, Roma, 1985; MANNORI, Luca, “Per una ‘preistoria’ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell’età del tardo diritto comune” en *Quaderni Fiorentini*, 19 (1990) ps. 323-504, esp. ps. 428-433; DE BENEDICTIS, Angela, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, 2001, ps. 331-339.

<sup>73</sup> HEVIA BOLAÑOS, Juan de, *Curia Philipica*, (1603), Madrid, 1771, P. I, §1, n. 7, p. 3. Los problemas relacionados con la lectura historiográfica tradicional del poder municipal, llevan a Levaggi a sostener, tras la cita de este mismo texto, que “semejante interpretación del poder capitular no se compadecía con la realidad indiana”. LEVAGGI, Abelardo, “Elección bianual y confirmación de los alcaldes ordinarios bajo la Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1991, t. II, ps. 351-380, p. 353. Pero el contexto en el que hace esta evaluación el historiador del derecho argentino no se corresponde con el sentido del texto citado. Levaggi entiende que con esta afirmación Hevia sostiene, a diferencia de Castillo de Bovadilla, que los pueblos tenían facultad para elegir sus justicias. Sin embargo, como se verá, la expresión citada no se refiere a una reserva en cuanto a potestades de justicia, sino a las del gobierno político y económico, que también, como se verá más abajo, Castillo de Bovadilla entendía reservadas al pueblo de las repúblicas.

<sup>74</sup> COSTA, *Iurisdictio...* cit., esp. p. 95 y ss..

<sup>75</sup> “Une courte digression par les promptuaires de droit nous confirme, en effet, que le mot ‘repraesentatio’ évoquait normalement un rapport de nature fondé sur l’identité entre représentant et représenté ... En tout cas, il s’agissait donc toujours, plutôt que d’un effet de volonté, d’un effet de nature, bien que d’une nature cachée (mystique), qu’on ne pouvait rendre manifeste que par le biais d’une *factio iuris*... Dans ce sens, les organes représentatif (le roi inclus) étaient vraiment le royaume. Mais ils en étaient par un rapport de nécessité qui ne passait

*pas, ni par un quelconque théorie du contrat social, ni par la théorie du mandat représentatif qui façonne la théorie politique depuis le XIXème siècle*” (HESPANHA, “Qu’est-ce que la ‘constitution’...”, ps. 6-7. Sobre los cambios históricos en el concepto de representación, baste aquí la remisión a COSTA, Pietro, “El problema de la representación política: una perspectiva histórica” (trad. Alejandro Agüero y María Julia Solla), en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 8, 2004, ps. 15-61.

<sup>76</sup> HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica...*, P. I, §1, n. 7, p. 3.

<sup>77</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. IV, § 9, p. 41. Seguimos aquí a CLAVERO, “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville...” cit. Como ejemplo de la persistencia de este modelo de representación corporativa y su materialización institucional, en el ámbito vasco, véase PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial...* cit., esp. ps. 219-245.

<sup>78</sup> Por todos, MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1808, esp. Lib. V. Esta idealización democrática de los cabildos, aun de los bajomedievales, puede ser cuestionada también a partir del dato sociológico de que, en realidad, la gestión colectiva de los intereses ciudadanos, pasaba primordialmente por las manos una reducida oligarquía local que ya venía constituida en elite gobernante antes de que los reyes interviniesen en la designación de cargos concejiles y mucho antes incluso de que fuesen vendibles, como lo demuestra GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Sociedad urbana y gobierno municipal en Castilla (1450-1608)” en id., *Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, ps. 57-83, esp. ps. 60 y ss. De cualquier manera, nos interesa aquí más que el dato sociológico, el discurso normativo (necesariamente un discurso de poder) que se mueve en el nivel constitucional y permite así cristalizar, en un determinado tipo de instituciones, aquella realidad social. Valga esta advertencia para cada vez que aquí se haga referencia a instituciones *representativas* (en el expresado sentido), ya que en ningún caso será nuestra intención afirmar que dichas instituciones representaban (en el sentido político actual) a una mayor o menor parte de los individuos que habitaban la comunidad en cuestión.

<sup>79</sup> El criterio utilizado en la historiografía para distinguir entre *oficios de la república* y *oficios del rey*, en función de cuál sea la potestad que los designa (i.e. GARCÍA GALLO, “Alcaldes mayores y corregidores...”, p. 734.), no se compadece con el hecho de que, aunque ya en la Baja Edad Media los *regimientos* son oficios introducidos y designados por el rey, sean tratados por la literatura jurídica como *oficios de la república* o *para el gobierno de la república*.

<sup>80</sup> Sobre los referidos inconvenientes, GARRIGA, “Sobre el *estado* de Castilla a mediados del siglo XVI...” *passim*, esp. p. 209 y ss. Una imagen de primera mano sobre el estado de la cuestión en la Castilla del XVI, en Carlos GARRIGA, “La ‘Sumaria relación de los abusos que ay... y avisos de los remedios que puede aver para que aya buena gobernación y regimiento en el reino’ (1555), de Fray Francisco de la Trinidad” en *INITIUM - Revista Catalana d’història del dret*, n. 5 (2000), ps. 835-863. Sobre los motivos y formas de reacción de las ciudades por la venta de oficios municipales en el siglo XVI, GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Peripecias de los oficios municipales... cit., p. 193 y ss..

<sup>81</sup> Sobre la diversidad de sistemas de designación de miembros concejiles en la modernidad castellana, POLO MARTÍN, Regina, *El régimen municipal...* cit., p. 58 y ss. y, en especial, sobre la insaculación, POLO MARTÍN, Regina, “Los Reyes Católicos y la insaculación en Castilla” en *Studia histórica. Historia medieval*, XVII, 1999, ps. 137-197.

<sup>82</sup> Como lo afirmaba Avendaño en el siglo XVI, “... *quod olim poterat respublica, potest hodie princeps tanquam caput reipublicae... Et sicut olim respublica eligebat ad officia & dignitates, sic hodie princeps eligit, qui est fons dignitatum & iurisdictionum*” (NÚÑEZ DE AVENDAÑO, P., *De exequendis mandatis regum Hispaniae. Quae rectoribus civitatum dantur, Primae & secunda pars*, Salamanca, 1573, cit. en GARRIGA, Carlos, “Sobre el *estado* de Castilla a mediados del siglo XVI...” cit., p. 204.

<sup>83</sup> “La distribución de los oficios y beneficios de la república entre sus beneméritos, siempre conforme a las reglas tasadas por la *justicia distributiva* con el fin de evitar la *acepción de personas* era uno de los principales instrumentos de gobierno que tenía el rey, no distinto en esto de los rectores de cualquier comunidad” (GARRIGA, Carlos, “Sobre el *estado* de Castilla a mediados del siglo XVI...” cit., p. 209. Sobre las implicaciones del ejercicio de esta potestad por medio de la venta, TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Opiniones de algunos juristas clásicos españoles sobre la venta de oficios públicos” en id., *Obras completas*, Madrid, 1998, t. IV, ps. 3335-3353. Interesan también, GARCÍA MARÍN, José M., *El oficio público en Castilla durante la Baja Edad Media*, 2ª ed., Madrid, 1987, esp. ps. 154-178 y del mismo autor, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, 2ª ed., Madrid, 1986, esp. ps. 219-225 y 249-272.

<sup>84</sup> CLAVERO, “Sevilla, Concejo y Audiencia...” cit., p. 57.

<sup>85</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. II, § 2, p. 17.

<sup>86</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. II, § 5, p. 18, con referencia a N. R. 7. 2. Leyes 1, 2, 3, 4, y 5.

<sup>87</sup> *Ibid.* Cap. II, §3, p. 18. N. R. 3. 5. 3.

<sup>88</sup> *Ibid.* loc. cit..

<sup>89</sup> Los conflictos internos que podían surgir con motivo de la designación hecha *por el propio cuerpo municipal*, a raíz de “*banderías y parcialidades*” enfrentadas, motivan “*a petición de las propias ciudades en muchas ocasiones, el intervencionismo regio para tratar de solucionar estos problemas*” (POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* p. 62 y ss.).

<sup>90</sup> Por los mismos motivos, además de la designación impuesta por el rey, también tenía lugar el envío de corregidores, a pedido del cuerpo municipal, o de una parte de él, allí donde era visto como necesario para resolver

conflictos internos. Una vez consolidado este oficio regio, también las ciudades eventualmente piden que se envíen “buenos corregidores e oficiales...” (confr. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., ps. 43-45 y 124). Sobre la buena disposición de las ciudades hacia los corregidores una vez superado el conflicto de las comunidades, ALONSO ROMERO, María P., “Las cortes y la administración de justicia” en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Valladolid, 1989, ps. 501-563, p. 531. Para la función arbitral del rey y su justicia en el orden interno de la corporación, ALONSO ROMERO, María P., “Las jurisdicciones en la Salamanca del antiguo régimen” en *Salamanca, Revista de Estudios*, 47, 2002, ps. 127-157.

<sup>91</sup> NADER, *Liberty in absolutist Spain...*, ps. 128-129; GARRIGA, “Sobre el estado de Castilla a mediados del siglo XVI...” cit., p. 226 y ss; GONZÁLEZ ALONSO, “Peripecias de los oficios municipales...” cit., ps. 193-194.

<sup>92</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 18, t. 2, p. 121; HEVIA BOLAÑOS, *Curia...* cit., P. I, §1, n. 7, p. 3.

<sup>93</sup> N. R. 7. 1. 1; CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VII, n. 4, t. 2, p. 90.

<sup>94</sup> HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia...* cit., P. I, §1, n. 3, p. 2.

<sup>95</sup> “Ayuntamiento o Concejo, en la significación material, es la casa o lugar donde se debe juntar la justicia, regidores y demás personas que la componen, a tratar del gobierno del pueblo...”, SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. I, § 2, p. 7.

<sup>96</sup> “Es tanta la calidad de los regidores, que representan el pueblo, y son toda la ciudad, y cabeza della, y pueden introducir costumbre, como dizen Baldo y otros, porque aunque es verdad, que en la congregacion y universalidad de todo el pueblo (que se llama concejo abierto) residia la mayoría y superioridad, pero ya por costumbre reside en los Ayuntamientos y consejos (sic) los cuales solos pueden todo lo que el pueblo junto...”; CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 18, t. 2, p. 121. Una síntesis de los estudios sobre la transformación del concejo abierto en el sistema de regimientos puede verse en MERCHAN FERNÁNDEZ, *Gobierno municipal...* cit., Madrid, 1988, esp. Cap. 2, p. 49 y ss.; también en POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., ps. 34-38.

<sup>97</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 38, t. 2, p. 127. [El destacado en negrita no pertenece al texto citado. Entiéndase así en todo los casos, salvo aclaración en contrario].

<sup>98</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. IV, § 9, p. 42.

<sup>99</sup> CLAVERO, “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville...” cit., p. 432 y ss..

<sup>100</sup> CHAUNU, Pierre, *La España de Carlos V* (1973) trad. E. Rimbau Saurí, Barcelona, 1976, vol. 1, ps. 256-257.

<sup>101</sup> “Es de presuponer... que los regidores representan el pueblo; y **todos los estados de la Republica**, y tienen poder della para todas las cosas que le tocan y convienen, sin que sea necesario concejo abierto para ello...” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 39, t. 2, p. 127).

<sup>102</sup> Sobre las diversas manifestaciones institucionales del *común* para el tiempo de los Reyes Católicos, POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., p. 463 y ss. Interesa también como ejemplo característico de este contrapeso del común, ARANDA PÉREZ, Francisco José de, *Poder municipal y cabildo de jurados en Toledo en la Edad Moderna*, Toledo, 1992.

<sup>103</sup> Confr. GONZÁLEZ ALONSO, “Sociedad urbana y gobierno municipal...” cit., esp. p. 76. y ss..

<sup>104</sup> Una tipología de la organización municipal hispana para el siglo XVI, nos presenta: 1. Concejos de ciudades en las que sólo se admitía a habitantes nobles; 2. concejos de ciudades de los que eran excluidos los hidalgos; 3. ciudades en las que no existían las distinciones de estados; 4. ciudades en las que la administración era privilegio de los nobles y 5. ciudades en las que la administración estaba repartida según la regla de la mitad de oficios (confr. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *La sociedad española en el siglo XVII*, Madrid, 1970, t. II, ps. 255-256; CHAUNU, *La España de Carlos V...* cit., ps. 254-255; MERCHAN FERNÁNDEZ, *Gobierno municipal...* cit., p. 57. Como ejemplos de la diversidad y de la divisiones estamentales, véase, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Agustín, *Alcaldes y regidores. Administración territorial y gobierno municipal en Cantabria durante la Edad Moderna*, Santander 1986, esp. p. 97 y ss.; ARANDA PÉREZ, *Poder municipal y cabildo de jurados en Toledo...* cit., ps. 31-35; MARINA BARBA, Jesús, *Justicia y gobierno en España en el siglo XVIII*, Granada, 1995, ps. 21-26.

<sup>105</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. I, § 4, p. 8-9.

<sup>106</sup> Sobre la diversidad como nota del mundo indiano, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, 1992, esp. ps. 84-138. Como ejemplo de la diversidad referida a los modos de designación de los regidores municipales en la Castilla de los Reyes Católicos, POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., ps. 58-61.

<sup>107</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VII, n. 66, t. 2, ps. 108-109.

<sup>108</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. II, § 10, ps. 21- 22.

<sup>109</sup> “Los sistemas o procedimientos para la elección de estos oficios eran variados, predominando el sufragio o el sorteo entre todos los vecinos, o entre los de la colación a la que correspondiera el oficio. Otras veces, los oficios menores eran elegidos parte por los vecinos y parte por los regidores. Asimismo, en las ciudades y villas donde están institucionalizados los linajes como mecanismos de acceso al poder, son estas estructuras las que realizan la designación de estos oficios concejiles” (POLO MARTÍN, Regina, *El régimen municipal...* cit., ps. 363-365 y ss. donde se puede ver una lista más amplia de este tipo de oficios.

<sup>110</sup> Como podía ser la de los órganos de justicia real: “Como quiera, en las elecciones para estos oficios no debe entrometerse el corregidor o alcalde para nombrar por sí, pues haciéndolo serán nulas” (SANTAYANA

BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. II, § 10, ps. 22).

<sup>111</sup> “Y en tanto es verdad que toca à los Regidores la eleccion de los oficios, que si el Corregidor solo y sin ellos, ò contra su voluntad, quisiere eligirlos no valdria la tal eleccion, y sobre qualquier contradiccion que el Corregidor en esto les haga por su voluntad, ò conformándose con la menor parte, se ofenden mucho, y se quexan al Consejo, ò Chancillerías, donde se dan provisiones a favor de los Regidores, y aun tal vez con pena o reprehension al Corregidor por ello” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 41-43, t. 2, ps. 127-128).

<sup>112</sup> En dicho caso de igualdad de votos, podía el corregidor “*usar de gratificacion, aprovando la parte que mejor le pareciere, y llegando a ella: y si no es en este caso de igualdad de votos, no le tiene el Corregidor en los Ayuntamientos...*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VII, n. 35, t. 2, p. 98).

<sup>113</sup> Por todos, VALLEJO, *Ruda equidad...*, *passim*.

<sup>114</sup> Sobre el valor del derecho consuetudinario en la tradición medieval, VALLEJO, *Ruda equidad...*, ps. 283-295. Sobre el carácter “factual” del derecho y su impronta en el derecho consuetudinario, GROSSI, *El orden jurídico...* cit., p. 76 y ss.

<sup>115</sup> Además de las referencias hechas anteriormente, sobre la importancia de la costumbre como manifestación del orden corporativo y su persistencia hasta finales del antiguo régimen, CLAVERO, Bartolomé, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, ps. 59-60, con referencia al manuscrito de FLORANES, Rafael de, *Discurso sobre las costumbres y su preferencia respecto a las leyes. Con una noticia de los pueblos y provincias de Europa que se han regido por costumbres o derecho no escrito y de los sabios que las han comentado* (Biblioteca Nacional de Madrid, ms. 11.264/18).

<sup>116</sup> Un panorama sobre la cuestión en Castilla, sin abrir juicio aquí sobre sus enfoques teóricos, en LADERO QUESADA, Miguel A. y GALÁN PARRA, M. Isabel, “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, ps. 85-108; CORRAL GARCÍA, Esteban, *Ordenanzas de los concejos castellanos. Formación, contenidos y manifestaciones (siglos XIII-XVIII)*, Burgos, 1988; LADERO QUESADA, Miguel A., “Las ordenanzas locales. Siglos XIII-XVIII”, en *La España medieval*, 21 (1998), ps. 293-337; CLAVERO, “Sevilla, Concejo y Audiencia...” cit., ps. 43-47.

<sup>117</sup> Así, Castillo de Bovadilla se manifestaba, en principio, contrario a esta distinción que, según la doctrina del derecho común, admitía que las ordenanzas del primer tipo (relativas al gobierno de los propios, conservación de montes, caza y pesca, etc.) pudieran ser dictadas por la ciudad sin la intervención de la autoridad regia, destacando la contradicción en la que se incurría al sostener tal cosa, “*porque el hazer ordenanzas y fueros que sirvan de leyes -decía- es acto de jurisdicción, y careciendo della la ciudad, no las puede hazer en manera alguna sin el Corregidor...*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 156, t. 2, p. 155).

<sup>118</sup> *Idem*, Lib. III, Cap. VIII, n. 153, t. 2, p. 154.

<sup>119</sup> “... que vean las Ordenanzas de la dicha Ciudad, o Villa, o Partido que fueren a su cargo, y las que fueren buenas las guardará, y hará guardar; y si viere que algunas Ordenanzas se deben enmendar, y hacer de nuevo, las hará con recuerdo del Regimiento...” Capítulos del año 1500 para corregidores y jueces de residencia, n. XVII, en GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., p. 303.

<sup>120</sup> Confr. LADERO QUESADA y GALÁN PARRA, “Las ordenanzas locales en la Corona de Castilla...” cit., ps. 86-87; CORRAL GARCÍA, *Ordenanzas de los concejos castellanos...* cit., ps. 37-41; POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., p. 650.

<sup>121</sup> “De lo qual se concluye, que el Corregidor solo sin el Ayuntamiento no puede hazer ordenanzas perpetuas, porque aquello pertenecía al pueblo privativamente, pero la dicha ley Real quiso que fuese acumulativamente permitido al Corregidor con acuerdo del Ayuntamiento que representa el Pueblo” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 155, t. 2, p. 154).

<sup>122</sup> Por ejemplo, POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., ps. 650-653.

<sup>123</sup> Sobre la tendencia regalista en la obra de Castillo de Bovadilla, véase GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Jerónimo Castillo de Bovadilla y la ‘Política para corregidores y señores de vasallos’ (1597)” en *id.*, *Sobre el Estado y la administración...* cit., ps. 85-139; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Castillo de Bovadilla. Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen” en *id.*, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, 2ª ed., Madrid 1999, ps. 179-251; TRUMAN, Ronald W., *Spanish treatises on government, society and religion in the time of Philip II. The ‘De Regimine Principum’ and associated traditions*, Leiden, Boston, Köln, 1999, p. 164 y ss..

<sup>124</sup> *Ibid.* n. 154, t. 2, p. 154.

<sup>125</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. IV, § 2, p. 37.

<sup>126</sup> *Ibid.* Cap. IV, § 4, p. 38.

<sup>127</sup> *Ibid.* Cap. IV, § 2, p. 37.

<sup>128</sup> Era esa equiparación a un pacto comunitario lo que le daba su fuerza vinculante. Como se afirmaba en la jurisprudencia italiana, “*Statuta nihil aliud sunt quam pacta civium, legis auctoritate firmata*”, MANNORI y SORDI, *Storia del...* cit., ps. 27-28, para quienes el fundamento del carácter vinculante de los estatutos municipales de las ciudades tiene “*qualcosa di simile al patto successorio stipulato tra i membri di una famiglia o all’acordo siglato dai comproprietari di un fondo circa i suoi modi di utilizzo*”. Más ampliamente, MANNORI, Luca, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici*, Milán, 1994, ps. 97-136.

<sup>129</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 157, t. 2, p. 156.

<sup>130</sup> CORRAL GARCÍA, *Ordenanzas de los concejos castellanos...* cit., p. 44.

<sup>131</sup> MANNORI y SORDI, *Storia del...* cit., p. 27.

- <sup>132</sup> POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., p. 665 y ss..
- <sup>133</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 156, t. 2, p. 155 y Lib. II, Cap. XVI, n. 130, t. 1, p. 472.
- <sup>134</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., Cap. IV, § 5, p. 38.
- <sup>135</sup> Aunque paradójicamente, en la época de auge del poder regio se podía o debía afirmar también que “... *cuantas Ordenanzas se hacen se remiten al Consejo para su aprobación, y hasta conseguir ésta no se ejecutan*”. *Ibid.* p. 39.
- <sup>136</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. I, Cap. II, n. 13, t. 1, ps. 15-16.
- <sup>137</sup> Una síntesis de este proceso, en POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., p. 367.
- <sup>138</sup> En términos generales, la figura del corregidor resume en sí los caracteres típicos de los oficiales regios con jurisdicción ordinaria sobre un determinado territorio, y en ello pueden considerarse aquí incluidos otras instituciones utilizadas por la corona tales como, gobernadores, asistentes y alcaldes mayores, salvando siempre matizaciones derivadas de la particularidad de algunos casos en que el mismo nombre designa a una institución diferente. Por ejemplo, para los alcaldes mayores, véase, ARREGUI ZAMORANO, P., *Monarquía y señoríos en la Castilla moderna. Los adelantamientos en Castilla, León y Campos. 1474-1643*, Valladolid, 2000, p. 42 y ss..
- <sup>139</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El corregidor...* cit., ps. 23-43, 81, 77 y 125.
- <sup>140</sup> ALONSO ROMERO, “La monarquía castellana y su proyección institucional...” cit., ps. 534-535.
- <sup>141</sup> LUNENFELD, M., *Keepers of the city...* cit., p. 51 y, en general, todo el Cap. III, ps. 24-51.
- <sup>142</sup> GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., p. 124; LUNENFELD, *Keepers of the city...* cit., p. 34.
- <sup>143</sup> Como se podía decir por entonces en las Cortes, “... *la justicia y buena gobernación de estos Reinos y de las ciudades, villas y lugares de ellos no tanto pende de las Chancillerías cuanto de los corregidores o jueces de residencia e tenientes que llevan*” (ALONSO ROMERO, “Las Cortes...” cit., p. 531).
- <sup>144</sup> Para el caso de los “gobernadores”, GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *Gobernación y gobernadores en Castilla. Notas sobre la Administración de Castilla en el periodo de formación del Estado moderno*, Madrid, 1974, p. 151. Para el caso de los antiguos “adelantados”, GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., p. 236. Para la proyección indiana, GARCÍA GALLO, “Alcaldes mayores y corregidores...” cit., *passim*. El mayor peso de la figura del corregidor en Castilla, frente a su equivalentes institucionales, lo colige Lunenfeld de los datos del Archivo General de Simanca, de donde extrae que en Castilla había, a comienzos del siglo XVI, un total de 64 jurisdicciones regias que, salvo en el caso de 2 gobernaciones, 3 adelantamientos, 2 alcaldías mayores y una ciudad a cargo de un asistente, el resto tienen a su cabeza un corregidor (LUNENFELD, *Keepers of the city...* cit., p. 53).
- <sup>145</sup> Para la “*política de reformatión*”, aunque con las matizaciones de perspectiva que aquí hemos propuesto, GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “La justicia” en *Enciclopedia de la Historia de España*, dirigida por ARTOLA, Miguel, v. II, Madrid, 1988, ps. 343-417, esp. ps. 377-400; Salustiano de DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, p. 141 y ss.; GARRIGA, “Control y disciplina...” cit., ps. 215-390; GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, “Poder regio, reforma institucional y régimen político en la Castilla de los Reyes Católicos” en VV.AA., *El Tratado de Tordesillas y su época. Congreso Internacional de Historia*, Madrid, 1995, ps. 23-47.
- <sup>146</sup> Es un modelo de justicia que informa el estatuto de los jueces superiores, y puede ser reconstruido a partir de las reformas que los Reyes Católicos introducen en la regulación de la Audiencia y Chancillería, GARRIGA, Carlos, *La Audiencia y las Chancillerías Castellanas*, Madrid, 1994, esp. Cap. III. Para su proyección hacia los jueces inferiores, puede verse ahora, de este autor, su “Estudio preliminar” a la edición facsímil de SALGADO CORREA, Alejo, *Libro nombrado de Regimiento de Juezes...* cit., ps. 5-46.
- <sup>147</sup> GONZÁLEZ ALONSO, “La justicia...” cit., p. 383 y, también, *El corregidor...* cit., ps. 82-83.
- <sup>148</sup> “*‘Iurisdictio’ era simbolo di unità: il processo di potere da esso significato era una gerarchia che dall’alto di una posizione suprema scendeva fino ai gradini più bassi, ciascuno dei quali condivideva con gli altri, in quantità diversa, lo stesso tipo di potere*” (COSTA, *Iurisdictio...* cit., p. 129. Sobre la función ideológica de esta representación para la Edad Moderna, HESPANHA, “Representación dogmática...” cit., esp. p. 72 y ss..
- <sup>149</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 103, t. 2, p. 142.
- <sup>150</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VII, n. 67, t. 2, p. 109.
- <sup>151</sup> Para las condiciones del razonamiento tópico que domina el discurso jurídico moderno, VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, 1964. Sobre la tradición bicefalías políticamente significativas, KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del Rey...* cit., esp. p. 54.
- <sup>152</sup> “*Digo pues, que las dos partes de justicia, que son la civil, y judicial ... caen y se comprenden debaxo de una misma definicion... La justicia es buena y derecha gobernación del Corregidor para amparar los subditos en el bien y librarles del mal, y dar à cada uno lo que merece, y lo que es suyo, y distinguir lo justo de lo injusto, conforme à las leyes*”, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. II, Cap. II, n. 13, t. 1, p. 225.
- <sup>153</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 66, t. 2, p. 108. Aún podía resolver por vía de apelación las resoluciones aprobadas por la mayor parte del regimiento en que los disidentes se sintiesen agraviados, *ibid.*, n. 180, t. 2, p. 161.
- <sup>154</sup> FORTEA PÉREZ, “Poder real y poder municipal...” cit., p. 123.
- <sup>155</sup> Sin este enfoque, pero con abundante información sobre las competencias de los corregidores, GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., ps. 104-110 y 197 y ss..
- <sup>156</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Castillo de Bovadilla. Semblanza personal...” p. 222.

<sup>157</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VII, n. 68, t. 2, p. 109. Ha señalado la integración del oficial regio en el cuerpo capitular, CLAVERO, B., “Sevilla, Concejo y Audiencia...” cit., ps. 5-95, ps. 58-77.

<sup>158</sup> COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Textos jurídico-políticos...* cit., ps. 287-288.

<sup>159</sup> En este sentido, por ejemplo, es conocido el hecho de que, muchas veces, los corregidores dejaban de lado el interés del monarca para plegarse a los del concejo ciudadano que presidían (confr. KAGAN, *Pleitos y pleiteantes ...* cit., p. 217).

<sup>160</sup> Para el caso de Portugal, por ejemplo, HESPANHA sugiere que, en realidad, “es en los tribunales locales de los concejos, por medios formales e informales, donde terminaría la abrumadora mayoría de las cuestiones” (HESPANHA, Antonio M., *Vísperas del Leviatán...* cit., p. 294. Véase lo dicho *supra* en nota 27 y la bibliografía allí citada).

<sup>161</sup> COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Textos jurídico-políticos...* cit., p. 310.

<sup>162</sup> POLO MARTÍN, *El régimen municipal...* cit., ps. 369-371; SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., 2ª parte, Cap. II, § 1, p. 145; VIZCAÍNO PEREZ, V., *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los alcaldes de los pueblos de España*, (1781), Madrid, 1979, Cap. XX, p. 205. Un ejemplo de este tipo de alcaldía con jurisdicción mínima, salvando siempre el enfoque teórico, PEREIRO BARBERO, P., “Los oficiales municipales de “Justicia” y “Orden Público” a mediados del siglo XVI: teoría y práctica de su función”, en BAETICA, *Estudios de arte, geografía e historia*, 10, Málaga, 1987, ps. 281-292.

<sup>163</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Gobierno político...* cit., 2ª parte, Cap. II, § 1, p. 146.

<sup>164</sup> Sobre la venta de jurisdicciones a partir del siglo XVI puede verse, Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, “Ventas y exenciones de lugares durante el reinado de Felipe IV” en *A.H.D.E.*, XXXIV, 1964, ps. 163-207; NADER, *Liberty in absolutist Spain...*, esp. p. 99 y ss.; JUAN E. GELABERT GONZÁLEZ, *La bolsa del rey: rey, reino y fisco en Castilla (1598-1648)*, Barcelona, 1997. Ilustran también algunos trabajos sobre casos específicos, PALOMEQUE TORRES, Antonio, *El Señorío de Valdepusa y la concesión de un privilegio de Villazgo al lugar de Navalnoral de Pusa en 1635*, Madrid, 1946; CARRILERO MARTÍNEZ, Ramón, “Aportación documental al estudio de la historia de una villa del Marquesado de Villena: La Gineta (Albacete)” en *Congreso de Historia del Señorío de Villena*, Albacete, 1987, ps. 85-94.

<sup>165</sup> FORTEA PÉREZ, “Les villes...” cit., p. 309.

<sup>166</sup> NADER, *Liberty in absolutist Spain...* cit., esp. ps. 128-129, 207-209.

<sup>167</sup> Apenas pasada la primera mitad del XVI, un visitador regio podía comprobar que los “lugares que se an esentado de la juridición de las çiudades y hecho villas, de veinte años a esta parte, están bien regidos y gouernados y aprouechados los propios y ay paz y concordia en ellos...”, informando además que “los alcaldes ordinarios de las dichas villas determinan las causas arduas a consejo de sus asesores, y las liuianas amigablemente sin vexaçiones ni costas”. GARRIGA, “La ‘Sumaria relación de los abusos...” cit., p. 860.

<sup>168</sup> NADER, *Liberty in absolutist Spain...* cit., p.135.

<sup>169</sup> Ver, por ejemplo, PALOMEQUE TORRES, *El Señorío de Valdepusa...* cit., ps. 44-45; NADER, *Liberty in absolutist Spain...* cit., ps. 134-135.

<sup>170</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. V, Cap. X, n. 28, t. 2, p. 639.

<sup>171</sup> VIZCAÍNO PEREZ, *Tratado de la jurisdicción...* cit., Cap. VII, p. 83.

<sup>172</sup> HEVIA BOLAÑOS, *Curia...* cit., P. I, § 4, n. 3, p. 19.

<sup>173</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit. Ver todo el Cap. X del Lib. V, t. 2, p. 630 y ss..

<sup>174</sup> PALOMEQUE TORRES, *El Señorío de Valdepusa...* cit., p. 48. Para un panorama de las funciones jurisdiccionales en las villas privilegiadas, NADER, *Liberty in absolutist Spain...* cit., Cap. 5, ps. 130-157.

<sup>175</sup> COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de, *Textos jurídico-políticos...* cit., p. 313. Sobre el modo de actuar a prevención entre justicias ordinarias, HEVIA BOLAÑOS, *Curia...* cit., P. I, § 4, n. 18, p. 22.

<sup>176</sup> En varios casos, las provisiones de la Chancillería de Granada protegían la jurisdicción criminal de los alcaldes ordinarios, que era reclamada como exclusiva por las justicias regias; Manuel CUESTA MARTÍNEZ, “Organos de justicia en la Córdoba del Antiguo Régimen. Conflictos de jurisdicción y competencia” en *Axerquia, Revista de Estudios Cordobeses*, 14, Córdoba, 1985, ps. 59-87, esp. ps. 83-85; del mismo autor, *La ciudad de Córdoba en el siglo XVIII*, Córdoba, 1985, esp. ps. 176-179.

<sup>177</sup> CUESTA MARTÍNEZ, Manuel, *Oficios públicos y sociedad: administración urbana y relaciones de poder en la Córdoba de finales del Antiguo Régimen*, Córdoba (Esp.) 1997, p. 364.

<sup>178</sup> Para el caso de Cantabria, por ejemplo, confr. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Alcaldes y regidores...* cit., p. 29 y ss..

<sup>179</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Los magistrados, y tribunales de España. Su origen, instituto, jurisdicción y gobierno*, Zaragoza, 1745, Lib. III, Cap. IV, n. 3, p. 294.

<sup>180</sup> Por ejemplo, en lugares como Pontevedra, Tui, Santiago o Lugo, “la misión de juzgar estaba compartida - abarcando atribuciones no homogéneas- entre un juez, impuesto por el señor, y unos alcaldes que además detentaban en exclusividad el poder gubernativo” (GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Jesús M., “La justicia local y territorial en la Galicia del Antiguo Régimen”, en *Obradoiro de Historia Moderna*, 4, Santiago de Compostela 1995, ps. 233-254, p. 239). Aquí también los “alcaldes ordinarios aunaban el ejercicio de la administración de justicia con el gobierno político y económico derivado de su condición de presidente del concejo...”, *ibíd.*, p. 241.

<sup>181</sup> VIZCAÍNO PÉREZ, *Tratado de la jurisdicción...* cit., Cap. I, p. 42.

<sup>182</sup> De ahí que los autores aconsejasen a los alcaldes ordinarios que antes de iniciar el ejercicio de su cargo, se instruyesen debidamente del alcance de su poder jurisdiccional, acudiendo para ello a los privilegios guardados en el archivo de la ciudad (VIZCAÍNO PÉREZ, *Tratado de la jurisdicción...* cit., Cap. VII, p. 83).

<sup>183</sup> SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Los magistrados, y tribunales...* cit., Lib. III, Cap. IV, n. 3, p. 294.

<sup>184</sup> HEVIA BOLAÑOS, *Curia...* cit., P. I, § 9, n. 4, p. 49.

<sup>185</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. XV, n. 115. Pese a su especificidad indiana, véase, LEVAGGI, Abelardo, “Las penas de muerte y aflicción en el derecho indiano rioplatense (primera parte)”, *Revista de Historia del Derecho*, N° 3, Buenos Aires, 1975, ps. 81-158, p. 101. También, ALONSO ROMERO, María P., *El proceso penal en Castilla - Siglo XIII-XVIII*, Salamanca, 1982, p. 262.

<sup>186</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *El corregidor...* cit., ps. 234-235.

<sup>187</sup> Para la diferencia entre ambos modos de concebir la relación entre jurisdicción y territorio, HESPANHA, Antonio M., “El espacio político” en id., *La gracia del derecho...* cit., ps. 85-121.

<sup>188</sup> Valga aquí otra referencia indiana: León Pinelo, por ejemplo, tratando de los tribunales ante quienes pueden presentarse las renunciaciones de oficio, señala que mientras los corregidores, alcaldes mayores y sus tenientes se entienden como Justicia Mayor, por ser la “*justicia principal del distrito*”, los alcaldes ordinarios sólo son “*del lugar, no del distrito*” (LEÓN PINELO, Antonio de, *Tratado de confirmaciones reales*, (1630), ed. facs., Buenos Aires, 1930, P. II, Cap. XI, § 8). Aunque Solórzano atribuía el uso de la expresión *Justicia Mayor* a la capacidad que desarrollaron en Indias los gobernadores y corregidores de conocer como jueces de apelación de las decisiones de sus tenientes y de los alcaldes ordinarios (véase, SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, *Política indiana*, (1647), Madrid, 1930, Lib. 5, Cap. I, n. 23), ello no es necesariamente así, desde que en Castilla también se usa esa expresión para identificar sin más al corregidor. Por ejemplo, véase, ARANDA PÉREZ, *Poder municipal y cabildo de jurados en Toledo...* cit., ps. 25 y 45.

<sup>189</sup> Por ejemplo, HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia...* cit., P. V, § I, n. 10, p. 247. En esto la práctica indiana se apartó de este modelo y los corregidores (y sus equivalentes) normalmente ejercieron como jueces de apelación de los alcaldes ordinarios. Véase, la referencia a Solórzano Pereyra en la nota anterior. Pilar Arregui ha sugerido, a raíz de esto, que el modelo de juez regio en Indias fue tomado de los alcaldes mayores de adelantamiento que, como jueces territoriales de los tres adelantamientos castellanos que persisten en el siglo XVII, conocen en grado de apelación de las justicias ordinarias de los pueblos de su distrito (ARREGUI ZAMORANO, Pilar, “El alcalde mayor del Adelantamiento de Castilla en el momento de la Conquista del Nuevo Mundo”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, 1991, t. I, ps. 383-403).

<sup>190</sup> Ilustra muy bien esta ambigua situación Castillo de Bovadilla, con motivo de cuestionarse sobre si los alcaldes ordinarios de las villas exentas merecían el trato de “*justicia ordinaria realenga más próxima*” a los fines de ejercer comisiones reales despachadas desde la Corte. Su primera respuesta era que no se debían tener por tales porque aunque tenían mero mixto imperio, a diferencia de los corregidores, su jurisdicción era *diminuta*. Su razón para sostener esta diferencia, por completo inconsistente desde el estricto punto de vista jurídico, no era más que la antigua clasificación romana de las magistraturas, según la cual, los corregidores equivalían a *clarissimos* y los alcaldes a *infimos*. Consciente de lo endeble de su argumento, porque a la postre reconocía que los alcaldes, “*conforme a derecho, son y se llaman jueces ordinarios*”, terminaba por alegar el carácter *idiota y rústico* de éstos, para calificar como *indecencia* que fueran ellos y no los corregidores quienes en nombre de la justicia real ejecutaran comisiones regias contra cualquier persona (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. II, Cap. XX, n. 5-7, t. 1, ps. 639-640).

<sup>191</sup> MARTÍNEZ, Manuel S., *Librería de jueces, utilísima y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e intendentes, jueces de residencia y de visita de escribanos de toda España, receptadores de Castilla y Aragón, regidores, juntas de propios, contribución y pósitos, personeros, diputados del común y demás individuos de tribunales ordinarios: añadida e ilustrada con más de dos mil leyes reales, que autorizan su doctrina*, (1763) (séptima impresión, Madrid, 1791-1796, t. IV, n. 73, p. 33). Asimismo, véase, en esta obra, el t. VI, Resumen del Libro Tercero de la Novísima Recopilación de 1772, Tít. IX, ps. 326-341. También, SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de, *Los magistrados y tribunales. Su origen, instituto, jurisdicción y gobierno*, Zaragoza, 1745, Lib. III, Cap. IV, ps. 291-296; ALONSO ROMERO, P., *El proceso penal...* cit., p. 109 y nota 13.

<sup>192</sup> GUARDIOLA Y SÁEZ, Lorenzo, *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, ps. 46-47.

<sup>193</sup> BERNÍ Y CATALA, José, *Instrucción de alcaldes ordinarios que comprende las obligaciones de estos, y del Amotacen conforme a las leyes reales de Castilla, estatutos, y fueros municipales de los lugares, y villas de España* (tercera impresión, Valencia, 1763).

<sup>194</sup> Véase, por ejemplo, GUARDIOLA Y SÁEZ, Lorenzo, *El corregidor perfecto...* cit., p. 132 y ss.

<sup>195</sup> Por carecer de jurisdicción, se encuentra excluido de conocer “*de pleytos entre partes, que penden ante la justicia...*” cit.; CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 105, t. 2, p. 143.

<sup>196</sup> Para demostrar que la jurisdicción del teniente de corregidor es delegada y no ordinaria Castillo afirma que ello es así “*porque la ordinaria, y el mero mixto imperio no la puede conceder ni delegar, sino sólo el príncipe, o el pueblo, o la ley...*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. I, Cap. XVI, n. 11 y 12, t. 1, p. 201). Sobre el *populus* como fuente de jurisdicción ordinaria en el derecho común, VALLEJO, *Ruda equidad...* cit., ps. 59-62.

<sup>197</sup> Ley 7, Tít. 18, Lib. 4 N. R; CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 183, t. 2, p. 162. Sobre la puja de las ciudades por incrementar el límite del monto que les permitía ejercer como tribunales de

apelación (confr. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor...* cit., ps. 198-199; ALONSO ROMERO, “Las Cortes...” cit., ps. 560-563; KAGA, *Pleitos y pleiteantes...* cit., ps. 214-217.

<sup>198</sup> N. R. 4. 16. 1

<sup>199</sup> Que “*tienen también jurisdicción ordinaria para poder administrar justicia, y conocer de las causas sobre robos y hurtos ejecutados en el campo ó despoblado...*” (GUARDIOLA Y SÁEZ, Lorenzo, *El corregidor perfecto...* cit., p. 47; N. R. 8. 13. 1.

<sup>200</sup> CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 135, t. 2, ps. 148-149.

<sup>201</sup> Ibid. ps. 142-145. En caso de escándalo o bullicios entre personas poderosas, si el corregidor y justicias no pudieren poner remedio y tuvieren necesidad de favor y auxilio, “*pueden los regidores usar de jurisdicción, impartíendosele, para esforçar y executar la justicia...*”, (p. 149), con referencia a las leyes de N. R. 8. 15. 4 y 8. 16. 4.

<sup>202</sup> “*Si el juez injustamente despojare à alguien de su posesión... podrán los regidores, á falta de aver en el pueblo otro alcalde ordinario que lo remedie, ò no lo remediando pasado el tercer día, restituir a tal despojado en su posesión: lo qual dispuso una ley Real en odio a la violencia y gran negligencia del juez*”. Por otra parte, “*según Baldo y otros, si el juez tuviese preso á alguno injustamente podrianle los regidores hazer soltar: pero esto no se practica...*” y “*... según el Dr. Diego Pérez, si el corregidor, o su teniente quisiesen de hecho executar alguna sentencia de pena corporal muy iniqua, è injustamente, sin embargo de apelación, deviendo otorgarla, que en tal caso, por causa del instante è irreparable peligro, podrán con mano armada los regidores estorvar è impedir la tal execucion: pero esto yon o aconsejaria que lo hiciese, sino fuesse caso muy extraordinario, y exorbitante, y muy notorio de que el juez procedía de hecho, y ex abrupto, sin guardar el orden de derecho, y en que padecia muerte algún inocente, y dando luego cuenta dello à los superiores*” (CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...* cit., Lib. III, Cap. VIII, n. 107, 113 y 114, t. 2, p. 144.

## EL FUERO MILITAR EN EL EJÉRCITO BORBÓNICO HISPANO

István SZÁSZDI LEÓN-BORJA \*

**Sumario:** I. Introducción. II. El fuero militar hispano. III. La Guerra de Sucesión española (1700-1715), las Indias y las armas. IV. Las ordenanzas carolinas. V. A manera de conclusión. VI. Bibliografía.

### I. Introducción

Hasta tiempos recientes se ha considerado como una verdad indiscutible el que hay que atribuir a Carlos III la creación del fuero militar hispano, de una forma articulada y racional<sup>1</sup>. A

pesar de que Lyle McAlister publicó su conocido libro hace casi cincuenta años, poco se ha avanzado en la historiografía sobre el tema del fuero militar en el siglo XVIII mexicano como en materia general del derecho militar del resto de la América española en aquel Siglo de las Luces. Tampoco los historiadores militares españoles, ni los iushistoriadores ibéricos, han aportado gran cosa a este tema en los últimos treinta años. Es especialmente sorprendente que hayan sido los modernistas y los americanistas españoles quienes más aportaciones han hecho sobre el fuero militar y sus reformas en la última década. Pero prácticamente desde las obras del general Almirante, el viejo derecho militar hispano ha quedado sin comentaristas. Han ido apareciendo excelentes estudios regionales sobre la milicia en las Indias, mas siempre desde una perspectiva socio-económica <sup>2</sup>. Seguimos echando en falta una aproximación jurídica a la evolución del Fuero y de sus textos normativos.

Mi intención es revisar el estado de la cuestión y presentar un estudio preliminar de una investigación ambiciosa -de más largo alcance- que procura estudiar, utilizando preferentemente los fondos documentales del Archivo General de Simancas, el proceso legislador que llevó a las famosas ordenanzas de 1768. Y haciendo profesión de intenciones, quizás, lo primero, y básico en esta ponencia, es desmitificar alguno de los fundamentos de la tesis que el historiador norteamericano expuso en su obra *The fuero militar in New Spain 1764-1800* <sup>3</sup>. Su aproximación al tema está ya definida por el espacio temporal en que encuadró los resultados de su investigación, en cuyo título parece dar a entender que no hubo un fuero militar antes de 1764.

La reorganización de las armas en América parecía obra del llamado reformismo borbónico. En palabras de McAlister: *“Una parte integral de sus planes era el fortalecimiento de las posesiones españolas de ultramar para que de esta forma las colonias pudieran defenderse por sí mismas y pudieran hacer contribuciones económicas a la defensa imperial. La Corona española y sus asesores franceses llegaron a la conclusión que esto se podía lograr solamente mediante un replanteamiento general del sistema colonial; lo cual era, además, congruente con el programa de reformas de Carlos III (1759-1788)”* <sup>4</sup>.

Si bien el llamado Reformismo Borbónico era obra, en esencia, producto del real impulso, es decir, del estímulo del rey don Carlos, se ha usado el término abusivamente por parte de la historiografía de los últimos años, al olvidar que el inicio de la reforma de la administración española y muy concretamente del ejército español se remontaba a dos reinados anteriores, el del Rey Padre, don Felipe V. Muchos de los fines que se buscaba alcanzar por medio del progreso y de la industria -objetivos del Reformismo Ilustrado en su afán de modernizar y cultivar a España-, se vieron limitados y contrariados por la política de la reforma administrativa y de la burocratización. Tampoco la defensa era ajena a las realidades económicas y políticas, y hay que apuntar que, sin duda, se antepuso su interés a otros de carácter desarrollista contemplados por la política interior de don Carlos III y sus ministros más radicales. No podemos mezclar como dice el dicho castellano *“churras con merinas”*. El origen de las reformas militares no está ni en la Guerra de los Siete Años ni en las reformas de Carlos III, hay que buscarlos en la Guerra de Sucesión española y en sus consecuencias, en el orden administrativo, judicial y militar. Y ya sin entrar en criticar el uso abusivo que hace McAlister del término *“imperial”*, bien ajeno al uso y realidad de la monarquía hispana, cabe recordar que la creación de un monopolio de tabaco o la creación en Nueva España de *“gremio minero con facultades administrativas o jurisdiccionales”* no obedece ni al decreto de Libre Comercio, ni a la introducción del sistema de intendencias -como insinuaba el investigador norteamericano- <sup>5</sup>.

## II. El fuero militar hispano

No caeré en la tentación de tratar de buscar el nacimiento del fuero militar. Su gestación se remonta al nacimiento de las instituciones militares <sup>6</sup>. Citaré a Pego Méndez, quien, siguiendo al general Almirante recuerda que en el siglo XVI, al agruparse las compañías en tercios y regimientos -formando unidades orgánicas más grandes y permanentes- la justicia fue ejercida

por jefes superiores llamados maestros de campo y coroneles, los cuales tenían su auditor, preboste, capitán de campaña, barichel, alguacil y verdugo. La inexistencia de ordenanzas militares hizo que ciertos delitos fueran juzgados por el fuero común. En cambio, quedaban los delitos militares recogidos en los bandos generales, como el que hizo público el Duque de Alba al iniciar la campaña de Portugal en 1580. Las fuentes del derecho militar se encontraban entonces en las leyes del Fuero Real de Castilla, en las leyes de Partidas del Rey Sabio, en el Ordenamiento de Alcalá y de los Fijosdalgo; normas que eran las aplicadas por los auditores - los cuales fueron creados por Felipe II-. En el campamento del Duque de Parma, Alejandro Farnesio, nació la justicia militar moderna con la publicación de las ordenanzas para el ejército de ocupación en Flandes, publicadas en Bruselas, el 13 de mayo de 1587<sup>7</sup>. Fue el resultado de décadas de guerra en tierras intensamente pobladas, bien comunicadas y con un floreciente comercio desde hacía siglos. El primer tribunal militar permanente de la historia española fue precisamente el del Consejo de las Revueltas, compuesto por doce capitanes y establecido en Bruselas en 1567 por el Duque de Alba para castigar a los rebeldes de aquellas provincias<sup>8</sup>. Cabe recordar que el propio Gran Duque de Alba pensó en otorgar ordenanza a sus tropas en Flandes, para lo que encargó a Sancho de Londoño, mariscal del Tercio de Lombardía<sup>9</sup>, el poner por escrito las normas para su gobierno. Así escribió Londoño su famoso *Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado*, obra terminada en 1563 y publicada en Barcelona veintiséis años después. El trabajo de Londoño no sólo se convirtió en lectura obligada de todo mando militar, desde entonces, sino que como ha expresado el coronel Salas López, sirvió para informar en derecho a las ordenanzas de Parma y, sobre todo, fue conocida por la Junta que redactó las famosas ordenanzas de Carlos III -que otorgan a la disciplina y a la subordinación el papel de principios básicos del ejército-<sup>10</sup>. Esto no debe olvidarse a la hora de valorar las famosas ordenanzas de 1762, y, muy en especial, aquélla de 1768.

También hay otro elemento que debe de tomarse en cuenta a la hora de valorar las ordenanzas de Alejandro Farnesio, y que forman parte del mosaico político de las guerras de Flandes, se trata de los motines y rebeliones en el propio ejército español<sup>11</sup>. La mayoría de ellos provocados por hambre y por necesidad debido a la demora de los pagos. El problema de los salarios atrasados a los tercios fue la peor quinta columna de aquella guerra que hiciera del Escalda, el gran cementerio de la monarquía hispana. Igualmente, según Parker, otros elementos que provocaban la indisciplina entre los tercios de Flandes, eran las duras condiciones de vida y de guerra, que provocaban miedo y desesperación entre los hombres de armas como cuando durante el sitio de Leiden los holandeses rompieron los diques en 1574, sembrando el terror y la confusión entre los sitiadores. La norma era el castigo de los desertores con la pena de muerte, por la gravedad de la naturaleza del delito<sup>12</sup>. Pero, en la práctica, la Corona y sus representantes se vieron obligados a negociar, y, muchas veces, a perdonar a los amotinados, por ser peor el remedio que la enfermedad. La aparente dureza de los castigos recogidos en las ordenanzas militares de tiempos de los Habsburgos, ha llamado la atención. Este aspecto también lo destacó Salas al comentar las ordenanzas de Hernán Cortés, escritas en Nueva España, el 22 de diciembre de 1522<sup>13</sup>. Si bien se dictaron durante la conquista mexicana, con un ejército compuesto por indígenas tlaxcaltecas y una hueste castellana exigua, dichas ordenanzas manifiestan una necesidad muy moderna, la del orden y disciplina. Precisamente ese es el porqué de los castigos ejemplares que recoge para el delito de la desertión<sup>14</sup>. Cuando se dice que fue obra de la Casa de Borbón, y, concretamente, resultado de las ordenanzas de 1768, el imponer la disciplina y la obediencia en los ejércitos de España se olvida esta realidad, que tal necesidad fue perentoria de solución durante los dos siglos del reinado de la dinastía anterior; y que las normas militares dictadas por entonces tenían presentes y como fin el poner remedio a los “servicios” derivados de la desobediencia militar.

Para la Casa de Austria, su monarquía dispersa y transoceánica sólo podía permanecer unida por medio de un buen sistema de armadas en el mar y de leales obedientes soldados, subordinados a la autoridad real de la justicia y de gobierno. Por otro lado, sigue de cerca los principios de las Leyes de Partidas del rey don Alfonso el Sabio<sup>15</sup>. Cabe pensar que también en el derecho militar se daba un fenómeno común a otros derechos tanto especiales como

generales: la del conservadurismo jurídico, es decir, su lenta evolución ante una realidad social cambiante, o en otras palabras, el que se recogían en tales ordenanzas normas de remotos orígenes que se venían practicando desde hacía siglos <sup>16</sup>.

Tampoco podemos olvidar a *La Recopilación de las Leyes de estos Reynos*, sancionada por Felipe II en 1569, obra en dos tomos con 1.392 páginas en que el *Rey Prudente* reunió normas jurídicas que afectaban a castillos y fortalezas, armas y caballeros; normas que en su mayoría venían de la costumbre y del derecho tradicional castellano. La Recopilación se haría indispensable hasta las reformas legales de la Casa de Borbón en materia de guerra <sup>17</sup>. En Indias, las órdenes de los virreyes y de los gobernadores, al igual que las medidas emanadas de las Reales Audiencias completaron al corpus de Reales Provisiones y Cédulas que eran enviadas desde la Corte al Nuevo Mundo para proveer en materia de guerra y milicia. Pero, sobre todo, a partir del reinado de Carlos II, el último monarca hispano de la Casa de Austria, rige para el Nuevo Mundo la Recopilación de Leyes de Indias, cuyo verdadero autor fue el jurista limeño León Pinelo. Las particularidades del gobierno indiano, la lejanía de estos reinos de la Corte, las dificultades nacidas de la navegación y de su difícil comunicación dada las grandes distancias entre los confines de aquéllos, hizo que la Recopilación fuera la colección oficial legal por excelencia. Tómese en cuenta que la Recopilación de las Leyes de Indias siguió estando en vigor en las Antillas cuando éstas se convirtieron en la última posesión española en América. En Cuba y en Puerto Rico, las últimas provincias de ultramar siguió rigiendo y siendo vinculante durante el siglo XIX, a pesar de las protestas de liberales y autonomistas insulares <sup>18</sup>. Resulta sorprendente que historiadores militares se hayan olvidado del importante acervo de normativas militares que la Recopilación de las Leyes de Indias encierra, tal es el caso, por ejemplo, de Salas <sup>19</sup>. En el cuarto tomo de la Recopilación, en su *Indice general*, bajo la voz “guerra” se reúnen 41 leyes, o reales provisiones <sup>20</sup>. Existen en el dicho *Indice* otras entradas con leyes de interés, bajo las voces “milicia”, “militar”, “armadas”, “generales”, “capitanes”, etc. No olvidemos que era conocido como fuero de guerra lo que con los Borbones se vino a llamar el fuero militar <sup>21</sup>.

Tampoco la Recopilación de Indias fue derogada al iniciarse el reinado de Felipe V, lógicamente, y éste y sus sucesores lo consideraron un derecho general complementario de las reales ordenanzas que dictaron para la milicia. Tales leyes consideran las más variadas situaciones, penas severas contra los desertores en la guerra, diversas normas para la guerra contra los indios, instrucciones para los virreyes que en Nueva España levantara hueste para las Filipinas, el que los generales puedan nombrar capellanes para la milicia, los cuales sean luego examinados por los ordinarios y los aprueben, etc. Hay normas dirigidas al Río Hacha, para la milicia de Chile, Nueva España, Cuba, Filipinas o Perú, para los presidios de las costas de las Indias y de las islas de Barlovento -indicándose expresamente, en algunos casos que se apliquen en otras partes concretas de las Indias- lo que no eximía que si en otras partes se dieran las situaciones descritas o los delitos señalados se tomaran iguales medidas por analogía. Así tales provisiones de la Recopilación alcanzaban un carácter general, a la hora de su aplicación. Terminemos este apartado con decir que a finales del siglo XV ya existían instituciones características del fuero militar, tales como el testamento militar <sup>22</sup>, la tutela -y, por tanto, extensión del fuero- a familiares y criados de militares <sup>23</sup>. Atribuimos muchos méritos y contenidos a las ordenanzas carolinas de 1768, que corresponden a la legislación y práctica de los siglos anteriores u obra de los ministros del rey don Felipe V.

### **III. La Guerra de Sucesión española (1700-1715), las Indias y las armas**

Sin duda, para España, la Guerra de Sucesión significa una inflexión histórica. Hay un antes y un después para los reinos de la Corona de Aragón y hay también un nuevo estilo en el gobierno del resto del territorio -entiéndase reinos de Castilla- después de alcanzada la Paz de Utrecht. Y la reorganización del Ejército y de la Marina no fue una excepción a esa realidad <sup>24</sup>.

Esto fue evidente desde el primer momento cuando el Duque de Bedmar otorgó las

llamadas ordenanzas de Flandes, de 1701-1702, en los últimos años de la dominación española sobre los Países Bajos meridionales <sup>25</sup>. Ordenanzas que hay que ponerlas en el contexto de la guerra, considerando que tanto la vecina Holanda, como Inglaterra eran potencias enemigas. En ellas se manifiesta poderosamente la influencia de los reglamentos militares franceses, se introdujo un vocabulario francés para la denominación de grados, y se abolió la organización de los tercios, siendo sustituido por regimientos subdivididos, a su vez, en batallones y compañías. El reformismo militar del reinado de Felipe V está unido a la reforma de la fiscalidad y de la Real Hacienda, inspirada por los franceses Jean Orry, ministro de Felipe V, y el diplomático francés Amelot, admirador de Colbert y cuya influencia fue muy benéfica para la Corte de España <sup>26</sup>. A éste se debe el encumbramiento ministerial de José Patiño, el militar hijo de gallegos -nacido en Nápoles- cuya huella marcó la nueva época borbónica. Precisamente, un personaje como Patiño no sólo fue responsable de la refundación de la Armada <sup>27</sup> sino de la organización en tierra con un claro corte militar de la administración de gobierno y justicia, como proyectó en la propia Cataluña. En 1717 se creó la Intendencia General de la Marina, que ocupó don José Patiño. Casi diez años más tarde sería éste, en calidad de ministro de Marina quien organizó los tres departamentos marítimos de Cartagena, Cádiz y Ferrol. El sistema de intendencias, institución francesa introducida en tiempos de Felipe V, fue uno de los instrumentos de estas reformas administrativas de las armas. Fue por 1711 cuando se nombraron los primeros intendentes, funcionarios que eran militares que debían encargarse del reclutamiento y de la intendencia militar <sup>28</sup>. Pero la instrumentalización y desarrollo del sistema de las intendencias sólo se llevó a cabo gracias al Conde de Bergeyck, el sabio ministro flamenco que concluido el periodo de influencia francesa fue el encargado de continuar las reformas administrativas de España. La influencia francesa en las reformas de Felipe V, se suele admitir que tuvo fin con la partida de la Corte de España del embajador Amelot, en agosto de 1709 <sup>29</sup>. Dejaba este ministro una larga lista de responsabilidades del gobierno felipista. Una de ellas había sido la revocación de los Fueros de la Corona Aragón, los primeros afectados fueron los de Valencia y de Aragón por decreto del 29 de junio de 1707 -dos meses después de la batalla de Almansa- aunque cabe reconocer la mano de Macanaz y del propio rey de Francia en la elaboración de la justificación jurídica de aquel drástico acto. En 1710, tras las batallas de Brihuega y Villaviciosa Felipe V se sintió seguro y virtual vencedor de la guerra <sup>30</sup>. Las ya citadas medidas represoras, junto con la abolición del derecho particular de Valencia y de Cataluña, tuvieron efectos de largo alcance y permitieron la castellanización y militarización de la vida política y administrativa. Con el nombramiento de los comandantes generales aumentó la militarización de la sociedad, pues éstos presidían las Audiencias y se convirtieron en una autoridad militar suprema que intervenía así en Justicia, Gobierno y Hacienda, en el reino de Aragón <sup>31</sup>. El comandante general presidía también la Junta de Hacienda, que era la institución responsable de la recaudación de tributos.

La intervención de los oficiales de las distintas Armas en el gobierno de aquel reino unificado, por Derecho de Conquista -según palabras del propio rey Felipe “el Animoso”- que por primera vez tenían en sus manos la administración de la Justicia y de la Real Hacienda cambiaron el protagonismo del Ejército en la sociedad española. En este contexto era lógico que el grupo social de sus componentes, sirvientes y familiares gozaron de su Fuero, de una jurisdicción particular dados sus sacrificios por la Corona y el Reino <sup>32</sup>. No olvidemos la escasez de los sueldos y las duras condiciones de vida de acuartelamiento, como también de las limitadas prestaciones de la sanidad militar por entonces.

Se debe principalmente a Blanco Valdés, y más recientemente a Palma González, el estudio de la legislación militar borbónica de tiempos de Felipe V, como de la creación de una nueva administración militar. Se suele considerar por la historiografía que la consolidación de la monarquía absoluta ocurrió paralela con la formación de un ejército permanente, para lo cual era necesario modificar las propias armas para que sirvieran a la política centralizadora del rey <sup>33</sup>. Como hemos visto, el tiempo de la guerra sirvió más bien como estímulo para emprender reformas militares, mucho más cuando tanto las comunicaciones como la defensa eran básicas para el mantenimiento en obediencia de los territorios indios. No era una fantasía el temor a un nuevo ataque de los aliados enemigos de la Casa de Borbón. Esta es la causa de la Real

Cédula del 8 de febrero de 1704 por la cual, el rey ordenó el reclutamiento obligatorio de todos sus vasallos varones hábiles entre los 18 y los 50 años <sup>34</sup>.

Hasta hoy la Guerra de Sucesión y sus consecuencias en las Indias ha sido apenas estudiada. Carecemos de estudios generales y particulares sobre la opinión pública y las reacciones criollas ante “el Pretendiente”, el Archiduque don Carlos de Habsburgo. A pesar de esta realidad podemos hacer conclusiones de carácter temporal sobre este tema. Es muy atrevido el pensar que había una clara opinión definida en favor del Duque de Anjou -Felipe de Borbón- si bien el segundo testamento del último soberano español de la Casa de Austria hacía que la balanza se inclinara hacia el nieto de Luis XIV de Francia. No podemos esquivar una realidad: los Borbones habían sido los grandes enemigos de la monarquía hispana, arrastrando consigo el deseo de ajustes de cuentas que se remontaban a dos siglos atrás, como la partición del Reino de Navarra, del cual eran señores naturales, sin entrar a estudiar las circunstancias de la muerte de Enrique IV “el Bearnés” y que en la trayectoria de su vida hubiera sido militante en las filas de los impíos hugonotes. El propio Rey Sol había sido el único soberano de Europa que había conseguido humillar a la potencia hispana, apropiándose de territorios históricos de los Países Bajos meridionales, pertenecientes a los Austrias españoles. El que su nieto tuviera dos veces sangre real española por parte de su abuela y de su bisabuela, sólo le hacía un agrí dulce heredero a los ojos de los vasallos de la monarquía hispana. Tampoco la desleal competencia comercial francesa le hacía el candidato de los comerciantes e industriales hispanos. Era un príncipe francés, que había sido impuesto en el lecho de muerte al rey “Hechizado” para mantener la unidad de la monarquía. Por ello, la proclamación del Archiduque don Carlos de Austria fue recibida con tanto calor por los habitantes de la Corona de Aragón, y no solamente allí como veremos a continuación. Habían vivido dos siglos intensos, los más importantes de la historia de España, bajo las insignias y armas de los Habsburgo. El año de 1701, se dice que el Archiduque envió a las Indias a cinco embajadores que tenían por misión levantar aquellos reinos para que se pronunciaran por su causa. Sólo tenemos certeza de uno de ellos, don Bartolomé Capocelato, Conde de Antería, quien vía Amsterdam y Londres se embarcó con destino a la isla holandesa de Curazao, frente a las costas de Venezuela. De allí pasó al continente donde desarrolló toda una red de simpatizantes y donde negoció la entrega de La Guaira para tener un puerto donde desembarcar fuerzas y auxilios. Tan confiado estaba que proclamó a don Carlos, rey de las Españas, en Caracas, con el beneplácito de la oligarquía criolla. De no haber sido por la rápida reacción del Obispo, quien ante la pasividad del capitán general, don Nicolás Eugenio de Ponte y Hoyo, de las simpatías austriacistas de militares respetados y de los oficiales reales, sin mencionar las de una numerosa parte del clero y de la población portuguesa y canaria en aquellas tierras, Venezuela hubiera tenido el honor de ser el primer territorio americano que se enfrentara a los Borbones. El Obispo de Caracas, don Diego Baños y Sotomayor, con la ayuda de tropas indias, sofocó el levantamiento y tomó prisionero al Conde Antería. Restableciendo la obediencia al rey don Felipe. Mas Antería estaba preso sin cadenas ni grilletes, y recibía a muchos simpatizantes a quienes animaba. Tenía por cárcel una de las salas de las Casas Reales y oía misa en el oratorio del Capitán General, de quien recibía todo tipo de atenciones. Así vivió durante seis meses, su prisión domiciliaria, hasta que decidió escapar en mayo de 1703 a Curazao. Está claro que ni siquiera los felipistas se atrevían a hacerle justicia, temiendo la victoria en la Península de Carlos III. Todos aguardaban con expectación el resultado de la contienda en la lejana metrópoli. No hubo con posterioridad otra ocasión como la de 1702 en la América del Sur <sup>35</sup>. Gracias a Navarro conocemos la supuesta conspiración mexicana de los austriacistas, menos conocida y menos clara que aquélla sucedida el año anterior en Venezuela. En el caso del virreinato mexicano, aparecen implicados comerciantes y personas medianas, con limitado relieve social, donde se mezclan las maledicencias y chismes con la realidad. Lo cierto es que existía un auténtico temor a un ataque a Veracruz, se rumoreaba que en Jamaica estaba anclada una armada con el propósito de desembarcar un ejército en el Golfo de México, cuya misión era levantar la tierra en favor del Archiduque don Carlos. En estas circunstancias se puede interpretar que la Real Cédula de 1704 para el reclutamiento obligatorio de hombres de armas obedecía al temor de un ataque exterior como a una rebelión interna de la población austriacista <sup>36</sup>. Igualmente se tenían ocupados a todos los

varones hábiles para así evitar tentaciones políticas en aquellos tiempos de incertidumbre.

Precisamente fue la precocidad de los sucesos venezolanos lo que alteró la tranquilidad en las Indias, tómesese en cuenta que sólo es en 1705 cuando la Guerra de Sucesión española se inicia en la Península Ibérica. Para la Corte, era un aviso de los peligros que corrían sus reinos americanos, tan lejanos, mal defendidos y mal comunicados. Gentes como don Benito de Cartagena sufrieron el que el virrey de Nueva España, Duque de Alburquerque, ordenara al oidor don Baltasar de Tovar el que abriera diligencias contra ellos, en 1705, por realizar comentarios en privado favorables a la causa de don Carlos. Con pruebas vagas y sin apenas testigos fueron sometidos a interrogatorios, prisión y persecución. Incluso el virrey, en su diligencia, intentó localizar con espías el paradero del Conde de Antería para asegurarse de que no estaba intentando una nueva expedición en las aguas mexicanas del Caribe <sup>37</sup>. Eran estos peligros los que motivaron el bando del virrey don Juan de Arteaga, en febrero de 1702, animando a los solteros que se presentaran voluntariamente a servir en Veracruz, ofreciéndoles un buen salario y su uniforme. El Duque de Alburquerque tampoco se quedó atrás, y sabedor de que el punto flaco de la defensa eran las escasas fuerzas en la costa, dotó las guarniciones de los puertos principales con 2.400 hombres que trajo consigo de España <sup>38</sup>.

La necesidad de evitar en el futuro estos desórdenes y mantener la lealtad de los vasallos indios, hizo que en 1714, el rey mandara crear la Real Armada y que tres años más tarde ordenara el nacimiento de la Compañía de Guardias Marinas, que permitió a la nobleza participar en la Marina <sup>39</sup>. Como indiqué, tras la Guerra se unificaron las distintas escuadras en la Armada Real, creándose en 1717, la Intendencia General de la Marina, confiada a Patiño. Fue éste el impulsor de la Academia de Guardiamarinas de Cádiz, institución que tenía por misión la formación de los oficiales que constituían “*el cuerpo general de la marina*” <sup>40</sup>.

Al fin y al cabo esta medida era un reflejo de la Real Cédula de 1714 que establecía que los nuevos regimientos serían “Escuelas de Nobleza”, pudiendo los hijos de los oficiales, nobles, entrar como cadetes. Todo ello adelantándose a las reales academias militares establecidas por Carlos III, años más tarde.

El ejército regular se completó con los regimientos de las llamadas milicias provinciales, un ejército de reserva en la Corona de Castilla. Pero, la Real Cédula de 1704 en realidad tenía poco de original pues Felipe V lo que hizo fue confirmar unas milicias creadas en el siglo anterior por Felipe IV. La Guerra de Sucesión también afectó a la artillería. El rey, en 1711, separó de esa arma a los ingenieros <sup>41</sup>.

#### **IV. Las ordenanzas carolinas**

Después de esta larga explicación introductoria podemos comprender que el camino hasta llegar a las ordenanzas de 1768 fue largo y rico en experiencias y aportaciones culturales. La Junta a quien se encomendó su realización estudió también los derechos militares modernos comparando y seleccionando aquello que consideró útil a la reforma jurídica militar. No sólo sirvieron los textos franceses sino el nuevo derecho militar de Prusia como fuente de inspiración, así lo cree María Guadalupe de la Fuente, a cuya tesis doctoral me remito <sup>42</sup>. Esas ordenanzas de Carlos III pretendían ser una verdadera enciclopedia militar donde se recogían vestuario, tratamiento, honores, régimen interior, táctica, leyes, reclutamiento, retribuciones, organización, servicio en campaña y otros extremos <sup>43</sup>. Como ha recordado Cepeda, las ordenanzas de 1768, tuvieron su inicio quince años antes cuando el Marqués de la Ensenada ordenó la formación de una comisión para su redacción, aunque la documentación indica que los trabajos se iniciaron en 1749. Fue, en realidad, el Conde de Revilla Gigedo quien renovó los trabajos de la Junta, como repetiremos más adelante con más detalle, componiéndola la mayor parte de los ministros que figurarían en tiempos de Pedro Abarca, Conde de Aranda. Curiosamente, se atribuye al director de los trabajos en su fase final la gloria de estas ordenanzas fechadas en San Lorenzo del Escorial, el 22 de octubre de 1768, el Conde de

Aranda, el cual tuvo a Alejandro O'Reilly tan conocedor de la milicia en Indias, a Juan Cermeño, al mariscal de campo Antonio Manso, al Marqués de Villadarias, a Martín Alvarez de Sotomayor, a Eugenio Bretón, al Conde de Gazola -primer director de la Academia de Artillería- y a Antonio de Oliver por compañeros de la Junta que dio a luz, las ordenanzas finales. A pesar de las muchas alabanzas con que se recibieron, en época de Godoy ya eran ignoradas por muchos generales. Tampoco parecen haber sido extraordinariamente originales aparte de recoger principios y de definir el honor militar <sup>44</sup>. Cuando la sanción de estas ordenanzas, el rey ya había emprendido su reforma militar con la fundación de la Academia de Artillería de Segovia en 1764, cuyas primeras ordenanzas particulares fueron publicadas cuatro años después, coincidiendo con la publicación de las ordenanzas de 1768 <sup>45</sup>. Quince años antes de su promulgación se habían comenzado los trabajos para esas ordenanzas por parte del Marqués de la Ensenada. Fue fruto del período de reorganización militar surgido después de la Paz de Aquisgrán, en tiempos de Carvajal y Ensenada, cuando hubo un cambio en la orientación política de España. Mijares ha señalado que, en cambio, la política de defensa de las Indias no tuvo reformas. Se prosiguió con la reorganización de las guarniciones de las plazas y fortificaciones de Indias. Durante los años en que Ensenada ocupó las secretarías de Guerra, Hacienda, Marina e Indias, se dedicó especial atención a la defensa indiana y a la mejora del ejército en general, trabajos que quedaron inconclusos por el destierro y caída del ministro riojano. Ya Mijares observó que las grandes reformas militares de Carlos III no se produjeron hasta después de la Paz de París de 1763. La pérdida de Manila y de La Habana, como el sentido de tregua que Francia y España dieron a dicha paz, llevó a esa reforma. Alejandro O'Reilly, inspector general de Milicias fue instruido con el Conde de Ricla, el gobernador de Cuba, a realizar la restauración del sistema defensivo de la isla después de su recuperación <sup>46</sup>. La reorganización de las fuerzas regulares y de las milicias cubanas fue uno de los éxitos de O'Reilly, su conocimiento de la defensas de Cuba, Puerto Rico y de la Luisiana, y del Caribe en general, le llevaron a formar parte de la Junta de Ordenanzas Militares que culminó los trabajos en 1768.

Debo hacer una descripción general del contenido de los ocho tratados de los que se componen las Reales Ordenanzas Militares de 1768, que divididos en dos tomos, conforman dichas ordenanzas. El tomo primero contiene tres tratados. El Tratado Primero trata sobre las fuerzas, pies y lugar de los regimientos de Infantería, Caballería y sobre el armamento; y sobre la administración y ajuste de ellos. El Tratado Segundo hace relación de las obligaciones de cada clase hasta coronel inclusive. También trataba sobre la proposición de empleo, vacantes, formalidades para la posesión, reglas de antigüedad, etc. El Tratado Tercero trata sobre el honor militar y el Tratado Cuarto, sobre la formación y manejo de armas y de la evolución de la Infantería. En el tomo segundo se encuentra el Tratado Cuarto que habla sobre la Caballería y los Dragones, en que se explican sus formaciones y maniobras, y el Tratado Sexto, que corresponde a la Guarnición, y el Séptimo, que trata sobre el Servicio en Campaña. Es en cambio, el último, el Tratado Octavo el que se titula "*De las materias de Justicia*" al que prestaremos nuestra atención <sup>47</sup>. El Tratado VIII se divide en once títulos. El Título I trata de las personas que gozan del fuero militar, de sus exenciones y preeminencias. En el artículo primero, el rey hacía la siguiente aclaración: "*Declaro, que el referido fuero pertenece à todos los militares, que actualmente sirven, y en adelante sirvieren en mis tropas regladas, ò en empleos que subsistan con actual exercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías del Exercito en campaña, ò las provincias, comprendidos en esta clase los militares que huvieren retirado del servicio, y tuvieren despacho mío, para gozar de fuero; pero con la diferencia, y distinción que se expresará succesivamente en este Título...*". Asimismo añadía a los beneficiados del fuero las tropas de Infantería y de Caballería que existían por entonces, y por crear en el futuro. Igualmente si estaban casados, sus mujeres gozaban del dicho estatuto. Y podían portar armas del mismo tipo que aquellas de guerra.

Entre los privilegios que enumera ese artículo es que se libraban los militares de prisión por deudas, y que no se podrían ejecutar por éstas, las armas, uniformes, cabalgaduras, ni vestidos, ni los de sus mujeres, a menos que la deuda sea con la Real Hacienda, tanto los alféreces como subtenientes inclusive, y todos los oficiales superiores que se hubieren retirado. Las mujeres e

hijos de los militares gozaron del fuero, los hijos hasta los dieciséis años y las hijas hasta que tomasen estado. Los criados de los militares también se beneficiaban del Fuero con excepción de delitos de deudas o delitos anteriores, todas las otras causas civiles y criminales quedaban bajo el Fuero. En las causas criminales, la justicia ordinaria sólo podía hacer la Sumaria, siendo la causa leve; debía remitirse al capitán general de la Provincia, en cuyo juzgado se sentenciaría, concediendo las apelaciones al Consejo Supremo de Guerra. En materia civil podrían juzgar, y sentenciar las justicias ordinarias, pudiendo gozar del fuero civil, los oficiales agregados a plazas, los destinados a inválidos, y los de las Milicias Provinciales Regladas.

El Título Segundo trata de los casos y delitos no incluidos en el fuero militar. Entre ellos se encuentran los delitos monetarios: las sacas de oro y plata del Reino o la entrada de moneda de vellón, al igual que la falsificación de moneda, delitos considerados gravísimos desde el punto de vista del derecho histórico castellano. Otros delitos considerados exentos del fuero militar eran los de robo, amancebamiento en la Corte, delitos contra la administración o el fisco, siempre que la aprehensión del culpado o sus propiedades se realizare por un agente público. Igualmente quedaba fuera del fuero militar particiones de herencias -a menos que se tratara de una persona que lo gozara- conocimiento sobre pleitos de bienes raíces, sucesión de mayorazgos, acciones reales, hipotecas, acciones personales que derivasen de trato y negocio, y sobre oficio y encargo público en que se involucrara el militar. También quedaban fuera de la jurisdicción del fuero, los delitos capitales cometidos antes de entrar en servicio del rey. Debiéndose entregar a los encausados a la jurisdicción ordinaria cuando se los reclamare para su enjuiciamiento y sentencia. El Título Tercero, que trata sobre casos y delitos en que la jurisdicción militar conoce de reos independientes a ella, en su artículo primero, hace referencia a un delito muy grave del que hemos hablado con anterioridad -el de la deserción-. En ese artículo se regla que todos aquellos que hayan sido cómplices o que de alguna manera hayan auxiliado de alguna forma al desertor quedaban bajo la jurisdicción militar, no importa su sexo, calidad ni condición.. Igualmente se reglaba que todos los delitos relacionados con incendios de cuarteles, almacenes y edificios reales militares, robos o vejaciones en tales sitios, o espionaje, insulto de centinelas, salvaguardias, o conjuras contra el comandante militar, oficiales o tropa, en cualquier modo o intento, serían juzgados y sentenciados por tribunales militares. El quinto epígrafe de ese artículo primero también es importante, declara que mientras un regimiento o batallón fuere destinado a servir en la Armada, desde el día de su toma de posesión de destino hasta el día en que cese, se encontrarán bajo la jurisdicción de la Marina. Y por la misma regla, la tropa de la Marina que sirviere en tierra dependerá de la jurisdicción militar.

El Título Cuarto trata sobre las causas cuyo conocimiento correspondía a los capitanes generales de las provincias. En su artículo primero se declaraba que todos los oficiales, de cualquier clase que sean, estaban sometidos a la autoridad de los capitanes generales de las provincias, donde estuvieran destinados, sea en materia civil, criminal, en delitos comunes ajenos al servicio, con excepción de los cuerpos privilegiados que tuvieran juzgados particulares. Para ello debían tener el parecer del auditor o asesor de guerra, quien era el responsable de sustanciar las causas en virtud de un decreto del comandante general. Si no hubiera auditor en la plaza o distrito, el gobernador o capitán general debía nombrar el personal legal que le sirviera de asesor para formar las sumarias -tratándose de oficiales- hasta tenientes coroneles. Las sentencias de los capitanes generales se podían recurrir, si era oficial el encausado, tanto en materia civil como criminal, ante el Consejo de Guerra, donde se determinaba su última instancia. Cuando existieran dudas o los procesos procedieran del Consejo General de Guerra y las sentencias contra oficiales que debieran consultarse antes de su ejecución, los capitanes generales debían elevarlos al rey por vía reservada del secretario del despacho de la Guerra, con el parecer del auditor.

El Título Quinto versa sobre el Consejo de Guerra Ordinario. La razón de su existencia viene justificada en su artículo primero por la búsqueda de la obediencia. Dice éste: *“Para que las tropas, y disciplina militar, que conviene al decoro, y estimación de su destino: ordeno, que por todo crimen, que no sea de los exceptuados, en que no vale el fuero militar, sea el Individuo que lo cometa, (desde sargento inclusive abaxo) juzgado por el Consejo de Guerra, que tengo concedida facultad de formaro para estos casos a los Regimientos destos mis Exercitos, así de*

*Infantería, como de Caballería, y Dragones, (bien sean españoles, ò Estrangeros) para todos los delitos que señala esta Ordenanza; y en los que por estraños no se trata, ha de observar el Consejo las formalidades, que para el acierto de su juicio, y su sentencia prescribe este Tratado...".* En el artículo primero, epígrafe 3, se señalaba que también los cadetes serán juzgados por el Consejo de Guerra cuando hubieran manifestado inobediencia, insubordinación, y crímenes graves, imponiéndoles a las mismas penas que el soldado, según su calidad. Y en el epígrafe 5 se señalaba que cuando sargentos, cabos, cadetes o soldados de Infantería, Caballería o Dragones hubieran cometido un delito de aquéllos que tenía jurisdicción y competencia el Consejo de Guerra debían ser arrestados mando ordenando el coronel o comandante al sargento mayor que ordenare Memorial, y que si el comandante militar de aquel distrito se hallare en el cuartel donde se encontraba el acusado debía ser éste a quien se presentare el Memorial con los cargos. El epígrafe 7 señala su contenido: *"Las voces del memorial deben reducirse à la relación de haverse preso a N. N. Soldado de tal Compañía, y Regimiento por tal delito, de que está acusado"*. Se concluía con la petición de permiso para hacer las informaciones contra él, interrogarle y ponerle en Consejo de Guerra para ser juzgado conforme a las ordenanzas del rey. Igualmente, varios epígrafes adelante se señala que en caso de dar tormento al inculpado el sargento mayor debe estar siempre presente. Es en este título donde se pone de relieve la importancia de los sargentos mayores en el ejército borbónico. El Tercer Jefe se convertía en la autoridad articuladora de la tropa española bajo el comandante militar. Ya durante los trabajos de la Junta para la Nueva Ordenanza, a comienzos de 1764, cuando ésta estaba compuesta por el Conde de Revilla Gigedo -tan unido a México-; el Marqués de Sarriá; el Marqués de Villadarias; el Duque de Bouronville; el Conde de Gazola -fundador de la Real Academia de Artillería de Segovia-; el Marqués de Cevallos; Carlos María de la Riva Agüero; Antonio Manso; don Domingo Bernardi; Maximiliano de la Croix; el Marqués de Casa Tremanes, Francisco Antonio Ibarrola, y el secretario Nicolás de Labarre, discutieron las características del sargento mayor, su empleo y elección y las cualidades que debía tener. En un escrito fechado en Madrid a 10 de enero de 1764, la Junta de Ordenanzas Militares se dirigía al rey expresando que si se reputaba al sargento mayor como Tercer Jefe, tal como el rey había expresado en el Reglamento de Caballería del 14 de mayo de 1763, y por el Reglamento de Infantería del 22 de septiembre de 1763, no se debía contentar con el criterio de antigüedad para su elección como se había realizado hasta entonces sino apreciando la inclinación y disposición para tal rango militar. Escribían al rey que: *"Para el empleo de sargento mayor, se requieren las circunstancias de una particular inteligencia en la disciplina militar con exacta conocimiento del mecanismo para el gobierno, y entretenimiento de la tropa, una conducta acreditada para la distribución de intereses, la práctica en cuentas, y manejo de papeles, una edad y robustez capaz de tolerar esta especie de fatigas, y después de todo, lo genial a este empleo, sin lo que, no podrá desempeñar sus obligaciones. En los Regimientos ha havido muchos ayudantes mayores, cuya aptitud, y relevantes qualidades los han hecho acreedores al que sus coroneles les hayan solicitado el grado de capitanes, para hacerlos luego sargentos mayores, como igualmente los ay, oy, y si estos han de ser terceros Gefes, quan sensible será a los capitanes que con antigüedad, y acreditados méritos, por no haver seguido la carrera de Estado Mayor, o preferido a ella la de Granaderos, se vean perder el Ascenso del mando que le correspondía. La Junta reconoce que el ser terceros Gefes los sargentos mayores, es un estímulo grande á la aplicación de la oficialidad pero también advierte que como es un empleo genial no será defecto en el que no lo tenga para privarle del ascenso que por otras circunstancias merezca"*

<sup>48</sup>. Hasta entonces la oficialidad estaba en manos de la nobleza y primaba el criterio de antigüedad para su promoción. Los sargentos de Infantería, Caballería y Dragones ya fueron utilizados por la Corona como eje de sus reformas militares en las Reales Ordenanzas de 1728 <sup>49</sup>. Como ha señalado Salas, este cambio de criterios, que no sólo se ve cuando la promoción de los oficiales, es una de las aportaciones novedosas de las ordenanzas carolinias de 1768: el que los privilegios de la sangre ceden ante el cumplimiento del deber, la experiencia y los dotes naturales de los individuos. Pero el rey no se atrevió a cambiar la normativa para el ingreso en el Ejército y siguió valorando, especialmente, la "unidad de procedencia", virtud que la nobleza reconocía como característica de su estamento, formula que conseguía la cohesión social de los

oficiales<sup>50</sup>. Por lo tanto, las ordenanzas no significaron una revolución en este sentido pues los mandos siguieron perteneciendo al cerrado estamento nobiliario.

El Título Quinto, artículo primero, epígrafe 6, de las ordenanzas de 1768, indica que si el sargento mayor se encontrare mandando el cuerpo, “*formará y presentará el memorial el Ayudante Mayor, en quien recaigan sus funciones*”, y en el epígrafe 8 se ordena que: “*Si el Regimiento se hallare en el Exército, el Sargento Mayor presentará memorial à su Coronel, ò Comandante, pidiendo el permiso referido...*”. Según el epígrafe 9, el sargento mayor debía nombrar al soldado, cabo o sargento que ejerciera de escribano, poniendo a la cabeza del proceso el nombramiento. En el epígrafe siguiente se hace responsable al sargento mayor, con el escribano, a formar el proceso contra el reo, poniendo por cabeza el memorial presentado y decretado del gobernador o comandante militar, redactándolo “*siempre en Idioma Español, aunque el Cuerpo, ò Reo, sean Estrangeros, en cuyo caso deberá asistir Intérprete à las declaraciones que se tomen, y firmará que la traducción es legal, precediendo juramento, y insertándolo por diligencia*”.

El sargento mayor dirigía el interrogatorio y lo mandaba poner por escrito, leyendo las respuestas al final de éste al acusado. Pidiendo que lo firme y si no supiere que pusiere una cruz, firmando junto al acusado el sargento mayor que formó el proceso y el escribano. Previamente había tomado juramento a los testigos llamados a comparecer haciéndoles levantar la mano derecha, y tomándoles juramento con la siguiente fórmula: “*Jurais à Dios, y prometeis al Rey decir verdad sobre el punto de que os voy à interrogar?*”<sup>51</sup>. El sargento mayor, según las ordenanzas tendrá cuidado en las formas del trato con sus subordinados, no sólo con sus superiores. Dice Salas que las ordenanzas establecen una barrera de trato, éstas le mandaban: “*deberá ser distante, sostenido y decente*”. Daría todos el “*usted*”, y nunca permitiría familiaridades, ni las daría, que pudieran ofender a la subordinación. Debía ser exacto en el servicio y se haría “*obedecer y respetar*”<sup>52</sup>. El sargento Mayor debía tener un comportamiento intachable y servir de modelo a la tropa.

Podemos hablar de una multitud de fines buscados en esta normativa de 1768. Tales ordenanzas difícilmente pueden comprenderse si no hubiera habido una larga trayectoria de creación de un derecho militar nuevo desde la Guerra de Sucesión, en que se partió con la visión tradicional de los reinos y señoríos, pues muchas de las medidas recogidas en sus leyes obedecen más a conservar el orden público que a verdaderamente mantener la disciplina interior del Ejército. El extender los delitos que pueden ser juzgados por los tribunales militares obedecía a tal fin expresado.

Cabe recordar que el fuero militar en tiempos de don Carlos III se dividía en dos: en fuero privilegiado y fuero ordinario. El primero afectaba a cuerpos como Artillería, Ingenieros, Milicia Provincial y otras armas, y, el segundo a la mayor parte del Ejército<sup>53</sup>. El Título Octavo trata sobre el Auditor General de un Ejército en campaña, y de aquellos de las provincias. El Título Noveno consideraba las formalidades necesarias para la degradación de un oficial delincuente. El Décimo a los “*Crímenes militares y las penas que les corresponden*”, y el Onceno se dedicó al Testamento militar. Sólo quiero añadir que los delitos recogidos en las ordenanzas se diferencian poco de aquéllos descritos en las ordenanzas militares de comienzos del XVI. A veces se ven penas mitigadas como la amputación de la mano en caso de robo, pena que sólo se destinó en las ordenanzas de 1768 a aquellos que maltrataran de obra a un oficial<sup>54</sup>. Esta es una de las aportaciones que hizo la nueva sensibilidad de la Ilustración, sustituyendo la pena de muerte con la mutilación ante uno de los peores delitos militares por atentar contra el orden, obediencia y respeto de los subordinados a sus oficiales, que al fin y al cabo representaban al rey, en la cadena militar.

## V. A manera de conclusión

El desarrollo del fuero militar hispano está unido al de la historia de las ordenanzas militares y de los conflictos internacionales, que muchas veces, las motivaron. También existe

una relación directa con las reformas de carácter fiscal y de la administración de Hacienda, los exiguos recursos que estaban destinados a la defensa de la monarquía obligaban a un trato privilegiado para los hombres que dedicaban su vida a ese fin, al igual que a sus familiares, los cuales, de otra manera hubieran quedado desamparados ante la sociedad y el Estado. El dedicar una vida al servicio de la Corona, arriesgando constantemente la suya, muchas veces, en mares y tierras remotas, obligaba a la erección de una jurisdicción judicial especial y al de un ordenamiento igualmente privilegiado.

Otra conclusión de este trabajo de investigación es que las fuentes del fuero militar español no se reducen ni a una traducción del conjunto de ordenanzas y reglamentos militares de la Francia del siglo XVIII, ni a las ordenanzas militares creadas durante el reinado de Carlos III., exclusivamente. Se trata de un conjunto de normas que fueron establecidas durante siglos, producto tanto de la costumbre como de la legislación formulada para conflictos bélicos específicos. Es finalmente, el buen sentido gobernante de Carlos III el que encarga a una junta - en la cual se encontraban representados los más aprovechados consejeros militares del rey- el realizar los trabajos para unas ordenanzas que sustituyan al mar de reales provisiones, cédulas y otros mandamientos que de una forma desordenada y, a veces incompleta estaba recogida en las Reales Recopilaciones. Junta que tras quince años de trabajos ofreció las ordenanzas militares de 1768. Estas eran unas ordenanzas con vocación de permanencia y de generalidad para toda la monarquía hispana y, cuya influencia se extendió en todo el siglo siguiente en muchos de los ordenamientos militares de los nuevos estados de la América hispana <sup>55</sup>. El fuero militar se convirtió en un instrumento para el control social, la dedicación del ejército a una actividad policial, que hasta el siglo XVIII no era de su competencia, por medio de los comandantes militares y de una vertebración jerárquica interna de las armas. Mas sería mezquino olvidar que tal tendencia se veía justificada por la doctrina política imperante del Despotismo Ilustrado, que era la “modernidad” política de la Europa de la época. Sin un ejército disciplinado y obediente no podía sobrevivir la monarquía, como se observará años más tarde.

## VI. Bibliografía

- ALBAREDA, Joaquim, *Felipe V y el triunfo del absolutismo. Cataluña en un conflicto europeo (1700-1714)*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2002.
- ALONSO MOLINERO, Antonio, “La profesión militar y las Sabias Ordenanzas de Carlos III” en *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos*, Lex Nova, Valladolid, 1999.
- ALVARADO PLANAS, Javier, “Las juntas para la reforma de las leyes y administración ultramarinas en el siglo XIX”, en *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas*, coordinador Feliciano Barrios Pintado, I Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002
- ANDÚJAR CASTILLO, Francisco, “Capitanes generales y capitanías generales en el siglo XVIII” en *Ejércitos en la Edad Moderna. Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, 22, Alicante, 2004.
- Consejo y consejeros de Guerra en el siglo XVIII, Madrid.
- AZCÁRRAGA Y DE BUSTAMANTE, José Luis de, *El Corso Marítimo*, CSIC, Madrid, 1950.
- BLANCO VALDÉS, Roberto, *Rey, cortes y Fuerzas Armadas en los orígenes de la España liberal 1808-1823*, Institució Valenciana de Estudis i Investigació, Siglo XXI, de España Editores, Madrid, 1988.
- BORGES, Analola, *La casas de Austria en Venezuela durante la Guerra de Sucesión española (1702-1715)*, Salzburgo-Tenerife, 1963.
- CEPEDA GÓMEZ, José, “Carlos III - (1759-1788) ”, en *Historia de España en la Edad Moderna*, Alfredo Floristán (coord.), Ariel, Barcelona, 2004.
- CHAUCA GARCÍA, Jorge, “Los ‘otros’ militares: desertores en la América meridional

española del siglo XVIII”, en *Ejércitos en la Edad Moderna...* cit..

CHÁVEZ MARÍN, Gral. Clever A., “El Ejército Borbónico de la Nueva España”, en *Memoria del Primer Simposium Internacional de Historia Militar de México. Asociación Internacional de Historia Militar*, Guadalajara, México, 2001.

CRUZ BARNEY, Oscar, “Las Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos de 1768 en el México Independiente”, en *Actas de Derecho Indiano, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003.

ESCUADERO, José Antonio, *Manual de historia del derecho español. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 30ª ed. revisada, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ CAMPO, Sabino, “Las Reales Ordenanzas y la Obediencia Debida”, en *Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de...* cit..

FERNÁNDEZ MALDONADO, Emilio, *El sargento español en el Siglo de las Luces*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1999.

FUENTE SALIDO, María Guadalupe Lourdes de la, *El arte militar en la Nueva España 1762-1808*, UNAM, México, 2005.

GIMÉNEZ LÓPEZ, Enrique, “Marte y Astrea en la Corona de Aragón. La preeminencia de los capitanes generales sobre los togados en los primeros años de la Nueva Planta”, en *Ejércitos en la Edad Moderna...* cit., Alicante, 2004.

GONZÁLEZ DIEZ, Emiliano, “Una ordenación jurídica del Ejército Real: las Ordenanzas Generales de los Ejércitos de Carlos III”, en *Ordenanzas de S.M. ...* cit..

KAMEN, Henry, *La Guerra de Sucesión en España 1700-1715*, Ediciones Grijalbo, Barcelona, 1974.

- *El Gran Duque de Alba. Soldado de la España Imperial*, La Esfera de los Libros S.L., Madrid, 2004.

LEVAGGI, Abelardo, “La aplicación del fuero militar en el Virreinato del Río de la Plata”, en *Poder y presión fiscal en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII)*, VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Cooperación Iberoamericana - Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986.

MCALISTER, Lyle, *The fuero militar in New Spain 1764-1800*, University of Florida Press, Gainesville, 1957. Obra que fue traducida por José Luis Soberanes al español con el título de: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, Universidad Autónoma de México, México, 1982.

MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, “La eclosión de la historia militar”, en *Studia Historica, Historia Moderna - Historia Militar*, 25 ed., Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.

- “El largo ocaso del ejército español de la Ilustración. Reflexiones en torno a una secuencia temporal”, en *Ejércitos en la Edad Moderna...* cit..

MATHES, Miguel, “Aspectos no tradicionales de los ejércitos en la Nueva España bajo la Casa de Austria”, en *Memoria del Primer Simposium...* cit..

MIJARES PÉREZ, Lucio, “El sistema defensivo indiano en el siglo XVIII”, en *Documentos Indianos en Simancas*. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

MOLAS RIBALTA, Pere, *La Audiencia Borbónica del Reino de Valencia (1701-1834)*, publicaciones de la Universidad de la Universidad de Alicante, Alicante, 1999.

- “El Estado borbónico”, en *Historia de España en la Edad Moderna...* cit..

NAVARRO GARCÍA, Luis, *Conspiración en México durante el gobierno del Virrey Alburquerque*, Casa-Museo de Colón, Seminario Americanista de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1982.

PALMA GONZÁLEZ, Eric Eduardo, “Breves notas sobre la evolución del fuero militar en España y Chile: siglos XIII-XX”, en *Homenaje al Dr. Manuel Ballesteros Gaibrois*, Academia Puertorriqueña de la Historia, San Juan de Puerto Rico, (en prensa).

PARKER, Geoffrey, *El ejército de Flandes y el Camino Español 1567-1659*, Alianza

Editorial, Madrid, 1985.

- *España y los Países Bajos 1559-1659*, Ediciones Rialp, Madrid, 1986.

PEGO MÉNDEZ, Francisco, *Fuero militar. Breves nociones ordenadas con arreglo al programa para la oposición del cuerpo jurídico militar*, La Coruña, 1896.

RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS, III y IV, Madrid, 1681, edición facsimilar de Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1973.

SALAS LÓPEZ, Fernando de, *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*, Mapfre, Madrid, 1992.

SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Sobre el origen medieval del requerimiento indiano”, en *Iacobvs, Revista de Estudios Jacobeos y Medievales*, 13-14, Sahagún, 2002.

TERRÓN PONCE, José Luis, *Ejército y política en la España de Carlos III*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1997.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de historia del derecho español*, 40ª ed., 30ª reimp., Tecnos, Madrid, 1988.

\* Universidad de Valladolid

<sup>1</sup> Quiero agradecer al teniente coronel Víctor Esteban Verástegui, director de Estudios de la Academia de Artillería de Segovia, a doña Isabel Aguirre, archivera del Archivo General de Simancas y al general Clever Chávez por su apoyo y consejos para la realización de la presente investigación científica. Igualmente quiero dejar testimonio del estímulo que recibí del Dr. Eric Eduardo Palma González, para que iniciara el estudio del derecho militar hispano, ya desde hace más de cinco años. Quiero advertir al lector que el espacio temporal de este trabajo se extiende hasta 1768, año de la publicación de las famosas ordenanzas carolinas.

<sup>2</sup> Por ejemplo, la obra de KUETHE, Alan, *The Military Reform and society in New Granada, 1773-1808*, Gainesville, 1978; de ARCHER, Christon, *The Army in Bourbon Mexico 1760-1810*, Albuquerque, 1977; o el libro de CAMPBELL, León G., *The Military and Society in Colonial Peru, 1710-1810*, Filadelfia, 1978. También es necesario reseñar el artículo de MIJARES PÉREZ, “La organización de las milicias venezolanas en la segunda mitad del siglo XVIII”, en *Memoria del Tercer Congreso Venezolano de Historia*, II, Caracas, 1979. Sólo existen dos obras de contenido general sobre el derecho militar histórico hispano que hayan sido escritas en las últimas décadas, se trata del libro de SUÁREZ, Santiago Gerardo, *El ordenamiento militar en Indias*, publicado en Caracas en 1971; y de la obra más reciente de SALAS, Fernando de, *Ordenanzas militares en España e Hispanoamérica*, publicada en Madrid, en 1992.

<sup>3</sup> MCALISTER, Lyle, *The fuero militar in New Spain 1764-1800*, University of Florida Press, Gainesville, 1957. Dicha obra fue traducida por José Luis Soberanes al español, titulándose: *El fuero militar en la Nueva España (1764-1800)*, Universidad Autónoma de México, México, 1982. Utilizaremos la traducción castellana de aquí en adelante -a menos que se indique expresamente lo contrario-.

<sup>4</sup> Idem, p. 17.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Un precedente antiguo fueron las *Disposiciones* que dio el cardenal Cisneros a la gente de guerra en 1516, cuando asumió la Regencia del reino de Castilla a raíz de la muerte del Rey Católico [ALONSO MOLINERO, “La profesión militar...”, p. 13].

<sup>7</sup> PEGO MÉNDEZ, *Fuero militar*, ps. 8-9.

<sup>8</sup> Idem, p. 9.

<sup>9</sup> Desde 1536 eran conocidos los regimientos o tercios, los cuales se componían de diez compañías al mando de un maestre de campo o mariscal [KAMEN, *El Gran Duque de Alba*, ps. 138-139].

<sup>10</sup> SALAS LÓPEZ, *Ordenanzas militares*, ps. 46-49.

<sup>11</sup> PARKER, Geoffrey, ha estudiado esa realidad en el capítulo que tituló: “Motines y descontento en el ejército español, 1572-1607”, en *España y los Países Bajos*, ps. 144-166. Igualmente, véase de PARKER (1985), ps. 231-254. Los amotinados se organizaban con un jefe que elegían de entre ellos y que llamaban “*electo*”, el cual era asistido por tres o cinco “*consejeros*” y por “*comisarios*” para ejecutar sus órdenes. Además, el *electo* contaba con un sargento mayor y dos ayudantes para la infantería, un gobernador para la caballería, un capellán mayor, uno o más secretarios y un tesorero. Las órdenes de sus autoridades tenían que ser obedecidas ciegamente so pena de muerte.

<sup>12</sup> Otras veces, y debido a los impagos y dilaciones de las pagas, estos profesionales de la guerra, que muchas veces pertenecían a otras naciones no españolas (valones, milaneses, e incluso otras que no eran vasallos como los irlandeses, alemanes, etc.), decidían desertar para ofrecer sus personas a otros príncipes. En el siglo XVI todos los reinos y señoríos europeos consideraban la desertión como digna de la pena máxima, pues se trataba de una manifestación del delito de traición. La desertión llegó a castigarse unas veces, con sólo tres latigazos de castigo cuando se consideraba un despilfarro de vidas y, por lo tanto, un deservicio al rey, y otras, con la muerte, en ejecuciones públicas, celebradas en distintas ocasiones en el Flandes español del siglo de Felipe II [PARKER (1985),

ps. 260-265]. Cabe también comentar que la pena era ejecutada por la justicia ordinaria en muchos casos.

<sup>13</sup> SALAS, *Ordenanzas...* cit., ps. 28-29.

<sup>14</sup> El problema de los desertores se extendió hasta el final del dominio español en el Nuevo Mundo; es muy ilustrativo el artículo de CHAUCA, “Los ‘otros’ militares: desertores en la América meridional española del siglo XVIII.”, citado en la bibliografía general. Al estar familiarizado con las gobernaciones antillanas, conozco la importancia del elemento desertor en el campo ya desde el siglo XVI.

<sup>15</sup> Para una síntesis del desarrollo de la organización militar hispana en las Indias en los siglos XVI y XVII, véase el trabajo del Dr. Miguel MATHES de 2001.

<sup>16</sup> Por ejemplo, no se ha tenido en cuenta el que los usos y costumbres de guerra islámicos informaron al derecho militar medieval castellano alcanzando muchas instituciones a desarrollarse en la Edad Moderna [SZÁSZDI, “Sobre el origen medieval del Requerimiento...”, ps. 119-120].

<sup>17</sup> SALAS LÓPEZ, *Ordenanzas...* cit., p. 50.

<sup>18</sup> ALVARADO, “Las juntas para la reforma de las leyes...”, ps. 110-111.

<sup>19</sup> Otros como Alonso Molinero o González Diez, olvidan las especialidades indianas y silencian la Recopilación de las Leyes de Indias como fuente de derecho militar.

<sup>20</sup> RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE INDIAS, IV, ps. 240-241.

<sup>21</sup> MCALISTER, *El fuero militar...* cit., ps. 22-23.

<sup>22</sup> Recordemos el testamento militar de Cristóbal Colón, distinto al de Valladolid de 1506.

<sup>23</sup> He visto documentación tanto en archivos públicos, como en almoneda, de documentación relativa a los hijos menores de militares difuntos en Flandes, relativa a la tutela y al derecho sucesorio firmada por los propios capitanes.

<sup>24</sup> ESCUDERO, *Curso...*, p. 811.

<sup>25</sup> MOLAS, “El Estado borbónico”, p. 573.

<sup>26</sup> KAMEN, *La Guerra de Sucesión...*, ps. 59-61.

<sup>27</sup> A Patiño y al Marqués de la Ensenada se debe la refundación de la Armada de España en el siglo XVIII..

<sup>28</sup> MOLAS, “El Estado...” cit., ps. 574-575; CHÁVEZ, “El ejército borbónico...” cit., p. 69.

<sup>29</sup> KAMEN, *La Guerra de ...* cit., ps. 61-63.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 61. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual...* cit., ps. 371-373.

<sup>31</sup> Militarización que se intensificó en el reinado de Carlos III. [ANDÚJAR CASTILLO, “Capitanes generales...”, p. 313]. Para la militarización después de los decretos de Nueva Planta, consúltese a GIMÉNEZ LÓPEZ, “Marte y Astrea...”, ps. 251-290.

<sup>32</sup> Gozaban del Fuero los hijos varones menores de edad, las hijas hasta que se casaren, las esposas y las viudas de militares, además de los criados.

<sup>33</sup> PALMA, A, “Breves notas”; BLANCO, *Rey, cortes y Fuerzas Armadas*, p. 6.

<sup>34</sup> CHÁVEZ, “El ejército borbónico en Nueva España”, p. 69.

<sup>35</sup> BORGES, *La Casa de Austria en Venezuela...*, ps. 81-85; NAVARRO, *Conspiración en México*, ps. 16-19. La Real Cédula de 1704 preveía la creación de cien regimientos sólo en Castilla y la participación de la nobleza en la oficialidad militar [ESCUDERO, *Curso...*, p. 809].

<sup>36</sup> No era un temor descabellado cuando incluso en la pasiva y obediente Castilla la Vieja hubo brotes de austriacismo, como el protagonizado por el obispo de Segovia y buena parte de la nobleza de esa antigua ciudad castellana, próxima a Madrid.

<sup>37</sup> NAVARRO, *Conspiración en México...* cit., ps. 21-28.

<sup>38</sup> CHÁVEZ, “El ejército borbónico...” cit., p. 70.

<sup>39</sup> ESCUDERO, *Curso...*, p. 811.

<sup>40</sup> MOLAS, «El estado ...» cit., ps. 574-575.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 574.

<sup>42</sup> FUENTE SALCEDO, María Guadalupe, *El arte militar en la Nueva España 1762-1808*, UNAM, México, 2005.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ CAMPOS, “Las Reales Ordenanzas...”, p. 25.

<sup>44</sup> CEPEDA, “Carlos III (1759-1788)”, ps. 624-625; ANDÚJAR CASTILLO, *Consejo y consejeros de guerra*, ps. 169-288. Mis trabajos en Simancas me permiten atribuir a Revilla Gigedo, la mayor responsabilidad en la dirección de las nuevas ordenanzas. Incluso dejó un proyecto de ordenanza que demuestra esa paternidad. Este Proyecto se encuentra en el Archivo de Simancas, Secretaría de Guerra, legajo 4239, y se limita a los Títulos IV y V de las ordenanzas definitivas. El proyecto de estos dos títulos ha sido registrado en *Documentos indianos en Simancas*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991. Son 65 folios escritos por ambas caras. El proyecto de los dos títulos está fechado el 31 de octubre de 1764, y firmado por el conde de Revilla Gigedo, Marqués de Sarria, Marqués de Cevallos, Antonio Manso y Nicolás de Labarre.

<sup>45</sup> Fueron publicadas en casa de Joachim Ibarra en Madrid, con el título de *Ordenanza de S. M. para el Real Colegio Militar de Caballeros Cadetes de Segovia*, en 1768. Precisamente, la mejora en la educación de los oficiales fue uno de los fines buscados en las dichas ordenanzas militares de dicho año. No es casualidad el que coincidiera su

publicación con la de aquéllas para la Real Academia de Artillería, era parte de una reforma conjunta que se habría de sentir en todas las armas.

<sup>46</sup> MIJARES, “El sistema defensivo indiano...”, ps. 78-80.

<sup>47</sup> *Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos.*

<sup>48</sup> AGS. Secretaría de Guerra , 4239.

<sup>49</sup> El mejor estudio del sargento es obra de Fernández Maldonado, *El Sargento Español en el Siglo de las Luces.* ps. 115-128.

<sup>50</sup> SALAS, *Ordenanzas militares...* cit., ps. 82-84.

<sup>51</sup> Tratado VIII, Título V, arts. 1-17 y 1-18.

<sup>52</sup> SALAS, *Ordenanzas militares...* cit., p. 95.

<sup>53</sup> MCALISTER, *El fuero militar...* cit., p. 23.

<sup>54</sup> SALAS, *Ordenanzas militares...* cit., p. 101.

<sup>55</sup> Para el caso mexicano, véase de CRUZ, *Las Ordenanzas de S. M. para el régimen...*, ps. 617-658.

## NOTAS

## RESURGIMIENTO DE UN ANTECEDENTE PRESTIGIOSO

Haydeé Beatriz BERNHARDT CLAUDE DE BETTERLE \*

Una gran parte del Reglamento Provisorio de la Provincia de Córdoba de 1821, tiene su fuente en el Reglamento provisorio dictado por el Congreso de Tucumán para las Provincias Unidas de Sudamérica del 3 de diciembre de 1817.

Señalaré las principales coincidencias existentes entre el Reglamento de 1817 y el Reglamento de 1821. El uso de términos y frases comunes son el testimonio irrefrenable de la influencia del Reglamento de 1817 sobre el texto del Reglamento de 1821.

En primer término transcribiré párrafos o artículos del Reglamento de 1817 para luego transcribir los artículos del Reglamento de 1821 y así se pueda verificar la influencia que existe entre estos dos reglamentos:

### **Reglamento de 1817**

#### *Sección I*

#### *Del Hombre en sociedad*

#### *Capítulo I*

#### *De los derechos que competen a todos los habitantes del Estado*

**Art. 1º.-** Los derechos de los habitantes del Estado son la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad.

**Art. 2º.-** El primero tiene un concepto tan uniforme entre todos que no muestra más explicación. El Segundo, resulta de la buena opinión que cada uno se labra para con los demás por la integridad y rectitud de sus procedimientos. El Tercero, es la facultad de obrar cada uno a su arbitrio, siempre que no viole las leyes, ni dañe los derechos de otro. El cuarto, consiste en que la ley bien sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos, y favorece igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos. El quinto, es el derecho de gozar de sus bienes, rentas y productos. El sexto, es la garantía que concede el Estado a cada uno, para que no se viole la posesión de sus derechos, sin que primero se verifiquen aquellas condiciones que están señaladas por la ley para perderla.

**Art. 3°.-** Todo habitante del Estado, sea americano o extranjero, sea ciudadano o no, tendrá el goce de estos derechos.

## **Reglamento de 1821**

### *Capítulo II*

#### *Derechos que competen al hombre en sociedad*

**Art. 1°.-** Los derechos del hombre en Sociedad, son, la vida, la honra, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad: el primero tiene un concepto tan claro, tan inequívoco y uniforme que no ha menester otras explicaciones; el segundo resulta de la buena opinión que cada uno se adquiere por la integridad y rectitud de sus procedimientos, llenando todos los deberes de un hombre de bien y de un buen ciudadano; la libertad es la facultad de hacer todo lo que no daña a los derechos de otros individuos, ni al cuerpo de la Sociedad: su justo y honesto ejercicio consiste en la fiel observancia de la ley, de otro modo, será arbitraria y destructiva de la misma libertad. La igualdad consiste en que la ley sea una misma para todos los ciudadanos, sea que castigue o que proteja. La propiedad es el derecho que cada uno tiene de gozar y disponer los bienes que haya adquirido con su trabajo e industria. La seguridad existe en la garantía y protección, que da la Sociedad a cada uno de sus miembros para que no se viole la posesión de sus derechos, sin que primero se verifiquen aquellas condiciones que están señaladas por la ley para perderla.

**Art. 2°.-** Todo hombre gozará de estos derechos en el territorio del Estado, sea o no ciudadano, sea Americano, o extranjero.

## **Reglamento de 1817**

### *Capítulo II*

#### *De la religión de Estado*

**Art. 1°.-** La religión Católica, Apostólica, Romana, es la religión del Estado.

**Art. 2°.-** Todo hombre debe respetar el culto público y la Religión santa del Estado, la infracción de este artículo, será mirada como una violación de las leyes fundamentales del País.

## **Reglamento de 1821**

### *Capítulo V*

#### *De la religión*

**Art. 1°.-** La religión Católica, Apostólica, Romana es la religión del Estado...

**Art. 2°.-** Todo hombre deberá respetar el culto público y la Religión Santa del Estado. La infracción a este artículo, será mirada y castigada como una violación de las leyes fundamentales del Estado.

## **Reglamento de 1817**

### *Capítulo III*

#### *De la ciudadanía*

**Art. 3°.-** Todo hombre libre, siempre que haya nacido, y resida en el territorio del Estado, es Ciudadano; pero no entrará en el ejercicio de este derecho hasta que haya cumplido veinticinco años de edad, o sea emancipado.

**Art. 4°.-** Todo extranjero de la misma edad, que se haya establecido en el país con ánimo de fijar en él su domicilio, y habiendo permanecido por espacio de cuatro años, se haya hecho propietario de algún fondo al menos de cuatro mil pesos, o en su defecto ejerza arte u oficio útil al país, gozará de sufragio activo en las Asambleas cívicas, con tal que sepa leer y escribir.

## **Reglamento de 1821**

### *Sección Tercera*

#### *Capítulo VI*

#### *De la ciudadanía*

**Art. 1°.-** Todo hombre libre, siempre que haya nacido y resida en el territorio del Estado, es ciudadano pero no entrará en el goce y ejercicio de este derecho hasta que haya cumplido veinticinco años de edad, o sea emancipado; y a más reúna las calidades de sus respectivos lugares se expresarán en este Reglamento <sup>ii</sup>.

**Art. 2°.-** Todo extranjero de la misma edad que se establezca en el país con ánimo de fijar en él su domicilio y habiendo permanecido por espacio de cuatro años, se haya hecho propietario de un fondo de al menos de dos mil pesos o en su defecto ejerza arte oficio útil, gozará de sufragio activo en las Asambleas Cívicas con tal que sepa leer y escribir.

## **Reglamento de 1817**

**Art. 5°.-** A los diez años de residencia tendrá voto pasivo y podrá ser elegido para los empleos de la república más no para los de gobierno; para gozar de ambos sufragios debe renunciar antes toda otra ciudadanía.

## **Reglamento de 1821**

**Art. 3°.-** A los diez años de residencia <sup>iii</sup> tendrá voto pasivo para los empleos de la República, mas no para los de Gobierno.

**Art. 4°.-** Para gozar de ambos sufragios debe renunciar antes toda otra ciudadanía.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 6°.-** Ningún Español europeo podrá disfrutar del sufragio activo o pasivo, mientras la independencia de estas Provincias no sea reconocida por el gobierno de España.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 6°.-** Ningún Español Europeo, podrá disfrutar de sufragio activo o pasivo, mientras la independencia de estos Estados no sea reconocida por el Gobierno de España.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 7°.-** Los españoles de esta clase decididos por la libertad del Estado, y que hayan hecho servicio distinguidos a la causa del país, gozarán de la ciudadanía, obteniendo antes la correspondiente carta.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 7°.-** Los españoles de esta clase decididos por la libertad y que hayan hecho servicios distinguidos a la causa del País, gozarán de la ciudadanía, obteniendo antes, la correspondiente carta.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 8°.-** Los nacidos en el país que sean originarios por cualquier línea de Africa, cuyos mayores hayan sido esclavos en este continente, tendrán sufragio activo, siendo hijos de padres ingenuos; y pasivo los que estén ya fuera del cuarto grado respecto de dichos sus mayores.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 5°.-** Los nacidos en el país que sean originarios de Africa por cualquier línea, cuyos mayores hayan sido esclavos, tendrán sufragio activo, siendo hijos de padres ingenuos; y pasivo, para los empleos de República, los que estén ya fuera del 4to. grado respecto de dichos sus mayores.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 9°.-** Los españoles y demás extranjeros, que solicitan ser ciudadanos acreditarán su buena comportación pública.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 8°.-** Los españoles y demás extranjeros, que soliciten ser ciudadanos, acreditarán su buena comportación pública...

### **Reglamento de 1817**

**Art. 10.-** Unos y otros prestarán juramento de defender, sacrificando sus bienes y vidas, la independencia de las Provincias Unidas de Sudamérica del Rey de España, sus sucesores y metrópoli, y de toda otra potencia extranjera, pudiendo comisionar el Supremo Director la recepción de este juramento.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 9°.-** Unos y otros prestarán juramento de defender, sacrificando sus bienes y vida la Independencia de Sud América, del Rey de España, sus sucesores y Metrópoli, y de toda otra Potencia Extranjera. El Gobernador de la República podrá comisionar la recepción de este juramento.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 12.-** Las informaciones de adhesión a la sagrada causa de la independencia nacional, y demás requisitos expresados, se formaran precisamente ante los Gobernadores de Provincia, o Tenientes, en cuyo territorio residan los pretendientes, con audiencia formal del Síndico Procurador, informe del Cuerpo Municipal, y del mismo Jefe, y en su defecto se desecharán, Las cartas, que se concedieren se publicaran en la Gaceta Ministerial.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 8°.-** ..., su adhesión y servicio a la Sagrada causa de la Independencia, por medio de una información que producirán precisamente ante uno de los Jueces Ordinarios de la Ciudad o Villa en cuyo territorio residan los pretendientes con audiencia del Síndico Procurador o informe del cuerpo Municipal

### **Reglamento de 1817**

#### *Capítulo IV*

#### *Prerrogativas del ciudadano*

**Art. 1°.-** Cada Ciudadano es Miembro de la Soberanía de la Nación.

## **Reglamento de 1821**

### *Capítulo VII*

**Artículo único:** Todo ciudadano es miembro de la Soberanía y tiene voto activo y pasivo en los casos y forma que designa este Reglamento.

## **Reglamento de 1817**

### *Capítulo V*

#### *De los modos de perderse y suspenderse la ciudadanía*

**Art. 1º.-** La ciudadanía se pierde por la naturalización en país extranjero; por aceptar empleos, pensiones o distinciones de nobleza de otra nación; por la imposición legal de pena aflictiva, o infamante; y por el Estado de deudor dolosamente fallido, si no nueva habilitación después de purgada la nota.

**Art. 2º.-** La ciudadanía se suspende por ser deudor a la Hacienda del Estado, estando ejecutado; por ser acusado de delito, siempre que éste tenga cuerpo justificado y por su naturaleza merezca pena corporal, aflictiva, o infamante; por ser doméstico asalariado; por no tener propiedad, u oficio lucrativo y útil al país; por el estado de furor o demencia.

**Art. 3º.-** Fuera de estos casos, cualquiera autoridad o Magistrado que prive a un ciudadano de sus derechos cívicos incurre en la pena del talión.

**Art. 4º.-** Los jueces que omitan pasar a las respectivas Municipalidades nota de los que deben ser borrados de los registros cívicos por haber sido condenados en forma legal, serán privados de voto activo, y pasivo en dos actos consecutivos.

## **Reglamento de 1821**

### *Sección Cuarta*

#### *Capítulo VIII*

#### *De los modos de perderse y suspenderse la ciudadanía*

**Art. 1º.-** La Ciudadanía se pierde, Primero: por naturalización en país extranjero; Segundo: por aceptar empleos, pensiones o distinciones de nobleza de otra nación; Tercero: por la imposición legal de pena aflictiva o infamante; Cuarto: por el estado de deudor dolosamente fallido, si no obtiene nueva habilitación después de purgada la nota.

**Art. 2º.-** La Ciudadanía se suspende; Primero: por ser deudor a la hacienda del Estado estando Ejecutado; Segundo: por ser acusado de delito, siempre que éste tenga cuerpo justificado y por su naturaleza merezca pena corporal, aflictiva o infamante; Tercero: por ser doméstico asalariado; Cuarto: Por no tener una propiedad del valor al menos de cuatrocientos

pesos, aunque pertenezcan a la mujer si fuese casado; y en su defecto si no tuviese grado o aprobación pública en una ciencia o arte liberal, o algún oficio lucrativo y útil al país; Quinto: por el estado de furor o demencia.

**Art. 3°.-** Fuera de esos casos, cualquier autoridad que prive a un Ciudadano de sus derechos cívicos, incurre en la pena del talión.

**Art. 4°.-** Los jueces que omitan pasar a las respectivas Municipalidades nota de los que deben ser borrados de los registros cívicos por haber sido condenados en forma legal, serán privados de voto activo y pasivo en dos actos consecutivos.

### **Reglamento de 1817**

#### *Sección IV*

#### *Capítulo I*

#### *Del Poder Judicial*

**Art. 1°.-** El Poder Judicial reside originariamente en la Nación: Su ejercicio por ahora, y hasta que se sancione la Constitución del Estado, en el Tribunal de recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria, que se establece en el art. 14 del Cap. siguiente: en las Cámaras de Apelaciones; y en los demás Juzgados. Para los casos, que no tengan Tribunal señalado por la ley, proveerá el Congreso.

**Art. 2°.-** No tendrá dependencia alguna del Poder Ejecutivo Supremo, y en sus principios, forma, y extensión de funciones estará sujeto a las leyes de su instituto.

### **Reglamento de 1821**

#### *Capítulo VII*

#### *Del Poder Judicial*

**Art. 1°.-** El Poder Judicial reside originariamente en el Pueblo: su ejercicio, por ahora y hasta que se sancione la constitución en el tribunal de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria; en el tribunal de apelaciones, y en los demás juzgados ordinarios, para los casos que no haya tribunal señalado proveerá el Congreso.

**Art. 2°.-** No tendrá dependencia alguna del Poder Ejecutivo Supremo y en sus principios, forma y extensión de funciones, estará sujeto a las leyes de su instituto.

### **Reglamento de 1817**

#### *Capítulo III*

#### *De la Administración de Justicia*

**Art. 7°.-** Se permite en éstas a los reos nombrar un padrino que presencie su confesión y declaraciones de los testigos, sin perjuicio del Abogado y Procurador establecidos por la ley y practica de los Tribunales.

**Art. 8°.-** Cuidará el padrino, que la confesión y declaraciones se sienten por el Escribano o Juez de la causa clara y distintamente en los términos en hayan sido expresadas, sin modificaciones ni alteraciones, ayudando al reo en todo aquello en que, por el temor, pocos talentos u otra causa no pueda por si mismo expresarse.

### **Reglamento de 1821**

*Sección Octava*

*Capítulo XXI*

*De la Administración de Justicia en lo Criminal*

**Art. 1°.-** En las causas criminales, los reos nombrarán un Padrino que presencie su confesión, y declaraciones de los testigos, sin perjuicio del Abogado y Procurador establecidos por la ley.

**Art. 2°.-** Cuidará el Padrino que la confesión y declaraciones, se sienten por escribano o Juez de la causa, clara y distintamente en los términos en que hayan sido expresadas, sin modificaciones ni alteraciones ayudando al reo en todo aquello en que por el temor, pocos talentos, u otra causa no pueda por si mismo expresarse.

### **Reglamento de 1817**

**Art. 15.-** Ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba a lo menos semiplena, o indicios vehementes de crimen, que se harán constar en previo proceso sumario.

**Art. 18.-** Siendo las cárceles para la seguridad, y no para castigo de los reos, toda medida, que a pretexto de precaución sólo sirva para mortificarlos maliciosamente, será corregida por los Tribunales superiores, indemnizando a los agraviados por el orden de justicia.

### **Reglamento de 1821**

**Art. 8°.-** Ningún individuo podrá ser arrestado sin prueba al menos semiplena, o indicios vehementes de crimen por el que merezca pena corporal, que se harán constar en previo proceso sumario.

**Art. 11.-** Siendo las cárceles para seguridad, y no para castigo de los reos toda medida que a pretexto de precaución, sólo sirva para mortificarlos maliciosamente será corregida por los tribunales indemnizando a los agraviados por el orden de justicia.

Las pruebas aportadas demuestran cabalmente la supervivencia del pensamiento

constitucional del Reglamento de 1817; *ergo*, los principios y la forma de organización de los poderes de que goza la República Argentina pertenecen, por lo tanto, a una tradición y no son obra exclusiva del momento, ni de la iniciativa personal, sino formada a partir de una conciencia constitucional, y que fue transmitiéndose a través de las vicisitudes públicas, aumentándose y perfeccionándose hasta convertirse en un ordenamiento estable.

\* Miembro del Instituto.

<sup>1</sup> En la copia de Ambrosio Funes, se agrega después de “misma” “sociedad y”.

<sup>11</sup> En las publicaciones anteriores, este artículo aparece, de acuerdo a la reforma sancionada el 19 de abril de 1826, con el siguiente texto: Todo hombre libre, siempre que haya nacido y resida en la provincia es ciudadano, pero no entrará al goce de este derecho, es decir no tendrá voto activo hasta la edad de 18 años; ni pasivo hasta haber cumplido 25 o ser emancipado, a más reúna otras calidades que en su lugar se exigirán.

<sup>111</sup> En la copia de Ambrosio Olmos se dice “vecindario”. En el Reglamento de 1817, de donde es tomado este artículo y todo el capítulo, aparece “residencia”.

## EL FONDO BIBLIOGRÁFICO DEL INSTITUTO

Matilde TAGLE

Desde hace un tiempo dedico un momento de cada mañana a conocer un poco más del valioso acervo bibliográfico del Instituto de Historia del Derecho. Como bibliotecaria de la Academia de Derecho he tenido el privilegio de catalogar y clasificar cada uno de sus tomos, como historiadora aprecio el valor de las fuentes documentales y de referencia que allí se guardan, los autores y títulos; en fin, los estudios rigurosos y las simples lecturas que cultivan el alma.

Canje y donaciones acrecentaron los anaqueles de esta pequeña pero notable biblioteca. Roberto I. Peña, el primer director del Instituto y Marcela Aspell, como secretaria, iniciaron las

tareas de canje seleccionando cada libro, acusando recibo de cada envío.

Marta Fábregas de Peña donó a la muerte de su marido, quinientos libros que le habían pertenecido. En algunos han quedado manuscritos con preguntas e ideas que proyectaban nuevas investigaciones.

Peña era un estudioso, pero el pasado era siempre integrante de un devenir por hacerse, por obra de los sentimientos humanos, de sus pasiones, de sus virtudes. No tenía razones para engañarse sobre el alma humana, sobre el poder, el dinero, el éxito, disponía todo con equidad. Esa equidad lo llevaba a la verdad del pasado. Allí aparece su pasión por los libros, porque cada libro es obra del hombre de su superación o de su fracaso.

El sosiego de la lectura lo atraía, pero crítico no pasivo. Y su biblioteca creció a la par de su ilustración. La conversación mundana no gozaba de su preferencia. Eran los libros los que le llenaban la inteligencia de datos y de reflexiones.

La vocación de Peña por la historia del derecho nació de una visión de la vida humana, de sus contingencias, de sus reglas, de sus frustraciones, pero, sobre todo, de su dignidad. Nada había que él no asociara a la dignidad del ser humano, aun conociendo sus limitaciones y transgresiones. Precisamente, no era un transgresor, sino alguien comprometido con el cumplimiento de los deberes por mandato de su conciencia religiosa.

Al agradecer la donación de los libros, en el año 2000, el director del Instituto, Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, que lo conocía bien, expresó *“nos deja ricos legados, líneas de investigación cultivadas con pasión y erudición infinitas... deja un tesoro completo para cuidar y multiplicar en el Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas”*.

Esta pequeña colección también enriquece el patrimonio de Córdoba.

## CRÓNICAS

ACTIVIDADES CUMPLIDAS  
DURANTE EL AÑO 2004

XV SIMPOSIO DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO  
“EL DERECHO HISTÓRICO ARGENTINO. SIGLOS XIX Y XX. LA INTERPRETACIÓN  
DE UNA EXPERIENCIA”

Se llevó a cabo entre los meses de abril a diciembre de 2004 a través de reuniones quincenales realizadas en la sede de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El Simposio fue organizado por el Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba *Roberto I. Peña*.

Disertaron, entregando sus respectivos trabajos de investigación, los profesores:

Emilio Baquero Lazcano: “*Alberdi y la educación*” (7/5/04).

Luis Maximiliano Zarazaga: “*Historia de las reformas constitucionales*” (21/5/04 y 18/6/04).

Esteban Federico Llamosas: “*El realismo en la Biblioteca de Santo Domingo de Córdoba*” (2/7/04).

Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle: “*Dalmacio Vélez Sársfield y el derecho natural racionalista*” (23/7/04).

Luis Moisset de Espanés: “*La lesión: aspectos históricos*” (6/8/04).

Luisa Adela Ossola: “*El proceso histórico de la educación en la República Argentina*” (20/8/04).

Marcelo Luis Milone: “*Vida y obra del doctor Juan Bialet Massé*” (3/9/04).

Carlos Octavio Baquero Lazcano: *“La actuación del doctor Agustín Díaz Biolet en la Universidad Católica de Córdoba”* (17/9/04).

Alejandro Agüero: *“Espacio local y jurisdicción criminal en el Antiguo Régimen. La Justicia penal de Córdoba del Tucumán (Siglos XVII y XVIII)”* (1/10/04).

Mario Carlos Vivas: *“Las ordenanzas de Alfaro y la práctica de la mita en Córdoba del Tucumán”* (29/10/04).

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *“Panorama del derecho penal castellano-indiano en Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII”* (5/11/04).

Nelson Carlos Dellaferrera: *“Fuentes del derecho canónico indiano” (Siglos XVI y XVI)”* (19/11/04)

Marcela Aspell: *“El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII y XVIII”* (3/12/04).

Matilde Tagle de Cuenca: *“El humanismo jurídico en las ediciones del Siglo XVI de la Librería de Predicadores de Córdoba”* (10/12/04).

\*

XX SEMINARIO SOBRE HISTORIA  
DEL DERECHO ARGENTINO  
“LA FORMACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ARGENTINO. SOCIEDAD, DERECHO.  
IDEAS JURÍDICAS”

Organizado por las cátedras “B” y “C” de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, con el auspicio del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Departamento de Estudios Básicos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba bajo la dirección del Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira y la coordinación académica de la profesora Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle se llevó a cabo en el Salón Vélez Sársfield de la Facultad de Derecho desde el 18 al 22 de octubre de 2004 conforme con el siguiente diagrama:

*El derecho civil mercantil y financiero:* Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira, Prof. Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle.

*El derecho laboral:* Dra. Marcela Aspell, Prof. Marcelo Milone.

*El derecho procesal:* Prof. Luis Zarazaga, Prof. Javier Héctor Giletta, Dr. Esteban F. Llamosas.

*El derecho agrario y minero:* Prof. José Oscar Abraham, Prof. Emilio Baquero Lazcano.

*El derecho penal:* Prof. Jacquelinne Vasallo, Dr. Alejandro Agüero, Prof. Carlos Octavio Baquero Lazcano.

Córdoba, 2004

\*

V JORNADAS DE HISTORIA DE CÓRDOBA.  
SIGLOS XVI AL XX

Organizadas por la Junta Provincial de Historia de Córdoba se llevaron a cabo desde el 1 al 3 de julio de 2004 en el edificio de la Biblioteca Córdoba.

Participaron los Dres. Marcela Aspell, Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Mario Carlos Vivas y Marcelo Luis Milone con los trabajos de investigación que se mencionan a continuación:

Marcela Aspell: *La “voz pública” en la justicia criminal de Córdoba del Tucumán. Siglo*

XVIII.

Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *Juan Bialet Massé y el centenario del primer proyecto de ley nacional del trabajo.*

Mario Carlos Vivas: *El Marqués de Sobremonte y la reglamentación de los oficios artesanales en Córdoba.*

Marcelo Luis Milone: *Homenaje al Doctor José Isidro Somaré.*

\*

XX JORNADAS DE HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

Se llevaron a cabo desde el 22 al 24 de septiembre de 2004 en la ciudad de Buenos Aires, organizadas por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, con el auspicio del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, la Secretaría de Cultura de la Nación y la Secretaría de Cultura del Gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

Participaron con entrega de trabajos, los siguientes miembros y participantes de nuestro Instituto:

Dra. Marcela Aspell: *“El deservicio de Vuestra Majestad y perjuicio al público. Los casos de ‘abuso de autoridad’ de la justicia iletrada en la periferia del imperio español en Indias. Córdoba del Tucumán. Siglo XVIII”.*

Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira: *“Estudio de las sentencias en las causas penales tramitadas en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán en el período tardo colonial”*

Dr. Mario Carlos Vivas: *La sentencia judicial como documento público (análisis histórico jurídico y diplomático).*

Dr. Alejandro Agüero: *“Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal del Antiguo Régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII y XVIII”.*

Dr. Esteban Federico Llamosas: *“El regalismo en la Universidad de Córdoba a fines del siglo XVIII”.*

Abog. Luis Maximiliano Zarazaga: *“El recurso federal: su origen y evolución”.*

Abog. Marcelo Luis Milone: *“El pensamiento del Doctor Juan Bialet Massé”.*

\*

JORNADAS INTERNACIONALES ISABEL  
LA CATÓLICA Y LAS INDIAS

Organizadas por la Academia Nacional de la Historia, la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires y la Universidad Nacional de Tres de Febrero y auspiciadas por el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano se llevaron a cabo el 25 y 26 de octubre de 2004.

Participó la Dra. Marcela Aspell con un trabajo de investigación sobre el tema: *“Los comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Córdoba del Tucumán. Siglos XVII y XVIII”.*

\*

QUINTAS JORNADAS SOBRE  
EXPERIENCIAS EN INVESTIGACIÓN

Organizadas por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba se llevaron a cabo el 5 de octubre de 2004.

Participaron presentando sus trabajos de investigación los doctores: Ramón Pedro Yanzi Ferreira, Marcela Aspell, Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle, Esteban Federico Llamosas.

Córdoba, 2004

\*

#### CONGRESO INTERNACIONAL DE HISTORIA DE LA ORDEN DOMINICANA EN AMÉRICA. LOS CUATROCIENTOS AÑOS DE LA ORDEN DE SANTO DOMINGO EN CÓRDOBA

Organizado por el Reverendo Padre Prior de la Orden de Santo Domingo, el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Junta Provincial de Historia de Córdoba, en homenaje a los 400 años del establecimiento de la Orden de Santo Domingo en Córdoba, al natalicio del poeta Fray Luis de Tejada O.P. y a los 100 años del fallecimiento del Obispo de Córdoba, Fray Reginaldo Toro O.P. se llevó a cabo el Congreso Internacional de Historia de la Orden Dominicana en América, *Los cuatrocientos años de la Orden de Santo Domingo en Córdoba*, en los salones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 6, 7 y 8 de agosto de 2004.

Participaron relevantes personalidades científicas y académicas de nuestro país y del extranjero, con su aporte de ponencias y conferencias especializadas que contribuyeron al erudito desarrollo de este evento

Fueron publicadas las Actas de dicho Congreso, como asimismo la obra.

\*

#### VI ENCUENTRO NACIONAL DE PROFESORES DE HISTORIA JURÍDICA EN CARRERAS DE DERECHO DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS DEL PAÍS

Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 8 y 9 de octubre de 2003.

Participaron profesores de las cátedras “B” y “C” de Historia del Derecho Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, juntamente con los miembros de nuestros Instituto y profesores de diversas asignaturas que tienen en común el dictado de contenidos históricos en las carreras de derecho de las universidades públicas y privadas de todo el país, tales como *Historia del Derecho Argentino*, *Historia Constitucional Argentina*, *Historia Institucional Argentina*, etc..

En el transcurso de dicha reunión se aprobaron los estatutos de la Asociación Nacional de Profesores de Historia Jurídica Argentina como una asociación civil sin fines de lucro, con domicilio legal en la ciudad de Córdoba donde se acordó funcionará la Secretaría General de la Asociación, sin perjuicio de extender sus actividades a todo el país.

La Asociación tiene por objetivos:

a) Promover, coordinar, organizar y difundir el estudio y la enseñanza de la Historia Jurídica Argentina en las carreras de abogacía en las facultades de Derecho de las universidades públicas y privadas de la República Argentina.

b) Fomentar la investigación, el desarrollo y la promoción de los estudios de la Historia Jurídica Argentina y disciplinas afines en el ámbito universitario como en centros e institutos dedicados a su cultivo y difusión.

c) Fomentar la capacitación y especialización de recursos humanos en el área disciplinar, a través de la organización de periódicos encuentros, congresos, jornadas, simposios y otros eventos académicos.

d) Mantener vinculación e intercambio académico y científico con entidades públicas y privadas del país o del exterior que persigan fines similares.

e) Extender su acción, en procura de los objetivos propuestos, al exterior del país y, en especial, a los países hispanoamericanos.

f) Fomentar la publicación de trabajos científicos de la especialidad, su difusión e intercambio con otras entidades académicas, nacionales o extranjeras que mantengan actividades afines. Crear una publicación periódica que se constituya en un órgano expresión científica que registre las actividades científicas y académicas de la Asociación y los trabajos de los profesores, miembros de ella.

g) Confeccionar y mantener actualizado un relevamiento de los profesores de Historia Jurídica Argentina o disciplinas afines de todo el país.

A fin de poner en funcionamiento la Asociación Nacional de Profesores de Historia Jurídica Argentina se constituyó por votación unánime de los miembros presentes, un triunvirato integrado por los Dres. Celso Ramón Lorenzo, Julio César Rondina y Ramón Pedro Yanzi Ferreira, eligiendo como secretaria a la Dra. Marcela Aspell a fin de ejercer el gobierno provisorio de la entidad con todas las facultades de la Comisión Directiva y todas las que fueren necesarias para constituir la sociedad civil asumiendo, en dicha oportunidad, los mencionados profesores sus funciones.

Córdoba, 2004

\*

## INCORPORACIONES

Ha sido designada Miembro Correspondiente de la Sociedad Chilena de Historia y Geografía en la República Argentina, la Dra. Marcela Aspell.

Su incorporación se llevará a cabo en los próximos meses.

Asimismo ha sido designado Miembro de Número de la Junta Provincial de Historia de Córdoba, el Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

\*

## TESISTAS

Se encuentran realizando su tesis doctoral con planes aprobados por la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, los siguientes abogados y licenciada:

Abog. Candelaria Berberian: *“Protección del patrimonio arqueológico de la provincia de Córdoba”*.

Licenciada Margarita Gentile: *“Testamentos de indios del Área Andina Argentina: su configuración en el mundo jurídico castellano-indiano (1579-1721)”*.

Abog. Marcelo Milone: *“Proyección de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba en las cámaras del Congreso Nacional”*.

Abog. Luis Maximiliano Zarazaga.

Los dos primeros nombrados se encuentran bajo la dirección de la Dra. Marcela Aspell, en tanto los abogados Milone y Zarazaga son dirigidos por el Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

\*

### BECARIO

Ha obtenido una beca posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, el Dr. Esteban Federico Llamosas con un proyecto de investigación titulado: “*Las ideas jurídicas en la enseñanza universitaria de Córdoba del Tucumán*” bajo la dirección de la Dra. Marcela Aspell.

\*

### AMPLIACIÓN DEL ACERVO BIBLIOGRÁFICO DEL INSTITUTO

Ha continuado durante el año 2004, el constante proceso de ampliación del acervo bibliográfico de nuestro Instituto con la incorporación de importantes donaciones que se sumaron a parte de la biblioteca que perteneciera a nuestro fundador y primer director, el profesor emérito Roberto Ignacio Peña, donada generosamente a nuestro Instituto, por su viuda, la señora Marta Fábregas de Peña en el transcurso del 2000.

Asimismo se han incrementado el número de obras que habitualmente llegan por donación de sus autores y por canje con nuestros *Cuadernos de Historia*.

La Biblioteca, presidida por un retrato del fundador del Instituto y primer director, ha sido reinstalada en el primer piso de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tras la importante refacción edilicia, operada en su sede de calle Artigas 74 de esta ciudad, que ha permitido contar a sus lectores con espacios propios y muy agradables para el trabajo intelectual.

## ÍNDICE

### INVESTIGACIONES

El <i>common law</i> de los Estados Unidos de Norteamérica. (Génesis y evolución) Por Olsen A. Ghirardi.....	17
Los delitos de orden sexual: violencia, incesto y estupro en la jurisdicción de Córdoba del Tucumán. (Siglo XVIII) Por Ramón Pedro Yanzi Ferreira.....	49
La actividad del Provisor en Córdoba. Un ejemplo de las postrimerías del siglo XIX (1881-1883) Por Nelson C. Dellaferrera.....	79
Los bandos y autos de bueno gobierno en Córdoba del Tucumán. (Siglo XVIII) Por Marcela Aspell.....	93
Los instrumentos públicos y privados en el derecho común y en el Código Civil argentino Por Mario Carlos Vivas.....	145
América entre la fidelidad y la revolución Por Eduardo Martiré.....	171
Aportes del nacionalismo al discurso peronista Por Susana T. Ramella.....	185
Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana Por Alejandro Agüero.....	237
El fuero militar en el ejército borbónico hispano Por István Szászdi León-Borja.....	311

### NOTAS

Resurgimiento de un antecedente prestigioso Por Haydeé Beatriz Bernhardt Claude de Betterle.....	343
El fondo bibliográfico del Instituto Por Matilde Tagle.....	357

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba  
(República Argentina)  
<http://www.acader.unc.edu.ar>

Crónica de las actividades cumplidas durante el año 2005 .....363

Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Duarte Quirós 511,  
en el mes de diciembre de 2005