

HERZOG, Tamar: *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*. Madrid, C.E.C., 1995; 352 pp.

En 1969, en la introducción a su, en su día innovador y hoy ya un clásico, «El derecho penal de la Monarquía absoluta. S. XVI, XVII, XVIII», Tomás y Valiente señalaba como, a pesar de no ser el aspecto elegido prioritariamente, el enfrentamiento con la materia le había «convencido de ofrecer al lector un cuadro general del proceso penal y de *cómo actuaban en la práctica* los hombres y las instituciones encargados de administrar justicia penal». Las mismas razones de naturaleza científica y quizá también exigencia editorial que en aquél entonces le obligaron a centrarse en, fundamentalmente, la averiguación de los «principios y los “tópicos” vivos en la ciencia», sirvieron igualmente para reivindicar la renovación de una materia que él mismo continuaría posteriormente en otros escritos, seguida, años más tarde, por Paz Alonso y Jesús Vallejo en los aspectos relativos al proceso penal, al tiempo que Enrique Gacto y J. L. Bermejo prestaban atención a otros principios no ciertamente en esa época «metajurídicos» y B. Clavero rescataba aspectos de ese mismo derecho como paradigmas de una antropología católica.

Y para incorporar a esa producción, nos llega ahora de la mano de T. Herzog un libro singular. Singular por el objeto, singular por el método, singular por el ámbito espacial y, en definitiva, singular por, al menos, algunas conclusiones a las que llega.

Sin abandonar el estudio del derecho sustantivo, que aparece como un hilo conductor implícito a lo largo del libro, Herzog centra su trabajo sobre todo en la visión que la sociedad coetánea posee acerca de la justicia penal, y más aún sobre la administración de esa justicia, interesándose en especial por los efectos que tal administración genera en el seno del marco elegido. De esta manera, al partir del derecho penal realmente aplicado, tanto desde la perspectiva formal como material, llega a la convicción de que el auténtico protagonista, más que el propio sistema o el propio ordenamiento, es precisamente la percepción que del mismo dan y reciben los administradores, los administrados y sus agentes.

La primera consecuencia, por consiguiente, es la comprobación de la «enorme distancia entre el hecho y la “apariencia”», incrementada con el transcurso del tiempo, y entendiendo por ambos, hecho y apariencia, no sólo el derecho penal y procesal penal inescindibles, como es bien sabido, en ese período, sino la práctica efectiva y su implantación real en el ámbito social.

Considerado como un elemento o instrumento de primera magnitud a través del cual se ejercita eficazmente el control social y se transmiten los fundamentos de todo el entramado político y de la estructura social por medio de la audiencia, concebida en su doble vertiente gubernativa y judicial, la historiografía más rigurosa, como la mencionada, ha subrayado la extremada rudeza de un ordenamiento cuyos presupuestos elementales eran la ejemplificación y el escarmiento. Y no obstante, el propio sistema llevaba implícitas las excepciones cuyo arraigo, y sobre todo su tendencia a convertirse en la generalidad, acabarían por minar en lo sustancial, esto es, en la práctica, la propia esencia de ese mismo ordenamiento.

En este sentido, algunos historiadores; como A. M. Hespanha, p.e., y entre otros foros desde las páginas de este mismo *Anuario*, hace años ya que vienen insistiendo en las causas de esta distorsión entre teoría y praxis, entre las cuales, y al lado de las deficiencias estructurales, sobresale la propia concepción del oficio regio, al acabar por primar en ella la idea del rey clemente —elaborada según la imagen del buen pastor— que tiende a una dulcificación en la aplicación de las penas en contraposición al rigor existente bajo el «rey justiciero». Ciertamente se percibe el influjo de tales tendencias en la obra de T. Herzog, quien pone de relieve la veracidad de las mismas, pero la autora avanza más, al comprobar, a través de un concienzudo análisis de los instrumentos de aplicación del derecho, que la aludida distorsión teoría-praxis no sólo se asentaba en elementos de teoría política, sino, y muy en especial, en la interacción de otro tipo de control social, más inmediato y particularmente eficaz, cuya relación con el derecho penal, en ocasiones a través de la instrumentalización del mismo, aparece de manera constante y con-

tinuada. Y es precisamente esta otra modalidad de control, lógica consecuencia, a su vez, de una mentalidad que, como la del Antiguo Régimen, encuentra su expresión en el honor, la honra y la reputación, la que asimismo generará la diacronía no sólo de la «imagen» social del proceso, sino de la idea del juez y otros oficios anejos a la Audiencia, tanto superiores como subalternos.

Se trata del control de oficios mediante el monopolio de los mismos por determinadas familias tradicionales que conforman la oligarquía quiteña, consolidada por redes clientelares que se extienden a todos los rangos en el ámbito de la justicia y otras ramificaciones gubernativas. Se dirá que esto, en sí mismo, no constituye una aportación novedosa por cuanto es algo sobradamente conocido desde tiempo atrás, pero lo que sí es nuevo es la vinculación de esas conclusiones con la generalizada acepción de preferir la solución extrajudicial del conflicto, reforzada por la falta de celo e interés de agotar la vía judicial —incluso por los propios agentes de la justicia a quienes parece ser válido cualquier pretexto al respecto— y, sobre todo, la lasitud —salvo contadas excepciones, y aún en estos supuestos cuando pelagra el *statu quo* social— en el tratamiento de los presos, incluso cuando ya había recaído sobre ellos una sentencia firme. Hechos ambos que, por otra parte, no sólo aportan la prueba de, al menos, un cierto grado de desentendimiento real de las prescripciones legales y jurídicas en materia penal, sino que, lo que es acaso más relevante, constituyen el testimonio más directo de esa antropología de la que necesariamente ha de impregnarse quienquiera que se acerque al estudio del Antiguo Régimen jurídico.

T. Herzog lo hace en su libro, y bien a fondo. Decidida partidaria, según propia confesión, de lo que la historiografía anglosajona ha denominado «historia social del derecho penal», que se caracteriza por prestar atención a más aspectos que los estrictamente jurídicos y cuyos logros en otros ámbitos académicos son incuestionables desde tiempo atrás, la autora recurre asimismo a la —más discutible— sociología de las organizaciones de creación parsoniana, con el fin de elaborar un modelo de «sistema abierto» —en conformidad a la propia definición de sistema de esta escuela, que entiende como tal el conjunto de organizaciones orientadas a unos mismos objetivos y la interrelación entre ellas— aplicable tanto al objeto material de análisis como al ámbito espacial, opción que, a juzgar por los resultados, no parece en absoluto desacertada.

Centrado el estudio en la ciudad de Quito —aunque acaso pudiera ser extrapolable a otros territorios de similares características— T. Herzog eligió, además, un período extremadamente interesante y particularmente difícil. En efecto, el centenar de años que transcurren entre 1650 y 1750, conforman desde diversos puntos de vista una época de encrucijada, marcada por cambios sustanciales en los aspectos político, científico y social; un período delimitado por el esplendor de la época colonial y los tímidos inicios de una conciencia nacional criolla que se insinúa tras la dura represión de los primeros conflictos generados por una plebe asimismo emergente, llevada a cabo por la propia audiencia con la colaboración de otras fuerzas vivas de la ciudad a mediados del siglo XVIII.

Y es precisamente tal situación la que permite un aprovechamiento óptimo de la aplicación de ese modelo de «sistema abierto», entendido, tal y como certeramente apunta la autora, no sólo como una interacción entre lo «público» y lo «privado» —que permite la participación de entidades y sujetos ajenos a la propia organización— sino, muy en especial, como el recurso a otros mecanismos de control. Un sistema, en definitiva, que no está en contradicción con la rigidez de una jerarquización de los oficios, cuyos basamentos, en la época de estudio, radican, deliberadamente, no en la eficacia de la administración de justicia sino en el boato y símbolos externos (vestimenta, apariencia de los lugares públicos de los edificios judiciales). Es decir, una jerarquización que descansa en un capital simbólico y en el apogeo del ritual ceremonial anejo al propio oficio de presidente y oidor, los cuales, paradójicamente, no requieren una mayor cualificación profesional, pero que buscan su identificación en esos ritual y ceremonial frente a los otros oficiales de la Corona y los oficios inferiores. Y no importa que sea precisamente sobre estos últimos —escribanos y letrados, fundamentalmente— en quienes recaiga de



hecho la auténtica administración de justicia, la práctica cotidiana de la misma, o que se les considere «guardianes de la memoria colectiva oral y escrita» y los verdaderos depositarios del conocimiento de los «arcana iuris» —tal y como demuestra la autora en otra obra complementaria de la que se reseña: *Mediación, archivos y ejercicio. Los escribanos de Quito. Siglo XVII*. Frankfurt, 1995—, o que sean cuestiones protocolarias las que generen, en el período, los conflictos jurisdiccionales más relevantes, hasta el extremo de requerir la intervención del Consejo e incluso —como el caso de los marinos Ulloa y Jorge Juan— del mismo monarca.

Por consiguiente, la imagen que se desprende es la de una sociedad jerarquizada y oligárquica, muy poco litigiosa, en cuya cúspide se ubican los oficios jurisdiccionales de la Audiencia, reafirmados en sólidas redes clientelares y endogámicas; de una clara complicidad entre instituciones y particulares; de la elección de la resolución privada de los conflictos y de la extendida práctica de lo que la autora ha denominado «tráfico de influencias». De todas estas conclusiones resalta, sin género de dudas, la segunda: la colaboración entre la audiencia, y en general los jueces, y los individuos; es decir, la consideración de la justicia penal como fenómeno social, el auténtico *leit motiv* del libro y, a su vez, confirmación de la idea grossiana de la concepción del derecho anterior a la revolución burguesa como una creación eminentemente social. Las demás conclusiones, cuya importancia obvia ser comentada, no nos son desconocidas, aunque los datos nos vengan ahora de la metrópoli: después de la gran litigiosidad del XVI, que Kagan había advertido para Castilla, el XVII supuso también aquí una decidida opción por las soluciones arbitrales e incluso extraprocesales, solución a la que no fue ajena la desconfianza hacia la administración de justicia y los jueces, la vulgarización del derecho y la propia crisis de mediados de siglo; hechos a los que en las colonias habría que añadir la encubierta venalidad de oficios jurisdiccionales a través de la *fictio iuris* del «beneficio», factor que aparece sólidamente probado por los contundentes argumentos y testimonios que esgrime la autora.

Con todo, unos de los aspectos más meritorios radica, a mi parecer, en la conexión de los profundos cambios y evolución de la administración de justicia penal con la propia idea del «oficio regio» que ve alterada su concepción en los distintos estratos sociales, así como en la modificación de sus relaciones con el Consejo y en la aparición de una práctica procesal que, al menos en algunos aspectos, es específicamente quiteña y quizá también americana.

Porque resulta extremadamente ilustrativa la interpretación que, en el marco de una Monarquía judicial —de la que es protagonista excepcional el juez como partícipe de ese «absolutismo judicial» al que se refería ya Tomás y Valiente en su estudio sobre Castillo de Bovadilla—, circula en la sociedad quiteña acerca del monarca —y, por extensión, del juez como representante del mismo— a quien se considera ante todo como una figura simbólica, dotada de *auctoritas* más que de una auténtica *potestas*, concepto que llega a prevalecer sobre la propia teoría de la justicia como dispensadora de soluciones prontas y efectivas. O las relaciones con un Consejo al que se percibe lejano, no sólo por la distancia, sino, sobre todo, por su grado de intervención real, fundamentalmente basada esta última en la resolución de casos específicos —usualmente conflictos entre los propios oidores y en el nombramiento de éstos—, competencia, por otra parte, que también se vio seriamente amenazada por la práctica del beneficio como venta o renuncia encubierta.

Aspectos como los anteriores, unidos a las peculiaridades procedimentales —en ocasiones muy diferentes y hasta contradictorias con la práctica metropolitana, como en el caso de las apelaciones— generadas por la interpretación casuística que la doctrina permitía, facilitaron una flexibilización general del sistema, que cuestiona la rigidez de un derecho penal que, para la época objeto de estudio, representa fundamentalmente, además de otras disposiciones, la Recopilación de 1690. Del mismo modo que la inaplicación de los indultos generales y el extendido uso al *ius amicitiae*, que formalmente facilitaban la tan característica discrecionalidad en la interpretación y aplicación del derecho sustantivo durante todo el Antiguo Régimen, fueron, antes que nada el vehículo de excepción para consolidar las redes clientelares y, con ello, el



monopolio del control social que impidió ferozmente el ascenso y promoción de individuos aunque pertenecieran al estamento letrado, estabilizando así una rígida inamovilidad, elementos todos ellos de singular importancia que la Corona, cuando no en abierta complicidad, si se vio obligada a permitir o tolerar.

En este sentido, el hecho de que se trate de una ciudad a la que crisis de diverso origen la sumergieron en un proceso de decadencia que, en este período, no la hace ser especialmente relevante ni siquiera en el marco colonial, no afecta en absoluto los propósitos perseguidos por T. Herzog, consistentes en poner de manifiesto la relevancia de la participación de lo «privado» en la administración de justicia penal, en teoría uno de los mecanismos más eficaces de control y dominación, sobre todo en las colonias, durante el antiguo régimen. Relevancia y propósitos que expresan y explican tal administración como fenómeno colectivo, que conciben al derecho sustantivo y al proceso penal como un capítulo más —a pesar de sus peculiaridades y características intrínsecas, en el caso que nos ocupa aun más elocuentes— y no el exclusivo, aunque de ambos procedan, precisamente, todos los argumentos y ardidés para el mantenimiento de un *statu quo* que se caracteriza por una amplia autonomía colonial en todos los aspectos y por unas contradicciones que trascienden la antinomia teoría-práxis y a las que no son ajenas las propias instituciones de la Corona, auténtica legitimadora, en última instancia, por lo cuestionable de su intervención efectiva, de tales contradicciones. Y las conclusiones obvias y novedosas que, en el ámbito político, de teoría política, de política efectiva, se desprenden de una tal complacencia o impotencia, son tan evidentes que no necesitan mayor glosa.

Exponía al comienzo de esta recensión que se trataba de un libro singular. Tal singularidad se deriva, en mi opinión, no sólo de los factores y logros a que se ha aludido y otros más que se desprenden de la lectura de la obra, sino también, y muy en especial, de haber sabido comprender, siguiendo rigurosamente las premisas metodológicas elegidas, la mentalidad y los principios que corresponden a una antropología del Antiguo Régimen, conforme a la cuál casi todo es obra colectiva, un fenómeno social; de haber, por ello mismo, sabido captar cual era y cómo y por qué el derecho penal realmente aplicado y localizar a quienes se encomendaba su aplicación, yendo más allá de las tipicidades y tópicos de una doctrina, de una legislación y una práctica que permitían a los oidores de la audiencia de Quito y a sus jueces —ajenos, o al menos no hay constancia de ello en el libro, a las nuevas formulaciones ilustradas en el ámbito criminal en general—, mediante la *interpretatio iuris*, acepciones ya no diversas sino incluso contrarias a los propios fines que postulaban el derecho y la justicia.

Se trata, por tanto, de un libro coherente y conseguido; un título a añadir al reducido pero selecto número de obras y autores a los que se ha hecho referencia en el inicio de esas líneas.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

HEVIA BALLINA, A. (Director y Coordinador): *Memoria Ecclesiae VI-VII. Órdenes monásticas y archivos de la Iglesia (I-II): Santoral Hispano-Mozárabe en España 1-2*, Oviedo, 1995; 563 y 602 pp.

La Sociedad de Archiveros de la Iglesia en España ha celebrado nueve Congresos, cuyas sedes han recorrido ya buena parte de la geografía nacional, puesto que su celebración